



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De strafbaarstelling van mensenhandel ontrafeld. Een analyse en heroriëntatie in het licht van rechtsbelangen

Esser, L.B.

Citation

Esser, L. B. (2019, September 25). *De strafbaarstelling van mensenhandel ontrafeld. Een analyse en heroriëntatie in het licht van rechtsbelangen*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/77057>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/77057>

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

De strafbaarstelling van mensenhandel ontrafeld

De strafbaarstelling van mensenhandel ontrafeld

*Een analyse en heroriëntatie in het licht van
rechtsbelangen*

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op woensdag 25 september 2019
klokke 10.00 uur

door

Lucas Benjamin Esser

geboren te Barneveld

in 1986

Promotoren: prof. mr. C.P.M. Cleiren
 prof. mr. J.M. ten Voorde

Promotiecommissie: prof. mr. J.H. Crijns
 mr. dr. J. de Hullu (Hoge Raad der Nederlanden)
 prof. mr. M. Kessler
 prof. dr. N. Peršak (Universiteit van Ljubljana, Slovenië)

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2019 L.B. Esser | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische vervoelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-697-6
ISBN 978-94-6094-211-2 (e-book)
NUR 820

www.boomjuridisch.nl

Voor Elnaz en Benjamin

Verkorte inhoudsopgave

	LIJST VAN AFKORTINGEN	XIII
1	INLEIDING	1
1.1	Deelvragen en plan van aanpak	4
1.2	Verantwoording van de gebruikte methoden	10
1.3	Terminologische kwesties	13
2	HET RECHTSBELANG IN HET STRAFRECHT	17
2.1	Een voorverkenning van het rechtsbelangenconcept	18
2.2	Een nadere blik op het rechtsbelangenconcept	25
2.3	Het rechtsbelangenconcept in dit boek	46
3	DE STRAFBAARSTELLING VAN MENSENHANDEL IN HISTORISCH PERSPECTIEF	51
3.1	Methodologie en plan van aanpak	51
3.2	Opmaat naar en totstandkoming van een strafbaarstelling (1850-1911)	55
3.3	Een gedraging in beweging (1912-2000)	93
3.4	Verdere internationalisering van het mensenhandelthema (2000-heden)	142
3.5	Resumé: schuivende rechtsbelangen	154
4	DE SYSTEMATIEK IN DE STRAFBAARSTELLING VAN MENSENHANDEL	157
4.1	Over de rechtsbelangen in artikel 273f Sr	157
4.2	Ordering van de gedragingen in artikel 273f Sr	163
4.3	Resumé	173
5	DE GEDRAGINGEN IN ARTIKEL 273F SR	175
5.1	Methodologie en plan van aanpak	175
5.2	Artikel 273f lid 1 sub 1 Sr	176
5.3	Artikel 273f lid 1 sub 2 Sr	201
5.4	Artikel 273f lid 1 sub 3 Sr	202
5.5	Artikel 273f lid 1 sub 4 Sr	225
5.6	Artikel 273f lid 1 sub 5 Sr	239
5.7	De profijttrekkersbepalingen in subleden 6 tot en met 8	250

5.8	Artikel 273f lid 1 sub 9 Sr	258
5.9	Resumé	268
6	DE RECHTSBELANGEN IN ARTIKEL 273F WETBOEK VAN STRAFRECHT	271
6.1	De als mensenhandel strafbaar gestelde gedragingen en hun verhouding tot het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid	273
6.2	Resumé	287
7	REFLECTIE OP DE BEVINDINGEN	291
7.1	De legitimiteit van artikel 273f Wetboek van Strafrecht in het licht van het rechtsbelangenconcept	293
7.2	De legitimiteit van artikel 273f Wetboek van Strafrecht in het licht van de rechtszekerheid	300
7.3	Gedachten over een nieuwe strafbaarstelling	304
7.4	Meer waardering voor het rechtsbelangenconcept?	309
	SAMENVATTING	319
	SUMMARY	327
	LITERATUURLIJST	333
	KAMERSTUKKEN	349
	JURISPRUDENTIE	351
	BIJLAGE	353
	CURRICULUM VITAE	357

Inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN	XIII
1 INLEIDING	1
1.1 Deelvragen en plan van aanpak	4
1.2 Verantwoording van de gebruikte methoden	10
1.3 Terminologische kwesties	13
2 HET RECHTSBELANG IN HET STRAFRECHT	17
2.1 Een voorverkenning van het rechtsbelangenconcept	18
2.2 Een nadere blik op het rechtsbelangenconcept	25
2.2.1 De liberale traditie en het rechtsbelangenconcept	25
2.2.2 De belangen die via het strafrecht worden beschermd	31
2.2.2.1 Individuele rechtsbelangen	34
2.2.2.2 Publieke rechtsbelangen	36
2.2.3 Rechtsbelangen en hun verhouding tot de strafbare gedraging	38
2.3 Het rechtsbelangenconcept in dit boek	46
3 DE STRAFBAARSTELLING VAN MENSENHANDEL IN HISTORISCH PERSPECTIEF	51
3.1 Methodologie en plan van aanpak	51
3.2 Opmaat naar en totstandkoming van een strafbaarstelling (1850-1911)	55
3.2.1 De reglementering van prostitutie en het verzet daartegen	56
3.2.2 Morele paniek over de 'handel in blanke slavinnen'	61
3.2.3 Aanzetten tot strafbaarstelling, in Nederland en daarbuiten	67
3.2.3.1 De dissertatie van Collard	67
3.2.3.2 Beweging op internationaal en nationaal niveau	74
3.2.4 Vrouwenhandel in de Wet ter bestrijding van de zedeloosheid (1911)	80
3.2.4.1 De nota van wijziging van minister Regout	82
3.2.4.2 Behandeling van Regouts voorstel in de Tweede en Eerste Kamer	85
3.3 Een gedraging in beweging (1912-2000)	93
3.3.1 Ontwikkelingen op internationaal niveau	94
3.3.2 Ontzuiling, individualisering en democratisering: invloed op het strafrecht	99
3.3.3 Sociale genese van het recht: van strafvorderlijk beleid naar nieuw materieel strafrecht	111

3.3.3.1	De wens tot aanpassing van het souteneursverbod	112
3.3.3.2	Een nieuwe strafbaarstelling van mensenhandel	123
3.3.3.3	De opheffing van het bordeelverbod: eerst niet, daarna wel	134
3.3.3.4	Resumé	139
3.4	Verdere internationalisering van het mensenhandelthema (2000-heden)	142
3.4.1	De ontwikkeling van een nieuwe mensenhandeldefinitie door de VN	144
3.4.2	Latere ontwikkelingen op internationaal niveau	151
3.5	Resumé: schuivende rechtsbelangen	154
4	DE SYSTEMATIEK IN DE STRAFBAARSTELLING VAN MENSENHANDEL	157
4.1	Over de rechtsbelangen in artikel 273f Sr	157
4.2	Ordering van de gedragingen in artikel 273f Sr	163
4.2.1	Over de term 'mensenhandel'	163
4.2.2	Het gebruik van de term 'uitbuiting' in de wetsgeschiedenis	170
4.3	Resumé	173
5	DE GEDRAGINGEN IN ARTIKEL 273F SR	175
5.1	Methodologie en plan van aanpak	175
5.2	Artikel 273f lid 1 sub 1 Sr	176
5.2.1	Dogmatische afbakening van de gedraging in sublid 1	176
5.2.1.1	De objectieve zijde	177
5.2.1.2	De subjectieve zijde van de gedraging	179
5.2.2	Uitleg van (onderdelen van) sub 1 in de rechtspraak van de Hoge Raad	182
5.2.2.1	De misbruikbestanddelen in sub 1	183
5.2.2.2	Het oogmerkbestanddeel	196
5.2.3	Resumé	200
5.3	Artikel 273f lid 1 sub 2 Sr	201
5.4	Artikel 273f lid 1 sub 3 Sr	202
5.4.1	Dogmatische afbakening van de gedraging in sublid 3	204
5.4.2	Uitleg van (onderdelen van) sub 3 in de rechtspraak van de Hoge Raad	206
5.4.2.1	De handelingen	206
5.4.2.2	Het oogmerkbestanddeel	208
5.4.2.3	Kanttekeningen in de feitenrechtspraak	211
5.4.2.4	Het arrest van de Hoge Raad uit 2016	214
5.4.3	Resumé	224
5.5	Artikel 273f lid 1 sub 4 Sr	225
5.5.1	Dogmatische afbakening van de gedraging in sublid 4	225
5.5.2	Uitleg van (onderdelen van) sub 4 in de rechtspraak van de Hoge Raad	229
5.5.2.1	Een extensieve en restrictieve benadering	230
5.5.2.2	De standaardarresten van 2015 en 2016	231
5.5.3	Resumé	238

5.6 Artikel 273f lid 1 sub 5 Sr	239
5.6.1 Dogmatische afbakening van de gedraging in sublid 5	239
5.6.2 Relatie van sublid 5 met enkele zedendelicten	246
5.6.3 Resumé	250
5.7 De profijttrekkersbepalingen in subleden 6 tot en met 8	250
5.7.1 Artikel 273f lid 1 sub 6 Sr	251
5.7.2 Artikel 273f lid 1 sub 7 Sr	256
5.7.3 Artikel 273f lid 1 sub 8 Sr	257
5.8 Artikel 273f lid 1 sub 9 Sr	258
5.8.1 De gedraging in sub 9	258
5.8.2 Uitbuiting als bestanddeel van sublid 9	264
5.9 Resumé	268
6 DE RECHTSBELANGEN IN ARTIKEL 273F WETBOEK VAN STRAFRECHT	271
6.1 De als mensenhandel strafbaar gestelde gedragingen en hun verhouding tot het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid	273
6.1.1 Subleden 1 en 2	273
6.1.2 Sublid 3	277
6.1.3 Sublid 4	279
6.1.4 Sublid 5	281
6.1.5 Subleden 6 tot en met 8	284
6.1.6 Sublid 9	286
6.2 Resumé	287
7 REFLECTIE OP DE BEVINDINGEN	291
7.1 De legitimiteit van artikel 273f Wetboek van Strafrecht in het licht van het rechtsbelangenconcept	293
7.2 De legitimiteit van artikel 273f Wetboek van Strafrecht in het licht van de rechtszekerheid	300
7.3 Gedachten over een nieuwe strafbaarstelling	304
7.4 Meer waardering voor het rechtsbelangenconcept?	309
SAMENVATTING	319
SUMMARY	327
LITERATUURLIJST	333
KAMERSTUKKEN	349
JURISPRUDENTIE	351
BIJLAGE	353
CURRICULUM VITAE	357

Lijst van afkortingen

AA	<i>Ars Aequi</i>
afl.	aflevering
A-G	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden
<i>Am. J. Comp. L.</i>	<i>The American Journal of Comparative Law</i>
<i>Am. J. Int. L.</i>	<i>The American Journal of International Law</i>
art.	artikel
c.a.	cum annexis
Concl.	Conclusie
c.q.	casu quo
c.s.	cum suis
DD	<i>Delikt en Delinkwent</i>
d.i.	dat is
diss.	dissertatie
d.z.	dat zijn
e.a.	en andere(n)
ECLI	European Case Law Identifier
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
hfdst.	hoofdstuk
IAO	Internationale Arbeidsorganisatie
i.c.	in casu
i.e.	id est
IND	Immigratie- en Naturalisatiedienst
JV	<i>Justitiële Verkenningen</i>
KMar	Koninklijke Marechaussee
m.nt.	met noot
NJ	<i>Nederlandse Jurisprudentie</i>
NJB	<i>Nederlands Juristenblad</i>
NJV	Nederlandse Juristen-Vereniging
NLR	Noyon/Langemeijer & Rammelink
o.	overweging
OM	Openbaar Ministerie
p.	pagina
P-G	Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden
red.	redactie

red. aant.	redactionele aantekening
r.o.	rechtsoverweging
<i>Stcrt.</i>	<i>Staatscourant</i>
<i>Stb.</i>	<i>Staatsblad</i>
Sr	Wetboek van Strafrecht
Sv	Wetboek van Strafvordering
<i>T&C</i>	<i>Tekst & Commentaar</i>
<i>TPWS</i>	<i>Tijdschrift Praktijkwijzer Strafrecht</i>
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime
vgl.	vergelijk
VN	Verenigde Naties
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
zgn.	zogenaamd
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>

1 | Inleiding

De vrouw die in 2016 in Gouda met haar auto langs de kant van de weg kwam stil te staan zonder benzine had misschien met veel rekening gehouden, vermoedelijk niet dat haar daaropvolgende daden tot vermelding van het misdrijf ‘mensenhandel’ op haar strafblad zouden leiden. Zonder geld op zak of op de bank zag ze kennelijk geen andere uitweg haar meegereisde dochter, en haar vriendinnetje, in een nabijgelegen woonwijk langs de deuren te laten gaan om geld op te halen voor een sponsorloop. Maar die sponsorloop bestond niet. Het misbruik dat de moeder op deze manier van haar dochter en vriendinnetje wist te maken, leverde naar het oordeel van de rechtbank in Den Haag niet alleen oplichting op, maar ook mensenhandel.¹

Aan de rechtspraak laten zich meer exotische voorbeelden ontleenen. Naast de moeder ook de grootvader die zijn kleindochter in de supermarkt tot het stelen van een mand vol boodschappen had gedwongen. Misbruik van een kwetsbare positie en van ‘uit feitelijke omstandigheden voortvloeiend’ overwicht, oordeelde de Rechtbank Midden-Nederland in 2013, en naast het doen plegen van diefstal ging de opa ook voor mensenhandel voor de bijl.² Eerder al waren er de zaken waarin scholieren hun medescholieren tot het afsluiten van telefoonabonnementen hadden gedwongen. Een typisch geval van oplichting, zo leidt intuïtief in elk geval het oordeel. Maar verschillende instanties kwamen óók tot een veroordeling voor mensenhandel.³

De voorbeelden hierboven illustreren hoe breed de reikwijdte van de strafbaarstelling van mensenhandel is en doen haast vergeten dat artikel 273f Wetboek van Strafrecht, waarin de strafbaarstelling is neergelegd, ook ‘gewoon’ wordt gebruikt voor de zaken waarin wel van ernstige mensenrechtenschendingen sprake was. Voor de tientallen ‘loverboy’-zaken die jaarlijks worden afgedaan. Voor de ‘mega’s’ en ‘minimega’s’ die de rechterlijke instanties in Nederland toch zeker op maandelijkse basis behandelen en waarin niet zelden sprake is van netwerken die zich in Nederland en Europa in georganiseerd verband bezighouden met het uitbuiten van, vooral, sekswerkers.⁴ De veelheid

1 Rb. Den Haag 30 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:7262.

2 Rb. Midden-Nederland 9 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2679.

3 Zie daarover Esser & Dettmeijer-Vermeulen, *DD* 2014/48 en Esser & Dettmeijer-Vermeulen, *Trema* 2015, p. 262-267.

4 Zie uitgebreider over de uiteenlopende vormen waarin mensenhandel kan voorkomen Kragten-Heerdink, Dettmeijer-Vermeulen & Korf, *Crime & Delinquency* 2017, p. 1765-1789.

aan situaties die bij de strafbaarstelling van mensenhandel kunnen worden ondergebracht, verklaart waarom in mensenhandelzaken zeer uiteenlopend wordt gestraft; de straffen variëren van voorwaardelijke celstraffen tot, in een enkel geval, gevangenisstraffen oplopend tot vijftien jaar.⁵

Dat onder artikel 273f Sr zeer uiteenlopende feitencomplexen kunnen worden gesubsumeerd, hebben het een moeilijk te doorgronden bepaling gemaakt die er in de praktijk een slechte reputatie op nahoudt. Het gaat wellicht wat ver om het wetsartikel, zoals Klip heeft gedaan, als een ‘wettisch gedrocht’ te omschrijven, maar dat een dergelijke kwalificatie wordt gebruikt, spreekt uiteraard boekdelen.⁶ Lestrade heeft er in haar dissertatie aandacht voor gevraagd dat onder de strafbaarstelling van mensenhandel, naast situaties van arbeidsuitbuiting, ook aanvaardbare werksituaties kunnen worden gebracht.⁷ Ook Van Kempen kritiseert het wetsartikel vanwege de ruime formulering van de bepalingen die daarin zijn opgenomen; de strafbaarstelling doet volgens hem te weinig recht aan de ernstige mensenrechtenschendingen waarvoor het artikel oorspronkelijk bedoeld is.⁸

Niet alleen de variëteit aan zaken die onder het toepassingsbereik van artikel 273f Sr vallen, draagt aan de complexiteit bij. Ook bij een eerste bestudering van het wetsartikel valt al op dat dit geen eenvoudig te begrijpen strafbepaling is. Waar voor moord, doodslag en diefstal geldt dat zij zich in relatief makkelijke termen laten omschrijven – iedereen zal zich in elk geval bij de strekking van die strafbaarstellingen een beeld kunnen vormen – is dat bij het mensenhandelartikel beduidend anders. Een eerste blik op het eerste lid van artikel 273f Sr laat dat al zien: hier is niet één gedraging als mensenhandel strafbaar gesteld, maar zijn het feitelijk negen verschillende gedragingen die alle dit etiket hebben meegekregen. Die gedragingen verschillen ook nog eens qua aard en ernst, maar zijn wel weer van dezelfde strafbedreiging voorzien. En in tegenstelling tot wat deze systematiek veronderstelt, is de samenhang tussen de gedragingen niet makkelijk te achterhalen; ook bij nadere bestudering van de achtergrond van deze bepalingen blijft onduidelijk in welke relatie zij tot elkaar staan. Niet in de laatste plaats hangt dit samen met de meergelaagde achtergrond van het artikel. Een deel van de als mensenhandel strafbaar gestelde gedragingen is afkomstig van een bovennationale wetgever, een ander deel is louter het product van nationale wetgevende arbeid. Bovendien zijn de gedragingen de resultante van wetgevingsprocessen uit verschillende, soms ver uit elkaar liggende tijdvakken.

Ook in de rechtspraak is de worsteling met het wetsartikel terug te zien. De ruime reikwijdte die artikel 273f in potentie heeft, heeft in de feitenrechtspraak er niet zelden toe geleid dat het artikel op verschillende manieren is

5 Hof Den Haag 15 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2681.

6 A.H. Klip, annotatie bij HR 10 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:670, NJ 2015/443.

7 Lestrade 2018, p. 335-337.

8 Van Kempen, *DD* 2017/39.

geïnterpreteerd en toegepast, waardoor terecht de vraag kan worden opgeworpen of de rechtsgelijkheid hier in het geding is.⁹ Het verbaast tegen deze achtergrond niet dat de Hoge Raad vooral in de afgelopen jaren zich steeds meer moeite heeft getroost om de bepalingen in artikel 273f, eerste lid, Sr nader uit te leggen. Niet alleen heeft ons hoogste rechtscollege de daarin opgenomen bestanddelen nader uitgelegd, ook heeft hij een niet te geringschatten bijdrage geleverd aan het afbakenen van het wetsartikel. Door het artikel hoofdzakelijk restrictief te interpreteren, lijkt de Hoge Raad een correctie te hebben doorgevoerd op de ruime formulering waarin de verschillende gedragingen in artikel 273f Sr zijn gesteld. Opvallend is dat de Hoge Raad hierbij een tamelijk zeldzame afbakeningstechniek heeft gehanteerd door in sommige gedragingen zelf een impliciet bestanddeel – het bestanddeel ‘uitbuiting’ – in te lezen. Dit optreden, als een soort tweede wetgever, heeft ertoe geleid dat dit bestanddeel voor een veroordeling bij de ene gedraging wel en de andere gedraging niet hoeft te worden bewezen. Zo bezien heeft de rechtspraak van de Hoge Raad niet alleen voor nadere afbakening gezorgd, maar het artikel ook weer complexer gemaakt. Bovendien kan worden gezegd dat de wettekst thans geen getrouwe afspiegeling meer vormt van hetgeen in Nederland als mensenhandel strafbaar is: het bestanddeel ‘uitbuiting’ laat zich immers uitsluitend uit de jurisprudentie afleiden.

De hierboven geschetste problematiek krijgt extra reliëf als we die bezien vanuit het perspectief van de notie van rechtszekerheid. Die houdt, kort en goed, in dat de burger in staat moet worden gesteld om aan het recht zekerheid te ontnemen over de strafwaardigheid van gedrag; hij moet bij zijn handelen, zo luidt de klassieke idee, zijn gedrag op de wet kunnen afstemmen.¹⁰ Dit vereiste geeft uitdrukking aan de zware inbreuken die de strafrechtelijk opererende overheid op de persoonlijke vrijheid van zijn burgers kan maken. Er ligt een idee van wederkerigheid in besloten: geaccepteerd wordt dat er een straffende staat bestaat, maar alleen op de voorwaarde dat vooraf helder is wanneer die staat zijn zwaarwegende bevoegdheden mag hanteren.¹¹ Om die reden vloeit uit het materieelstrafrechtelijke legaliteitsbeginsel van artikel 1 Sr, waaraan de rechtszekerheidsnotie ten grondslag ligt, voort dat strafbepalingen ‘toegankelijk en scherp’ dienen te zijn geformuleerd.¹² Niet alleen vanuit het perspectief van de burger gezien is de begrijpelijkheid van wetgeving verder relevant. Het legaliteitsbeginsel heeft immers ook een belangrijke instrumentele functie, die de constitutionele verhoudingen tussen de drie te onderscheiden staatsmachten regelt. Belangrijk daarbij is dat het legaliteits-

9 Esser & Dettmeijer-Vermeulen, *DD* 2014/48; Lestrade & Rijken, *DD* 2014/64.

10 Cleiren 2008, p. 291-306. Zie ook Kristen 2011, p. 308.

11 Deze idee van wederkerigheid ligt ten grondslag aan het werk van de Amerikaanse rechtsfilosoof Fuller. Een van de aspecten van de wederkerige relatie tussen staat en burger is dat voorzienbaar is aan welke regels de staat het gedrag van burgers onderwerpt. Fuller (1964) 1969, p. 19-27; p. 39-40.

12 De Hullu 2018, p. 94-99.

beginsel vertrekt vanuit de idee van het primaat van de wetgever en voorschrijft dat het handelen van de andere staatsmachten steeds op de wet dient te zijn gebaseerd. Duidelijke strafbepalingen zijn daarmee niet alleen een waarborg voor burgers, maar beogen ook een toepassing van het strafrecht mogelijk te maken die recht doet aan de verhoudingen binnen de *trias politica*.¹³ Los van deze constitutionele dimensie zijn duidelijke strafbepalingen natuurlijk ook vanuit zuiver praktisch perspectief te verkiezen; de strafrechtelijke actoren die dagelijks met die bepalingen moeten werken – de rechter, officier van justitie en de opsporingsambtenaar – zijn niet gebaat bij (te) ingewikkelde bepalingen die in de praktijk uitlegproblemen opleveren. Niet alleen de legitimiteit van het recht staat dan met andere woorden op het spel, maar ook de hanteerbaarheid, de effectiviteit, daarvan.

Uit de snelle schets hierboven kan worden opgemaakt dat de complexiteit van de strafbaarstelling van mensenhandel en de daaruit voortvloeiende problemen in de rechtspraktijk, raken aan enkele grondbeginselen van ons strafrecht. Dit werpt de vraag op naar de legitimiteit van de wijze waarop die strafbaarstelling momenteel is ingericht en functioneert. Deze prangende vraag, en de problemen die voor het stellen daarvan redengevend zijn, vormen de aanleiding voor het schrijven van dit boek. De doelstelling van dit onderzoek is om grip te krijgen op de strafbaarstelling van mensenhandel en meer inzicht te vergaren in de achtergrond en strekking van de gedragingen die in Nederland als zodanig zijn gecriminaliseerd. Kort gezegd gaat het er in dit boek om orde te scheppen in de zo complexe materie die de strafbaarstelling van mensenhandel vormt. De onderzoeksvraag die in dit boek centraal staat, kan daarom kernachtig worden geformuleerd en luidt als volgt:

| *Wat is de strekking van de strafbaarstelling van mensenhandel in Nederland?*

Deze onderzoeksvraag valt uiteen in meerdere deelvragen, die worden geïntroduceerd en toegelicht in de volgende paragraaf.

1.1 DEELVRAGEN EN PLAN VAN AANPAK

De strekking van een strafbaarstelling kan op uiteenlopende wijzen en met behulp van verschillende methoden worden onderzocht. De vraag is op welke wijze de beantwoording van de zojuist geponeerde onderzoeksvraag in dit boek wordt vormgegeven. Duidelijk moge zijn dat het antwoord op de onderzoeksvraag in grote mate afhangt van hetgeen de ontwerper daarvan, de wetgever, met de strafbaarstelling voor ogen heeft gestaan. Bezien we de

13 Cleiren 2008, p. 292.

doelstellingen van de wetgever dan wordt in de strafrechtelijke doctrine doorgaans gesproken over het rechtsbelang of, in meervoud, de rechtsbelangen die de wetgever met de strafbaarstelling heeft beoogd te beschermen.¹⁴ Het rechtsbelang, zo kan wel worden gezegd, is een in de doctrine gehanteerde term die verwijst naar de doelen die de wetgever van oudsher heeft nagestreefd met het strafbaar stellen van gedrag. Het doen van onderzoek naar het met een strafbaarstelling beschermde rechtsbelang lijkt al met al een logisch te nemen stap voor wie zoekt naar de strekking van een strafbaarstelling: deze term ontsluit de bedoelingen van de wetgever en kennis ervan plaatst de gedraging dus in het licht van hetgeen met de strafbaarstelling wordt beoogd. Inzicht in het daarmee beschermde rechtsbelang lijkt bovendien juist in het geval van de strafbaarstelling van mensenhandel wenselijk. In eerste instantie omdat over de doelstellingen daarvan bepaald onduidelijkheid bestaat, zoals wel blijkt uit de discussie die daarover in de rechtspraak en de literatuur is ontstaan. In tweede instantie ook vanwege de techniek die bij de strafbaarstelling van mensenhandel is toegepast; de uiteenlopende aard van de gedragingen in het eerste lid en het gebruik van verschillende typen delictsomschrijvingen maakt automatisch dat het geen sinecure is om te voorzien welke belangen daarmee nu precies beschermd worden. In de derde plaats speelt een rol dat de strafbaarstelling van mensenhandel door de jaren heen door zeer verschillende ontwikkelingen is beïnvloed: zij is het product van nationale en internationale wetgevers, van heden en verleden en van nationale en internationale rechters. Het rechtsbelangenconcept kan in deze als complex te omschrijven context dienstdoen als belangrijk, structurerend principe.

Daarnaast is nóg een reden aanwezig om het rechtsbelang in dit boek uit te lichten. Het 'rechtsbelang' kan namelijk niet uitsluitend worden beschouwd als de omschrijving van het object (het rechtsbelang) dat de wetgever met strafbaarstelling van gedrag heeft willen beschermen. Hoewel daar in de Nederlandse literatuur tot dusver weinig aandacht naar is uitgegaan, kan de term 'rechtsbelang' ook verwijzen naar een meeromvattend, in de strafrechtstheorie ontwikkeld concept – het rechtsbelangenconcept – dat niet alleen aanduidt welke belangen met wetgeving worden beschermd, maar waarin ook verschillende aanspraken besloten liggen waarmee die wetgeving kritisch kan worden geanalyseerd en gewaardeerd. Daarmee faciliteert dit concept in potentie niet alleen een onderzoek naar de strekking van strafwetgeving, maar stelt het ook in staat om die, in het licht van de daarmee beschermde rechtsbelangen, kritisch te onderzoeken. Omdat in Nederland relatief weinig aandacht is uitgegaan naar het rechtsbelang in zijn hoedanigheid van 'kritisch-normatief concept',¹⁵ is aan het rechtsbelangenconcept een aparte deelvraag gewijd waarvan de beantwoording ons meer zicht kan verschaffen op de wijze

14 Zie over de verwantschap tussen de doelstellingen van wetgeving en het daarmee beschermde rechtsbelang nader Cleiren & Ten Voorde 2019, p. 125.

15 Zie hierover paragraaf 2.1.

waarop zo'n analyse en waardering via het rechtsbelang precies plaats kan vinden. Die deelvraag luidt:

Hoe kan het concept van het rechtsbelang behulpzaam zijn bij de analyse en waardering van de strafbaarstelling van mensenhandel?

De beantwoording van deze deelvraag levert inzichten op over de wijze waarop het rechtsbelangenconcept kan bijdragen aan het inzichtelijk maken van de doelstellingen die de wetgever door de jaren heen met de criminalisering van mensenhandel heeft voorgestaan. Ook kan het concept behulpzaam zijn bij de beantwoording van de vraag of, en zo ja, in hoeverre de rechter bij het nader uitleggen van de strafbaarstelling rekening heeft gehouden met deze doelstellingen.¹⁶ Het rechtsbelang functioneert in deze hoedanigheid als een soort van perspectief, waarmee telkens rekening kan worden gehouden bij de beantwoording van de overige deelvragen. Naast de loutere analyse kan in dit boek ook gebruik worden gemaakt van de meer normatieve elementen waaruit het rechtsbelangenconcept bestaat. In hoofdstuk 2 zal worden gezocht naar de eisen, de imperatieven, die uit het concept, als het rechtsbelang als zodanig wordt opgevat, voortvloeien. Zonder al te zeer op de zaken vooruit te lopen, schrijft het normatieve rechtsbelangenconcept niet alleen voor dat met strafbaarstelling van gedrag een rechtsbelang moet worden beschermd, maar ook dat die beschermingsaanspraak valide moet zijn, ofwel: gezegd moet kunnen worden dat met de strafbaar gestelde gedraging daadwerkelijk het rechtsbelang wordt beschermd waarvan de wetgever de bescherming op het oog heeft. Alleen indien dit het geval is, kan het rechtsbelang ook overtuigend worden gebruikt ter legitimering, ordening en interpretatie (door de rechter¹⁷) van de strafbaarstelling.

Het rechtsbelangenconcept speelt door dit hele boek heen een rol. In hoofdstukken 3, 4 en 5 zal meer van zijn analytische kant gebruik worden gemaakt, daar waar hoofdstukken 6 en 7 – en de daarin te beantwoorden deelvragen – in belangrijke mate zullen steunen op de inzichten die in de normatieve variant van het rechtsbelangenconcept besloten liggen. Of, en zo ja, hoe het rechtsbelangenconcept in de verschillende hoofdstukken van dit boek een rol speelt, zal hieronder bij de bespreking van de overige deelvragen nog worden behandeld en is een vraag die uitgebreider wordt beantwoord in hoofdstuk 2.

16 Zie uitgebreid over deze 'interpretatieve functie' van het rechtsbelangenconcept Eckhardt, Van de Wetering & Bakker, *DD* 2018/13.

17 In hoofdstuk 2 wordt er nog bij stilgestaan dat ook in de bredere rechtspraktijk een oriëntatie op het met de strafbaarstelling beschermde rechtsbelang plaats kan vinden, bijvoorbeeld bij de officier van justitie die moet besluiten om in een concreet geval al dan niet tot vervolging over te gaan.

Het eigenlijke onderzoek naar de strekking van de strafbaarstelling van mensenhandel neemt een aanvang met de beantwoording van de tweede deelvraag, die in hoofdstuk 3 centraal staat:

Hoe heeft de strafbaarstelling van mensenhandel zich historisch ontwikkeld en welke waren de maatschappelijke, culturele en politieke ontwikkelingen die daaraan ten grondslag lagen?

De aandacht voor de genoemde ontwikkelingen stelt in staat zicht te krijgen op de rechtsbelangen die de strafwetgever door de jaren heen met strafbaarstelling van mensenhandel heeft willen beschermen. Het zal blijken dat de inhoud van de strafwetgeving over mensenhandel, die in 1912 voor het eerst strafbaar werd in Nederland, steeds in grote mate afhankelijk is geweest van de maatschappelijke, culturele en politieke ontwikkelingen die zich in de samenleving voordeden.

Nadat uitgebreid bij de historie van de strafbaarstelling is stilgestaan, is het zaak om meer de focus te leggen op de bestaande strafbaarstelling van mensenhandel in Nederland, zoals die is opgenomen in artikel 273f Sr. De vraag die in dit deel van het onderzoek centraal staat, luidt:

Welke gedragingen zijn in het Wetboek van Strafrecht als mensenhandel strafbaar gesteld?

De inhoud van alle, in artikel 273f opgenomen gedragingen wordt onderzocht. Daarbij is ervoor gekozen eerst de bij de strafbaarstelling gehanteerde systematiek te onderzoeken, in hoofdstuk 4. Aparte aandacht daarvoor is vereist omdat die systematiek, kort en goed, nogal in het oog springt, zoals hierboven al werd opgemerkt. Zoals gezegd zijn negen uiteenlopende gedragingen van dezelfde kwalificatie en strafbedreiging voorzien en staan deze dus in dezelfde titel met misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid. Het is om die reden goed om te bezien welke betekenis de wetgever aan deze systematische inbedding van artikel 273f Sr heeft verleend. Ook wordt de vraag opgeworpen of, en zo ja, hoe de wetgever zich de verhouding tussen deze verschillende gedragingen heeft gedacht en is er aandacht voor enige andere systematische aspecten die niet uit de wet, maar wel uit de parlementaire stukken zijn af te leiden.

Naast een studie van de systematiek bevat het onderzoek ook een studie naar de gedragingen zelf. De gedragingen worden daartoe, in hoofdstuk 5, uitgebreid dogmatisch ontleed. Daarbij is zoveel mogelijk gebruik gemaakt van uiteenlopende leerstukken en onderscheidingen uit de dogmatiek. Hierdoor wordt een zo rijk mogelijk inzicht verschaft in de inhoud van de gedragingen die als mensenhandel zijn strafbaar gesteld. Naast deze theoretische analyse is het voor een goed beeld daarvan ontegenzeggelijk ook van belang de rechtspraak van de Hoge Raad te bestuderen. Ook daarin voorziet hoofdstuk 5. Per gedraging komen steeds de belangrijkste standaardarresten aan bod.

Bovendien worden deze arresten zoveel mogelijk besproken in het licht van de inzichten die we bij de theoretische analyse van de subgedragingen al hebben vergaard. Daardoor wordt telkens duidelijk hoe theorie en praktijk zich met betrekking tot de mensenhandelgedraging tot elkaar verhouden. Ook zal hierbij worden teruggegrepen op het rechtsbelangenconcept dat in hoofdstuk 2 is uitgewerkt: in hoeverre heeft de rechter zich bij het nader uitleggen van de strafbaarstelling van mensenhandel laten leiden door de daarmee te beschermen rechtsbelangen? Spelen die belangen een rol bij de keuze voor een restrictieve uitleg, waaraan hierboven al even werd gerefereerd?

Hoofdstukken 6 en 7 hangen in die zin samen dat zij beide beogen de bevindingen uit de hoofdstukken 3, 4 en 5 in het perspectief van het rechtsbelangenconcept te plaatsen. Hoewel dit perspectief ook in de hoofdstukken zelf terugkeert, is het de bedoeling om in hoofdstuk 6 en 7 een beroep te doen op de meer kritische onderdelen van het concept. Zoals net al even werd genoemd bestaat de normatieve potentie ervan er vooral in dat kritisch wordt onderzocht in hoeverre met de strafbaarstelling ook daadwerkelijk de rechtsbelangen worden beschermd die de wetgever heeft willen beschermen. Hoe overtuigend is de aanspraak die de wetgever op die bescherming maakt?

In hoofdstuk 6 zal in eerste instantie worden gezien hoe de verschillende gedragingen in artikel 273f, eerste lid, Sr zich tot het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid verhouden, het rechtsbelang immers dat de wetgever met de strafbaarstelling van mensenhandel primair heeft willen beschermen. Deels zal het antwoord op deze vraag reeds uit de hoofdstukken 3, 4 en 5 voortvloeien, omdat daarin de strekking van deze gedragingen wordt onderzocht. De toegevoegde waarde van hoofdstuk 6 is evenwel dat daarin de relatie tussen de negen gedragingen in het eerste lid en het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid wordt gearticuleerd: het ene (de gedraging) wordt gezien in het licht van het ander (het rechtsbelang). Daarmee wordt nog eens extra duidelijk hoe die, verschillende, gedragingen zich tot dit rechtsbelang verhouden en of daarin overeenkomsten en verschillen bestaan. Ook zal worden bekeken in hoeverre ook andere dan de door de wetgever beoogde rechtsbelangen worden beschermd. Gaandeweg zal dan duidelijk worden of en zo ja, hoe de gedragingen zich tot de door de wetgever geïdentificeerde rechtsbelangen verhouden. De deelvraag die in hoofdstuk 6 wordt beantwoord, luidt:

Wat is de verhouding tussen het in de systematiek besloten liggende, met de strafbaarstelling van mensenhandel beschermde rechtsbelang en de gedragingen die als mensenhandel zijn strafbaar gesteld?

Als we meer zicht hebben op de gedragingen uit artikel 273f, eerste lid, Sr en de rechtsbelangen die daarmee beschermd worden, is genoeg materiaal verzameld om de centrale onderzoeksvraag te beantwoorden. Het resumé van hoofdstuk 6 zal daarvoor deels worden ingeruimd, omdat op die plek ook de conclusies over de verhouding van de als mensenhandel strafbaar gestelde

gedragingen met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid staan. Hoofdstuk 7 wordt vervolgens gebruikt om de bevindingen aan een nadere waardering te onderwerpen. Deelvraag 5 luidt dan ook:

Hoe kunnen de bevindingen worden gewaardeerd?

Voor de waardering van de bevindingen is uiteraard een beoordelingskader nodig. In de eerste plaats zal daartoe wederom het rechtsbelangenconcept worden aangesproken. Zoals net al even is genoemd, en in hoofdstuk 2 wordt uitgewerkt, vloeien uit het rechtsbelangenconcept ook kwaliteitseisen voort, die zowel de wetgever als de wetstoepassers raken. Het zijn deze, meer normatieve trekken die in hoofdstuk 7 worden aangesproken om de bevindingen uit dit boek te kunnen waarderen. In eerste instantie zal daarbij worden nagegaan in hoeverre de strafbaarstelling van de gedragingen in artikel 273f, eerste lid, Sr met een beroep op het daarmee primair door de wetgever beschermde rechtsbelang – de persoonlijke vrijheid – gelegitimeerd kan worden. Afhankelijk van het antwoord op die vraag kan vervolgens ook worden gezien in hoeverre deze gedragingen op de juiste plek in de wet staan – in de titel met misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid – en hoe legitiem het is dat deze gedragingen door de rechter met een beroep op dit rechtsbelang worden geïnterpreteerd. Het rechtsbelangenconcept stelt ons kortom in staat om zowel over de legitimiteit van de strafbaarstelling zelf als over de wijze waarop die is geordend en geïnterpreteerd uitspraken te kunnen doen. Deelvraag 5 is evenwel bewust ruim geformuleerd, opdat we de bevindingen, indien nodig, ook vanuit andere invalshoeken kunnen duiden en beoordelen. Op voorhand is er met andere woorden voor gekozen het rechtsbelangenkader leidend te laten zijn, maar wel ruimte open te laten om de resultaten van deze studie vanuit andere perspectieven te belichten. Het zal mede van de aard van de resultaten afhangen vanuit welk kader deze nader, en op betekenisvolle wijze, kunnen worden gewaardeerd.

Met de specifieke benaderingswijze die in dit boek is gekozen – met name wordt dan gedoeld op de invalshoek van de rechtsbelangen – wordt in een nadere duiding en verdieping van de problematiek voorzien waarmee de strafbaarstelling van mensenhandel, en de toepassing daarvan in de praktijk, is omgeven en is bovendien een poging gedaan bloot te leggen hoe een zeer complexe strafbaarstelling met behulp van het rechtsbelangenconcept kan worden ontrafeld. De strafbaarstelling van mensenhandel heeft daarmee centraal gestaan, maar kan ook wel als exemplarisch voorbeeld worden beschouwd; het rechtsbelangenconcept kan, op de wijze waarop dat in dit boek is gebruikt, ook dienstdoen voor de analyse en waardering van andere strafbepalingen, zeker wanneer die eenzelfde meergelaagde achtergrond kennen als de strafbaarstelling van mensenhandel. Met de optiek van de rechtsbelangen heeft dit boek zich duidelijk willen onderscheiden van reeds bestaande litera-

tuur over de materieelstrafrechtelijke aanpak van mensenhandel. Dit laat onverlet dat deze studie niet in een vacuüm heeft plaatsgehad, maar voortbouwt op de reeds aanwezige kennis die over de strafbepaling aanwezig is. In het bijzonder mogen in dit verband de dissertaties van Haveman (1998) en, zeer recent, Lestrade (2018) niet onbenoemd blijven.¹⁸ In dit boek is van de inzichten van deze auteurs dankbaar gebruikgemaakt en naar hun werk is dan ook veelvuldig verwezen.

1.2 VERANTWOORDING VAN DE GEBRUIKTE METHODEN

Dit boek heeft het karakter van een klassiek-juridische studie: de nadruk in deze studie heeft vooral gelegen op het onderzoek naar de inhoud van juridische bronnen. Naast de wetgeving zelf, zowel die met een internationale als nationale oorsprong, gaat het hier ook om de parlementaire stukken die aan de totstandkoming van die wetgeving ten grondslag hebben gelegen. Afhankelijk van het betreffende hoofdstuk zijn de wetgevingsprocessen zoveel als mogelijk integraal onderzocht. Dit wil zeggen dat niet is volstaan met een studie van alleen de kerndocumenten in het wetgevingsproces – daaronder kunnen de memorie van toelichting en de memorie van antwoord worden geschaard –, maar steeds ook aandacht is geweest voor de verdere parlementaire behandeling en de vragen die daarin naar voren zijn gebracht. Naast de wetgeving wordt een belangrijke bron vanzelfsprekend gevormd door de rechtspraak. Bij het bestuderen daarvan heeft het zwaartepunt steeds gelegen in de arresten van de Hoge Raad of, waar relevant, in de uitspraken van internationale gerechten. Het onderzoek naar en de aandacht voor de feitenrechtspraak is beperkt gebleven tot gevallen waarin de Hoge Raad zich niet over een rechtsvraag heeft uitgelaten, maar deze wel in de feitenrechtspraak is behandeld. Het onderzoek van wetgeving en rechtspraak is aangevuld met literatuurstudie. In de eerste plaats gaat het daarbij om rechtswetenschappelijke literatuur, zowel uit het binnen- als buitenland. Daarnaast is zoveel mogelijk getracht om de inzichten daaruit te verrijken met literatuur uit andere domeinen dan het juridische. De literatuurstudie is natuurlijk wel beperkt gebleven tot literatuur die de thematiek van de mensenhandel of die van de rechtsbelangen raakt.

Welke methode in welk deel van dit boek is gehanteerd hangt in sterke mate af van het karakter van het betreffende hoofdstuk. Hoofdstuk 2 is rechtstheoretisch van aard. Het onderzoek naar de betekenis van het rechtsbelangenconcept dat daarin centraal staat, heeft vooral vorm gekregen door een studie van

18 Haveman 1998; Lestrade 2018.

strafrechtstheoretische literatuur, zowel primaire als secundaire. Vanwege de wortels van het concept in de Duitse strafrechtsdogmatiek ligt het voor de hand dat het zwaartepunt hier in de Duitse literatuur ligt. Gedurende de studie is bovendien een belangrijke parallel waarneembaar geworden tussen het rechtsbelangenconcept enerzijds en het beroemde 'schadebeginsel', met Angelsaksische signatuur, anderzijds. Om die reden komt in hoofdstuk 2 ook dit concept aan de orde en is er aandacht voor de samenhang tussen beide. Daartoe is gebruik gemaakt van vooral Amerikaanse en Engelse literatuur.

Hoofdstuk 3 is wetshistorisch van aard. Om een goed en compleet beeld te krijgen van de (wets)geschiedenis die aan de strafbaarstelling van mensenhandel ten grondslag ligt, is studie gemaakt van de parlementaire stukken die behoren tot de uiteenlopende wetgevingsprocessen waarvoor in dit hoofdstuk aandacht is. Bovendien is getracht de juridische documentatie zoveel mogelijk te verrijken met literatuur uit andere domeinen, bijvoorbeeld de sociale wetenschap en de geschiedkunde, en is er ruimschoots aandacht voor met de wetgeving samenhangende beleidsdocumenten of rapporten. Op deze manier is niet alleen het juridisch-historisch decor geschilderd waartegen de strafbaarstelling van mensenhandel zich heeft ontwikkeld, maar is ook een beeld ontstaan van de maatschappelijke, politieke en culturele context waarin die ontwikkeling plaatsvindt.

In hoofdstukken 4 en 5 staat de strafbaarstelling van mensenhandel centraal zoals die thans in het Wetboek van Strafrecht is opgenomen. De hoofdstukken hebben een systematisch en doctrinair karakter. Bij de analyse van de systematiek achter de strafbaarstelling is primair gebruik gemaakt van de parlementaire stukken die ten grondslag lagen aan de totstandkoming van artikel 273a (oud) Sr, de directe voorganger van artikel 273f Sr.

In hoofdstuk 5 is in eerste instantie, zoals net al even werd opgemerkt, gebruikgemaakt van enkele dogmatische onderscheidingen en algemene leerstukken. Bij wijze van voorbeeld zijn de besproken delictomschrijvingen telkens opgedeeld in een objectieve en subjectieve zijde en is bij de bespreking van het laatste deel bijvoorbeeld aandacht voor de precieze schuldvorm die de wetgever heeft opgenomen en de bijzonderheden waarmee die gepaard gaan. Indien nodig is het daardoor mogelijk om de verschillende bestanddelen van de strafbaarstelling van mensenhandel tegen het licht te houden van relevante inzichten uit de strafrechtelijke dogmatiek, waardoor een betere duiding van de betekenis van deze bestanddelen mogelijk wordt en tevens een verdiepingsslag wordt gemaakt. In het bijzonder zal daaraan behoefte bestaan indien de bestanddelen naar algemene leerstukken verwijzen (zoals bijvoorbeeld in het geval van het 'oogmerk' uit sub 1 of het bestanddeel 'opzettelijk' uit sub 6) of daarmee samenhangen (zoals bijvoorbeeld bij de 'misbruikbestanddelen' uit sub 1 en 4, waarin – zoals in paragraaf 5.2.2.1 duidelijk wordt – de bijzondere opzetvorm van het 'wetende dat' ligt besloten). Met De Hullu is het in dit kader van belang om op te merken dat deze bestanddelen van zichzelf weliswaar betekenis hebben – hun algemene beteke-

nis – maar ook worden ‘gekleurd’ door de delictsomschrijving waarin zij zijn opgenomen.¹⁹ Dat rechtvaardigt de keuze om bij de specifieke invulling van deze algemene bestanddelen in artikel 273f Sr nader stil te staan.

Bij de analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad in hoofdstuk 5 is in het bijzonder op twee aspecten gelet. In de eerste plaats spreekt het vanzelf dat aandacht is uitgegaan naar de vraag in welke zin zijn arresten invloed hebben uitgeoefend op het toepassingsbereik van de besproken subgedragingen. In de tweede plaats is bij de analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad steeds belicht op welke wijze de Raad tot zijn oordeel is gekomen. Daarbij gaat vooral ook aandacht uit naar de interpretatiemethoden die ons hoogste rechtscollege heeft toegepast. Daarmee wordt blootgelegd op welke aspecten de Hoge Raad bij de uitleg van de verschillende gedragingen uit artikel 273f, eerste lid, Sr de nadruk heeft willen leggen. In het kader van de onderzoeksvraag is het van belang te bezien of het met de gedraging beschermde rechtsbelang daarbij een rol heeft gespeeld.

De analyse van de rechtspraak ten slotte geschiedt niet in een vacuüm, maar vindt plaats tegen de achtergrond van hetgeen we in de hoofdstukken 3, 4 en 5 reeds over onderscheidenlijk de historie, systematiek en theoretisch-dogmatische achtergrond van artikel 273f Sr te weten zijn gekomen. De rechtspraak van de Hoge Raad zal natuurlijk steeds ook in het licht van de inzichten uit deze hoofdstukken worden besproken en beoordeeld.

In hoofdstukken 6 en 7 komt het in hoofdstuk 2 onderzochte rechtsbelangenconcept op twee manieren terug. In hoofdstuk 6 doet dat in eerste instantie dienst als analytisch kader met behulp waarvan de vraag wordt beantwoord welke rechtsbelangen met de in artikel 273f, eerste lid, Sr neergelegde gedragingen worden beschermd. Daarmee wordt ook licht geworpen op de vraag of dit daadwerkelijk de rechtsbelangen zijn die de wetgever daarmee wilde beschermen. De bevindingen uit hoofdstuk 6 worden in hoofdstuk 7 verder geproblematiseerd in het licht van de functies die in het rechtsbelangenconcept besloten liggen. Vanwege zijn deels normatieve lading heeft het gebruik van het concept op deze wijze een meer waarderend karakter. Dit bestaat er, zoals in hoofdstuk 2 zal worden uitgewerkt, vooral in dat kritisch wordt bezien welke relatie de wetgever tussen de gedragingen in het eerste lid en het daarmee beschermde rechtsbelang heeft getrokken. Ook wordt bekeken in hoeverre, gelet op de bevindingen uit hoofdstuk 6, de ordenende en interpretatieve functie van het rechtsbelang in voldoende mate kunnen worden gebruikt waar het de strafbaarstelling van mensenhandel betreft.

19 De Hullu 2018, p. 228-230.

1.3 TERMINOLOGISCHE KWESTIES

Kort wordt hier nog stilgestaan bij enkele begrippen die in dit boek veelvuldig worden gebruikt.

In de eerste plaats dient de aandacht te worden gevestigd op het onderscheid tussen de termen 'rechtsbelang' en 'rechtsgoed'. Zoals hierboven genoegzaam duidelijk is geworden, wordt in dit boek – ook in het vervolg – gesproken over het 'rechtsbelang' dat met een strafbaarstelling beschermd wordt. Voor dit concept wordt in de literatuur ook wel de term 'rechtsgoed' gebruikt, een term die is ontleend aan de Duitse dogmatiek, waarin van oudsher over *Rechtsgut* wordt gesproken. Hoewel in voornamelijk oudere, Nederlandse literatuur het onderscheid wel is geproblematiseerd²⁰ is daarvan in recentere literatuur geen sprake meer: beide begrippen worden door elkaar gebruikt en zijn dikwijls inwisselbaar. Ook in dit boek geldt dat geen principieel onderscheid tussen beide termen wordt aangehouden. Voor het gebruik van de term 'rechtsbelang' is gekozen omdat die taalkundig het beste aansluit bij de Nederlandse strafrechtsdogmatiek. Zo wordt met het woord 'belang' in de term 'rechtsbelang' scherper tot uitdrukking gebracht dat het bij de beantwoording van de vraag naar de voor strafrechtelijke bescherming in aanmerking komende waarden telkens gaat om een afweging tussen uiteenlopende belangen. Ook kan de term 'rechtsgoed' een goederenrechtelijke connotatie hebben, terwijl in dit boek uitsluitend de strafrechtelijke betekenis van het rechtsbelangenconcept relevant is.

In de tweede plaats is het van belang om aandacht te besteden aan het wetgeversbegrip dat in het vervolg gehanteerd wordt. Zoals hierboven is aangekondigd wordt in dit onderzoek het verloop van meerdere wetgevingsprocessen aan de orde gesteld. Vaak wordt dan gesproken in termen van 'de wetgever vindt', 'de wetgever is van mening', 'de wetgever drukt hiermee uit...' *et cetera*. Dit duidt op de evocatief van de wetgever als persoon. Om minstens twee redenen is deze beeldspraak problematisch.²¹ Ten eerste vanwege het formele wetsbegrip zoals dat in de Grondwet uitdrukking heeft gevonden.²² Hoewel de term 'wetgever' daarin niet is gedefinieerd, geschiedt de vaststelling van wetten krachtens artikel 81 Grondwet door de regering en Staten-Generaal gezamenlijk. Daaruit kan worden afgeleid dat 'de wetgever' steeds uit meerdere actoren bestaat en het dientengevolge correcter is te

20 Zo hanteerde bijvoorbeeld Van Hamel het begrip 'rechtsbelang', daar waar Simons steevast sprak in termen van 'rechtsgoederen'. Van Hamel 1913, p. 209-212 en Simons 1927, p. 111-117.

21 Zie ook Borgers 2016, p. 8.

22 Zie daarover nader Veerman 2012, p. 10-12.

spreken van ‘wetgevers’.²³ Ten tweede is de evocatief van de wetgever als persoon problematisch gezien de zojuist al weergegeven dynamiek die in het wetgevingsproces waarneembaar is: in het spoor van Van der Hoeven moet de wetgever niet zozeer als persoon worden begrepen, maar veeleer als een procedure, waarin een uiteenlopende mix van spelers vanuit de eigen optiek een bijdrage levert.²⁴

In dit boek wordt een benadering gekozen die aansluiting zoekt bij de maatschappelijke realiteit waarin het initiatief van het opstellen van wetten doorgaans bij het bestuur (in de zin van de uitvoerende macht) ligt, meer bepaald bij een of meer ministers, waarbij de Staten-Generaal – d.i. de Tweede en Eerste Kamer – zich beperken tot hun controlerende en, in voorkomende gevallen, amenderende taak.²⁵ Dat houdt in dat met de wetgever in dit boek in beginsel wordt gedoeld op de minister die het wetsvoorstel parlementair heeft behandeld. Dit wil niet zeggen dat in dit boek geen aandacht uitgaat naar de andere actoren die op de nog te bespreken wetgevingsprocessen invloed hebben uitgeoefend. Juist zal in deze studie uitgebreid worden stilgestaan bij de verschillende overwegingen die in deze processen vanuit uiteenlopende invalshoeken en partijen gemaakt zijn. Daar waar specifiek aandacht is voor het parlementair debat dat aan een wet ten grondslag heeft gelegen, worden de actoren in het wetgevingsproces bovendien zoveel mogelijk apart benoemd. In die gevallen wordt dus gesproken van de minister, de Tweede Kamer, het Tweede Kamerlid *et cetera*.

Omdat dit boek een materieelstrafrechtelijke invalshoek kent, en dus uitgebreid ingaat op de uiteenlopende gedragingen die in artikel 273f, eerste lid, zijn strafbaar gesteld, zal dikwijls over degene worden geschreven die deze gedragingen begaat of daarvan het slachtoffer wordt. De overtreder wordt in dit boek doorgaans ‘dader’ genoemd en, indien een concrete zaak wordt besproken, ‘verdachte’. Het slachtoffer wordt als zodanig aangeduid, maar om de leesbaarheid te vergroten worden ook de termen ‘betrokkene’ of ‘aangever’ gebruikt. De term ‘prostitutie’ is uitsluitend gebruikt in de vrouwelijke vorm. De leesbaarheid ligt hieraan ten grondslag. Ook speelt een belangrijke rol dat de strafbaarstelling van mensenhandel lange tijd alleen heeft gezien op vrouwelijke slachtoffers, waardoor we die term eerst leren kennen in zijn vrouwelijke vorm.

Ten slotte moet worden opgemerkt dat de termen die door de jaren heen zijn gebruikt om mensenhandel aan te duiden, verschillen. Eind negentiende

23 Waaldijk wijst er bovendien op dat zowel de regering als de Staten-Generaal uit twee ‘deelorganen’ bestaan, respectievelijk de Koning en ministers en de Tweede en Eerste Kamer. Zo gezien slaat de term ‘wetgever’ terug op vier ‘deelorganen van de wetgever’. Waaldijk 1994, p. 14.

24 Geciteerd in: Witteveen, *RegelMaat* 2010, p. 352.

25 Veerman 2012, p. 78. Zie ook Waaldijk 1994, p. 17.

eeuw was vooral het begrip ‘handel in blanke slavinnen’ in omloop. Ook is mensenhandel in het verleden wel aangeduid als ‘vrouwenhandel’ of ‘meisjeshandel’. Vooral in hoofdstuk 3 zal bij de bespreking van de onderscheiden perioden aansluiting worden gezocht bij de term die in de besproken periode gebruikt werd. Voor de leesbaarheid is er echter voor gekozen steeds ook terug te vallen op het begrip ‘mensenhandel’.

In het algemeen geldt voor dit boek dat waar over ‘hij’ wordt gesproken doorgaans ook ‘zij’ kan worden gelezen.

Het onderzoek is afgesloten op 31 december 2018.

2 | Het rechtsbelang in het strafrecht

‘Aber vielleicht liegt diese Verfügbarkeit für beliebige Zwecke des Rechts-
gutsbegriff auch darin, dass niemand weiß, was es ist. Wie definierst Du
“Rechtsgut”? Wann ist es ein legitimes “Strafrechtsgut”? Und wer bestimmt
das?’¹

In dit boek staat de analyse van de strafbaarstelling van mensenhandel centraal in het licht van de daarmee beschermde rechtsbelangen. Vanwege de belangrijke plek die de rechtsbelangen in deze studie worden toebedeeld is het voor-
eerst zaak op de betekenis van het begrip ‘rechtsbelang’ meer zicht te krijgen. Dit hoofdstuk strekt daartoe.

Het werd in de inleiding reeds opgemerkt dat het rechtsbelang in de Nederlandse strafrechtscultuur enerzijds een belangrijke rol heeft, anderzijds ook een wat ambivalente positie inneemt. De opvatting dat met het strafrecht rechtsbelangen worden beschermd, dat die bescherming uiteindelijk zelfs de *telos* van het strafrecht is, wordt breed gedeeld en is een gedachte die ook duidelijk in welhaast alle hand- en leerboeken is vervat.² Niettemin is daarmee dan doorgaans het meeste over het rechtsbelang wel gezegd. De literatuur te onzent overziend, wordt het rechtsbelang vooral op descriptieve, niet-normatieve wijze begrepen. Het wordt geïdentificeerd als het object waarover de beschermende werking van het strafrecht zich dient uit te strekken, maar wordt verder niet uitgediept. Als er al meer betekenis aan wordt gehecht, dan blijft die vaak beperkt en is geen aandacht voor de uitgebreide theorievorming die over het rechtsbelang, zij het buiten Nederland, wel degelijk heeft plaatsgehad.³

1 Kudlich, *ZStW* 2015, p. 642.

2 De Hullu 2018, p. 70-72; Kelk/De Jong 2016, p. 17-18; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1989, p. 21-35; Van Bemmelen 1954, p. 8-9; Pompe 1935, p. 22-24; Van Hamel 1913, p. 209-210. Zie ook Vermunt 1984, p. 182.

3 Deze voorkeur voor een descriptieve uitgangspositie is bij meer auteurs vindbaar. De Hullu 2018, p. 70-72 onderscheidt een legitimeringsfunctie, groeperingsfunctie en interpretatieve functie, maar werkt – zij het summier – alleen die twee laatste uit. Ook Kelk en De Jong leggen de nadruk op de groeperingsfunctie en de interpretatieve functie en besteden niet expliciet aandacht aan de legitimerende functie. Meer recent is eenzelfde descriptieve uitgangspositie te herkennen bij Van de Wetering, Eckhardt en Bakker, die in hun artikel over de interpretatieve functie van het rechtsbelang de relevantie van het rechtsbelang in de Nederlandse strafrechtsorde veronderstellen, zonder het begrip zelf nader uit te werken. Zie Van de Wetering, Eckhardt & Bakker 2018, *DD* 2018/13. De zowel door De Hullu als

In dit hoofdstuk wordt de betekenis van het rechtsbelang, ook voorbij de niet-normatieve gedaante waarin we die term doorgaans in Nederland tegenkomen, onderzocht. De vraag die bij het ondernemen van deze exercitie centraal staat, is welke betekenissen van het rechtsbelang in de literatuur worden onderscheiden en wat de rol daarvan in het strafrecht is en kan zijn. Blijken zal dat het rechtsbelang naast een descriptieve, ook een prescriptieve gedaante kent en in die hoedanigheid refereert aan een uitgebreid, rechtstheoretisch concept met een duidelijk normatieve lading.

In dit boek zal het rechtsbelangenconcept ons dienstbaar zijn bij het geven van een antwoord op de in hoofdstuk 1 geponeerde onderzoeksvraag. Daarnaast biedt het concept, zo zou kunnen worden gezegd, een perspectief waarmee de historische (hoofdstuk 3) en dogmatische ontleding (hoofdstukken 4 en 5) van de strafbaarstelling van mensenhandel nader kan worden gestructureerd. Dit hoofdstuk strekt er primair toe om in het rechtsbelangenconcept meer inzicht te verschaffen. Daardoor wordt beter duidelijk hoe dat in het vervolg van dit boek gehanteerd kan gaan worden. Verder dient de exercitie die in dit hoofdstuk wordt ondernomen ook te worden beschouwd als een poging het rechtsbelang voor de Nederlandse strafrechtsdogmatiek van meer reliëf te voorzien.

Het plan van behandeling in dit hoofdstuk is als volgt. In de eerste plaats wordt in paragraaf 2.1 een voorverkenning uitgevoerd naar de betekenis van het rechtsbelangenconcept in het strafrecht. Deze paragraaf heeft een zekere associatieve aard: op hoofdlijnen worden enkele onderwerpen uitgelicht die direct de aandacht opeisen als over het rechtsbelang wordt gesproken. De thema's die we dan gewaarworden, vormen het uitgangspunt voor de nadere ordening van dit hoofdstuk. In paragraaf 2.2 worden die thema's meer uitgebreid besproken aan de hand van Nederlandse, maar toch voornamelijk Duitse en Angelsaksische literatuur en is ook aandacht voor de oorsprong van het concept. In paragraaf 2.3 wenden we de steven naar de rol van het rechtsbelangenconcept in dit boek. De vraag zal worden beantwoord hoe dat in het vervolg wordt ingezet en welke dimensies van het concept in het bijzonder worden uitgelicht om zoveel mogelijk dienstbaar te kunnen zijn aan de doelen die we ons in dit boek gesteld hebben.

2.1 EEN VOORVERKENNING VAN HET RECHTSBELANGENCONCEPT

Met het strafrecht worden rechtsbelangen beschermd.⁴ Die bescherming is, zo zou kunnen worden gezegd, de *raison d'être* van het bestaan van het strafrechtelijk systeem: de staat ziet zich eerst gelegitimeerd om zijn zwaarst

door Van de Wetering, Eckhardt en Bakker onderscheiden functies gaan voor wat Nederland betreft overigens terug tot een artikel van Machielse, *DD* 1979, p. 24-43.

4 Pompe 1935, p. 22; De Hullu 2018, p. 70-72; Kelk/De Jong 2016, p. 17-18.

mogelijke middel in te zetten als hij kan aantonen dat daarmee het ‘rechtsgoederenbestand’ wordt beschermd.⁵

De gedachte die in de laatste twee zinnen is opgetekend moge vertrouwd klinken. Voor de Nederlandse strafrechtsjurist is hier in elk geval, zo mag worden aangenomen, niets nieuws onder de zon. Wat bij de bestudering van Nederlandse, strafrechtsgeleerde literatuur opvalt, is dat vooral de functionele aspecten van het rechtsbelang worden besproken. Geconstateerd wordt dat het doel van het strafrecht de bescherming van rechtsbelangen is en belicht wordt vervolgens hoe dit rechtsbelang een functie kan hebben bij de systematisering en – op het niveau van de rechtspraak – de uitleg van wetgeving. Terecht wordt dan melding gemaakt van de opzet die onze strafwetgever reeds bij het opstellen van het Wetboek van Strafrecht van 1886 heeft gekozen.⁶ In de titels die daarin zijn opgenomen weerspiegelt zich doorgaans het rechtsbelang dat de wetgever met de daarin ondergebrachte strafbepalingen heeft beoogd te beschermen. Bovendien is er in de literatuur aandacht voor de belangrijke functie die het rechtsbelang kan hebben bij de interpretatie van (bestanddelen van) delictsomschrijvingen; soms speelt het rechtsbelang daarbij een preponderante rol, zoals het geval waarin een teleologische of systematische uitleg wordt toegepast.⁷ Van rechtsbelangengeoriënteerde interpretatie door de rechter kan voorts op meer niveaus binnen het beslissingsschema sprake zijn, bijvoorbeeld bij de behandeling van een beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid⁸ of bij de afbakening van de reikwijdte van een delictsomschrijving via interpretatie van de aan de orde zijnde wettelijke delictskwalificatie.⁹

Andere aspecten blijven evenwel buiten het zicht. De aandacht voor de voornoemde functionele aspecten wijst vooral – we komen daar zo nog op – op een descriptieve of positivistische uitleg van het rechtsbelang. Vooral is er aandacht voor het gegeven *dat* met ons strafrecht rechtsbelangen *worden* beschermd. En *dat* de wetgever die rechtsbelangen bij de ordening van zijn strafwetboek heeft gebruikt. *Dat* de rechter zich op de rechtsbelangen in

5 Vermunt 1984, p. 182.

6 Zie daarover nader Ten Voorde 2017, p. 31-38.

7 Kelk/De Jong 2016, p. 17; Amelung 2003, p. 156. Zie ook Schaffmeister & Heijder 1983, p. 448.

8 Aanleiding tot het doen van een beroep op de rechtvaardigingsgrond van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid is doorgaans immers de overtuiging dat met het op zichzelf strafbaar gestelde gedrag dat is begaan, het rechtsbelang dat de wetgever met strafbaarstelling wilde beschermen juist werd gediend. Zie voor de rol van het rechtsbelang bij het inkleuren van de wederrechtelijkheid uitgebreid Schaffmeister & Heijder 1983. Zie ook de annotatie van P.A.M. Mevis bij HR 13 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1074, NJ 2017/339.

9 Zie over de buitenwettelijke kwalificatie-uitsluitingsgrond Borgers, DD 2013/33. Zie, specifiek ten aanzien van de strafbaarstelling van mensenhandel, Esser & Dettmeijer-Vermeulen, DD 2014/48, p. 523-527.

voorkomende gevallen oriënteert.¹⁰ Rechtsbelangen kunnen, op deze ontologische wijze gedacht, worden gedefinieerd als '[...] the goods or values of a particular society that may be mirrored in, and protected by, the law'.¹¹ Het *ius positum* is hier leidend. Rechtsbelangen zijn in het recht afgebeeld, laten zich daaruit rechtstreeks kennen en tamelijk eenvoudig afleiden.

De descriptieve opvatting die in Nederland domineert, doet onterecht het beeld ontstaan dat het rechtsbelang een term is met een vrij onproblematische strekking. Ook in de louter descriptieve gedaante veronderstelt de term evenwel meer dan die *prima facie* doet vermoeden. Ten eerste ligt daarin een idee over het doel van het strafrecht besloten, zonet al verwoord als de bescherming van die rechtsbelangen. Impliciet is hieruit ook een zekere begrenzingsnotie af te leiden. Het strafrecht kan niet lukraak worden ingezet; het gebruik daarvan is eerst dan aan de orde indien kan worden gezegd dat daarmee een rechtsbelang wordt beschermd. Bovendien is er nog een additionele eis. Als strafrechtelijke theorie beschermt het rechtsbelangenconcept uitsluitend die belangen die voor *strafrechtelijke* bescherming in aanmerking komen.¹² Daarmee verwijst de term 'rechtsbelang' in feite al naar een proces van selectie: niet alle belangen worden door het strafrecht beschermd, maar slechts een deel daarvan.

In Nederland zijn deze gedachten vooral bekend door typeringen van het strafrecht als accessoir en fragmentair. Met het accessoire karakter wordt uitgedrukt dat het strafrecht concurrerende rechtsdomeinen naast zich heeft te dulden en dus niet het enige rechtssysteem is dat aanspraak kan maken op het beschermen van rechtsbelangen.¹³ De typering van het strafrecht als accessoir gaat ervan uit dat het strafrecht pas moet worden ingezet als andere sociale instituties – andere rechtsgebieden of zelfs buiten het recht liggende

10 Opvallend is overigens dat veel minder aandacht bestaat voor de vraag in hoeverre – naast de wetgevende en rechtsprekende macht – ook door de uitvoerende macht een beroep op het rechtsbelang wordt gedaan. We doelen dan natuurlijk vooral op het Openbaar Ministerie en in het bijzonder op de vraag of de officier van justitie zich bij het nemen van de vervolgingsbeslissing laat leiden door de vraag of in de concreet te behandelen zaak al dan niet een rechtsbelang is geschonden. Het strafvorderlijk opportuniteitsbeginsel verschaft hem die ruimte. In dit boek vormt de handhavingspraktijk niet het object van onderzoek. De vraag naar de rol van rechtsbelangen op het niveau van de strafvorderlijke rechtshandhaving laten we hier dan ook rusten.

11 Peršak 2007, p. 105. Overigens gebruikt Peršak deze definitie als voorbeelddefinitie, om aan te geven hoe het rechtsbelang in sommige, door haar aangehaalde hand- en leerboeken wordt gehanteerd. Zelf staat Peršak een normatievere invulling van de rechtsbelangdefinitie voor.

12 Amelung 2003, p. 155. Amelung merkt op dat het rechtsbelangenconcept '[...] in der Strafrechtsdogmatik als spezifisch strafrechtliche Doktrin [gilt]. Allerdings wird der Begriff des Rechtsguts auch in anderen rechtswissenschaftlichen Disziplinen verwendet und gilt daher als Begriff der Allgemeinen Rechtslehre'.

13 Vormbaum, ZStW 2011, p. 668; Amelung 2003, p. 155. Corstens/Borgers & Kooijmans plegen in dit verband wel te spreken over de heteronome, niet-autonome aard van het strafrecht. Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 3-4.

‘intermediaire’ instanties – geen soelaas bieden. In het accessoire karakter ervan ligt dus de veronderstelling besloten dat het aanwenden van het strafrecht voor het beschermen van bepaalde belangen een dubbele keuze vergt: niet alleen die voor het recht zelf, ook die voor het strafrecht in het bijzonder. Roxin heeft de rol van het strafrecht dan ook beschreven in termen van ‘subsidiären Rechtsgüterschutz’.¹⁴ In Nederland kennen we vooral de notie van het strafrecht als *ultimum remedium*, ook wel verwoord als *ultima ratio*-beginsel.¹⁵

Met het accessoire hangt het fragmentaire karakter van het strafrecht nauw samen. Deze karakterisering gaat ervan uit dat de bepalingen in het strafrecht telkens slechts een selectie omvatten van gedragingen die het rechtsbelang kunnen schaden.¹⁶ Ze zijn dus niet alomvattend – in de zin dat zij alle menselijke handelingen die schade aan het rechtsbelang aanrichten, criminaliseren – maar juist beperkend: slechts een deel van alle mogelijke, schademakende gedragingen wordt bedreigd met straf. Bij deze selectie komt de delictsomschrijving een centrale functie toe, in de woorden van Enschedé als ‘polarisator’ – tussen het ‘historische gebeuren’ enerzijds en het ‘justitiële oordeel’ daarover anderzijds.¹⁷ Zo bezien weerspiegelt zich in de gedraging die in een delictsomschrijving is omschreven de concrete wijze waarop het rechtsbelang via het strafrecht wordt beschermd. De karakterisering van het strafrecht als fragmentair ligt daarmee duidelijk ook in het verlengde van het materieelstrafrechtelijke legaliteitsbeginsel, dat immers – geaard in de notie van rechtszekerheid – voorschrijft dat strafrechtelijke bepalingen scherp en duidelijk moeten zijn geformuleerd (het *lex certa*-gebod): de precieze omschrijving van strafbaar gedrag in de delictsomschrijving brengt bijna automatisch met zich dat normen in het strafrecht slechts ‘partieel’ bescherming vinden.¹⁸

Tot dusver is duidelijk geworden dat het rechtsbelang kan worden omschreven als het door het strafrecht te beschermen object.¹⁹ Bovendien dat deze vaststel-

14 Roxin 1994, p. 23. Zie ook Lauterwein 2010, p. 8.

15 Zie over het *ultimum remedium*-beginsel uitgebreid Crijns, AA 2012, p. 11-18.

16 Vgl. bijvoorbeeld Kelk/De Jong 2016, p. 151-154. Zie ook Van Bemmelen 1954, p. 8, die opmerkt dat de idee van het ‘fragmentarische’ karakter van het strafrecht rust op de opvatting ‘[...] dat niet alle aantastingen van waarden belangrijk genoeg zijn, dat zij kunnen opwegen tegen de onlust die de strafbedreiging, strafvervolgning en straftoepassing voor de andere mensen dan de dader onvermijdelijk met zich meebrengen’. Zie voor een nadere conceptualisering van de typering van het strafrecht als fragmentarisch Vormbaum, ZStW 2011, p. 660-690. Vormbaum onderscheidt overigens ook van het fragmentariteitsbegrip een descriptieve (het strafrecht *is* fragmentarisch) en normatieve variant (het strafrecht behoort fragmentarisch te zijn).

17 Enschedé 1979, p. 58.

18 Kelk/De Jong 2016, p. 152-153.

19 Overigens een benadering die is gekritiseerd. Zo wordt wel opgemerkt dat niet het rechtsbelang zelf als het door het strafrecht te beschermen object moet worden beschouwd, maar juist het object van het rechtsbelang: indien iemand slachtoffer wordt van mensenhandel is immers niet zijn belang in, of recht op, zijn persoonlijke vrijheid geschaad, maar die (concrete) persoonlijke vrijheid zelf. Vgl. Lauterwein 2010, p. 28.

ling een proces van selectie en waardering impliceert, een keuze om een bepaald rechtsbelang voor de aandacht van het strafrecht in aanmerking te laten komen. Een belangrijke vraag die nu kan worden opgeworpen, is hoe die selectie zich precies laat denken. Wat zijn bijvoorbeeld de criteria aan de hand waarvan kan worden vastgesteld welke de via het strafrecht te beschermen rechtsbelangen zijn?

De descriptieve variant waarnaar tot dusver alle aandacht is uitgegaan verschaft op deze vragen slechts een louter formeel antwoord. Niet de *ex ante delictum*-vraag naar de voor strafrechtelijke bescherming in aanmerking komende belangen staat voorop, maar de vraag welke rechtsbelangen de wetgever met de concrete strafbaarstelling, *ex post delictum*, heeft willen beschermen. De deontologische vragen die we zonet opwierpen, doen er binnen de descriptieve school niet toe: het antwoord op de vraag welke rechtsbelangen de aandacht van het strafrecht verdienen, kan reeds uit het systeem van de wet worden afgelezen. Kritisch ten aanzien van de keuzes die de wetgever heeft gemaakt is de descriptieve benadering niet.²⁰ Om die reden is deze zienswijze wel 'systeem-immanent',²¹ 'apolitisch, institutionsvriendelijk',²² 'formeel'²³ en 'formeel-positivistisch'²⁴ genoemd. Duidelijk is in deze benaderingswijze het 'afbeeldingsdenken' zichtbaar: het recht wordt voorgesteld als een weergave – een afbeelding – van de werkelijkheid: de rechtsbelangen zijn in het recht weerspiegeld, 'mirrored'.²⁵

Het vooropstellen van dit interne perspectief wordt juist bekritiseerd in de andere grote stroming die we in de literatuur over het rechtsbelang tegenkomen: de normatieve rechtsbelangenschool.²⁶ Voorshands is het goed te benadrukken dat de normatieve school niet ontkent dat het rechtsbelang de functies heeft die daaraan vanuit een descriptieve optiek worden toegekend. Ook een vertegenwoordiger van de normatieve school ziet dat zowel wetgever als rechter zich op het rechtsbelang oriënteren: de wetgever bij het ordenen van zijn wetboek, de rechter bij de interpretatie van de wet.²⁷ Daarmee neemt deze benaderingswijze echter geen genoegen. Naast een ordenende en interpretatieve functie komt het rechtsbelang ook een belangrijke, zelfs cruciale legitimerende functie toe. Die schuilt er vooral in dat het rechtsbelang niet alleen een beschrijvende pretentie heeft, maar volgens de 'normatieven' ook in staat

20 Anders Dubber, *Am. J. Comp. L.* 2005, p. 691, die in de descriptieve zienswijze wel degelijk ook een kritische benadering van het recht ontwaart. Zie in dit verband ook Gaede 2003, p. 183-195.

21 Hassemer 2014, p. 226-227. Zie ook Swoboda, *ZStW* 2010, p. 28-29; von Hirsch 2003, p. 13; Gaede 2003, p. 183-195.

22 Swoboda, *ZStW* 2010, p. 28.

23 Engländer, *ZStW* 2015, p. 620-622.

24 Dubber, *Am. J. Comp. L.* 2005, p. 688.

25 Zie over het afbeeldingsdenken nader Foqué & 't Hart 1990, hfdst. 2.

26 Een overzicht van de twee scholen en daarbij aangesloten auteurs is vindbaar bij Peršak 2007, p. 107-109.

27 Zie bijvoorbeeld Roxin 1994, p. 13-14.

moet zijn om – los van de wetgever – zelf een antwoord te kunnen verschaffen op de vraag welke rechtsbelangen legitiem aanspraak kunnen maken op strafrechtelijke bescherming. In deze uiteenlopende doelstelling onderscheidt de normatieve benadering zich wezenlijk van de descriptieve. We raken daarmee ook meteen aan het grootste kritiekpunt dat de normatief ingestelde rechtsbelangenschool op de descriptieve heeft geuit. Als het alleen wordt gebruikt om aan te duiden langs de lijnen van welke rechtsbelangen het strafrechtelijk systeem is ingedeeld of onderdelen daarvan worden uitgelegd, dan ontbeert de term ‘rechtsbelang’ in feite enige kritische dimensie ten opzichte van de keuzes die de wetgever heeft gemaakt. De normatieve benaderingswijze stelt daar een kritisch rechtsbelangenconcept voor in de plaats en wordt om die reden wel ‘systeemkritisch’ genoemd.²⁸ Het doel daarvan is niet om zo zorgvuldig mogelijk te repliceren welke rechtsbelangen de wetgever wil beschermen; het gaat er om in een eigen theorie te voorzien op basis waarvan de relevante rechtsbelangen kunnen worden geselecteerd. Daarmee faciliteert die theorie vervolgens ook een toets of concrete gedragingen zouden moeten worden strafbaar gesteld. Het concept functioneert in die hoedanigheid buiten de wetgever om en het rechtsbelang verschijnt hier aldus als de basis voor een ‘crimineel-politiek toetsingsschema’ dat primair extern – i.e. los van de wetgever – zijn invloed laat gelden.²⁹ Vandaar dat de normatieve benaderingswijze niet alleen systeemkritisch, maar ook ‘systeem-transcendent’ is genoemd.³⁰ Het concept nestelt zich daarmee direct in op het niveau van het strafwetgevingsbeleid.³¹

Het normatieve karakter van de systeemkritische variant van het rechtsbelangenconcept veronderstelt een stelsel van normen dat in staat is de keuze voor het strafrecht te kunnen sturen, los dus van – het zij nogmaals benadrukt – de afwegingen van de wetgever. Natuurlijk heeft dit ook invloed op de wijze waarop het rechtsbelang wordt gedefinieerd. De systeemkritische variant zal de sfeer van de loutere descriptie moeten verlaten en dus kan niet meer worden volstaan met de definitie zoals die net aan Peršak werd ontleend. Te diep zal hier niet worden ingegaan op de talrijke alternatieve definities die van het concept in omloop zijn, maar voor een goede eerste indruk kan bijvoorbeeld te rade worden gegaan bij Roxin, die een aanmerkelijk omvatter en complexere definitie heeft opgeworpen. Hij verstaat onder een rechtsbelang een ‘Gegebenheit oder Zwecksetzung, die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig ist’.³²

²⁸ Vgl. von Hirsch 2003, p. 13.

²⁹ Zie voor een dergelijke invulling Roxin 1994, p. 13-18. De term ‘crimineel-politiek toetsingsschema’ ontleen we aan De Roos 1987, die deze hanteert ter omschrijving van alle door hem onderscheiden ‘criteria voor strafbaarstelling’.

³⁰ Engländer, *ZStW* 2015, p. 617.

³¹ Lauterwein 2010, p. 9.

³² Roxin 1994, p. 14.

Wat de definitie van Roxin meteen duidelijk maakt, is dat het concept van het rechtsbelang een 'missie' heeft: het staat in de sleutel van de 'vrije ontwikkeling' van het individu, de verwezenlijking van zijn grondrechten en het functioneren van een staat die aan het beschermen van beide doelen zijn bestaansrecht ontleent. Duidelijk wordt daarmee ook dat een normatieve opvatting van het concept een keuze voor een bepaalde vorm van staatsinrichting veronderstelt en van een idee over de verhouding tussen staat en individu. Roxins definitie kan in dit kader als een liberale variant worden beschouwd van een normatieve benaderingswijze van het rechtsbelangenconcept, gericht als dat concept bij hem is op het waarborgen van de vrijheid van het individu vis-à-vis de staat.

Met het bespreken van het onderscheid tussen een descriptieve en normatieve benaderingswijze is genoegzaam duidelijk geworden dat voorzichtigheid is geboden bij het spreken in termen van 'de' betekenis van 'het' rechtsbelangenconcept. Engländer heeft in dit kader opgemerkt dat het rechtsbelangenconcept alleen goed kan worden begrepen als wordt gekeken naar de 'Zweckmäßigkeit' ervan.³³ Dat wil zeggen dat de vraag moet worden gesteld met welk doel het concept van het rechtsbelang wordt ingeroepen. Nu de descriptieve en normatieve variant van het concept een andere doelstelling nastreven, kunnen zij moeilijk tegenover elkaar worden gezet. De descriptieve benaderingswijze heeft als doel te articuleren welke rechtsbelangen met voorgestelde of bestaande strafbaarstellingen door de wetgever beschermd worden en op welke wijze die terug te zien zijn in de ordening van zijn strafwetboek en gebruikt worden bij de interpretatie van (bestanddelen van) de daarin opgenomen wetten. In die hoedanigheid kan het concept ook voor de strafrechtswetenschap een belangrijke rol vervullen; in een op het rechtsbelang gebaseerd strafrechtelijk systeem kan aan de hand van dit concept worden achterhaald wat historisch gezien de doelstellingen zijn geweest die de wetgever met het aanwenden van zijn strafrecht voor ogen heeft gehad. De aard en achtergrond van nieuwe en bestaande strafbaarstellingen kunnen nader worden gecontextualiseerd en ook kan worden bekeken in hoeverre de rechter zich bij de uitleg van de wet op de beschermde rechtsbelangen oriënteert. Het rechtsbelangenconcept is hier, kortom, een instrument dat, of methode die, een gestructureerde analyse van strafwetten faciliteert. Dat is een ander vertrekpunt dan dat van de normatieve benaderingswijze, waarbij het immers niet primair draait om het gebruik van het rechtsbelangenconcept bij de ordening of uitleg van wetgeving, maar het vooreerst gaat om de 'voorpositieve' verantwoording van die wetgeving, i.e. een verantwoording onafhankelijk van de wetgever.³⁴ Ook in die hoedanigheid staat hij de strafrechtswetenschap ten dienste. Bij uitstek kan de strafwetgeving via deze methode op zijn legitimiteitsgehalte worden getoetst – zowel

³³ Engländer, *ZStW* 2015, p. 621.

³⁴ Engländer, *ZStW* 2015, p. 622.

ex ante als *ex post delictum*. Het grote verschil tussen de beide benaderingen ligt evenwel in het perspectief dat wordt gekozen: 'descriptieven' kiezen voor een interne invalshoek, daar waar 'normatieven' vanuit een externe optiek naar het strafrecht kijken.³⁵

In het voorgaande hebben we kennisgemaakt met het onderscheid tussen een descriptieve en normatieve zienswijze op het rechtsbelangenconcept. Binnen het bestek van deze behandeling is reeds duidelijk geworden dat het concept complexe vragen doet rijzen waarvoor nadere aandacht nodig is. Daarin voorziet de volgende paragraaf.

2.2 EEN NADERE BLIK OP HET RECHTSBELANGENCONCEPT

Het is zaak op deze plek in een nadere verdieping van het rechtsbelangenconcept te voorzien. De vragen die hierboven werden opgeworpen hebben daarvoor een basis gelegd. In het navolgende wordt de nadruk gelegd op de vraag *welke* rechtsbelangen voor bescherming van het strafrecht in aanmerking (zouden moeten) komen en de vraag *hoe*, op welke verschillende wijzen, deze via strafbaarstelling kunnen worden beschermd. Al op deze plek is het goed om te benadrukken dat het zeker niet altijd nodig blijkt om daarbij uit te gaan van een strikt descriptieve of normatieve opvatting van het rechtsbelangenconcept. De vragen die hierboven zijn opgeworpen overstijgen deze dichotomie juist vaak. Wel leggen de onderscheiden stromingen verschillende accenten en daaraan zal dan ook – waar nodig – aandacht worden besteed. Voordat we evenwel op de twee voormelde vragen ingaan, zullen we nog wat langer bij de oorsprong van het rechtsbelangenconcept stilstaan en de liberale invulling die dit concept mettertijd – vooral na de Tweede Wereldoorlog – heeft gekregen.

2.2.1 De liberale traditie en het rechtsbelangenconcept

Het rechtsbelangenconcept, zo luidt de klassieke gedachte, is een *beperkend* concept, in die zin dat de gevoelde noodzaak om te articuleren welke rechtsbelangen met strafbaarstelling samenhangen, niet anders kan worden begrepen dan als een poging de omvang en reikwijdte van het strafrecht aan scherpe grenzen te binden.³⁶ Dit nu geldt niet louter voor de liberale variant van de normatieve benaderingswijze die we zonet al tegenkwamen, maar in zekere

35 In paragraaf 2.2 zal nog te zien zijn dat de normatieve benaderingswijze bovendien verschillend kan worden ingevuld. Hoewel in de literatuur de normatieve stroming vaak als synoniem wordt gebruikt voor een *liberaal*-normatieve benaderingswijze, behoeft van zo'n liberale 'Begeisterung' van het concept niet altijd sprake te zijn.

36 Roxin 1994, p. 14; Hassemer 2003, p. 59.

zin ook voor de descriptieve benaderingswijze: ook daarin is de wetgever niet volledig vrij om zijn strafrecht naar willekeur in te zetten, maar dient hij zich daarbij, op zijn minst, te vergewissen van de rechtsbelangen die daarmee gemoeid zijn.

De positionering van het rechtsbelangenconcept als *liberaal* concept is echter niet onomstreden. Zo wordt er wel op gewezen dat het concept in nazi-Duitsland probleemloos onderdeel van het Duitse strafrecht bleef en in het strafrechtelijk systeem in die jaren zelfs een heel eigen invulling kon krijgen.³⁷ Hörnle wijst in dit kader erop dat betwijfeld kan worden '[...] whether the emergence of the term in the first half of the nineteenth century [...] was motivated by a liberal tendency'.³⁸ Dat het rechtsbelangenconcept op meer momenten in de geschiedenis een liberale invulling heeft gekregen wijst vooral op een 'contingent terminology preference', maar bewijst volgens haar niet '[...] that the concept as such has the potential to restrain the scope of criminal law' [cursivering: origineel].³⁹ Hörnle heeft daarin gelijk. Feuerbach wordt weliswaar als grondlegger van het rechtsbelangenconcept beschouwd, en had met zijn theorie van subjectieve rechten wel degelijk een liberale invulling daarvan in gedachte, belangrijke theoretici na hem hebben de rechtsbelangentheorie juist van haar kritische toonzetting ontdaan. Machielse heeft in dit verband wel gesproken over de 'formalisering' die het rechtsbelangenconcept na Feuerbach heeft doorgemaakt.⁴⁰ Dat is bij Feuerbach weliswaar begonnen als een liberale theorie – die vooral rechtsbeschermend, beperkend, zou moeten werken – maar zou gaandeweg zijn geformaliseerd, tot een descriptieve theorie die alleen tot doel heeft te voorzien in een weliswaar adequate, maar niet-kritische weergave van de omvang van het strafrecht zoals het 'is'.⁴¹ Ook hier treffen we een terechte waarneming. Zo is er in de literatuur alom op gewezen dat het rechtsgoederenconcept als zodanig pas vanaf een beroemd essay van Birnbaum, uit 1834, tot ontwikkeling komt, maar het door hem uitsluitend wordt gebruikt om het rechtssysteem zo goed mogelijk te kunnen analyseren en juist niet om dat in te zetten als kritische, externe toetssteen.⁴²

37 Machielse, *DD* 1979, p. 34-35.

38 Hörnle 2014, p. 687.

39 Hörnle 2014, p. 687.

40 Zo ook Swoboda, *ZStW* 2010, p. 28.

41 Machielse spreekt in dit kader van een verschuiving van de legitimerende functie van het rechtsbelang naar de interpretatieve functie. Debet aan die ontwikkeling – die hij de 'onttaking' van het rechtsgoederenconcept noemt – zijn volgens hem vooral Birnbaum en Binding. Machielse, *DD* 1979, p. 26-29.

42 Birnbaum's essay is een kritiek op de theorie van subjectieve rechten, die door Feuerbach werd aangehouden. In de kern spitst de kritiek van Birnbaum zich vooral toe op het feit dat van vele strafrechtelijke bepalingen uit hun tijd – het strafrecht was daarin al aan een zekere uitdijning onderhevig – niet kan worden gezegd dat zij individuele rechten beogen te beschermen. Een groot deel van het strafrecht zou daarmee buiten de reikwijdte van Feuerbach's definitie komen te vallen. Daarmee voorziet Feuerbach, zo kan Birnbaum's kritiek worden begrepen, niet in een theorie die in staat is het bestaande, positieve strafrecht

Ook daarna heeft het rechtsbelangenconcept lange tijd een primair descriptief karakter gekend.⁴³ Dat zijn wortels in het liberalisme liggen moge dus zo zijn, dat zijn genese steeds door liberale krachten en tendensen is begeleid moet, gelet op deze achtergrond, voor onwaar worden gehouden.

De formalisering die hierboven is gesignaleerd kwam na de Tweede Wereldoorlog echter wel tot stilstand. In de meer contemporaine, naoorlogse literatuur is de wederopstanding van een klassiek-liberaal rechtsbelangenconcept zichtbaar, waarin vooral de beperkende en kritische eigenschappen daarvan worden benadrukt.⁴⁴ De focus komt te liggen op een kritische, op liberale leest geschoeide en utilistische invulling daarvan, die kort en goed inhoudt: veel aandacht voor een los van de wetgever functionerende theorie met een terughoudende opdracht. Het belangrijkste paradigma van deze normatief-liberale opvatting is dat het rechtsbelangenconcept de vrijheidssfeer van de burger tegen de staat dient te beschermen. De 'constructie' van het rechtsbelang moet een waarborg bieden tegen een instrumentalistisch gebruik van het strafrecht en indiceert strafbaarstelling uitsluitend indien de rechtsbelangen van anderen worden gekrenkt of in gevaar zijn.

Hedendaagse literatuur en opvattingen over het rechtsbelang worden daarmee vooral ook geworteld in de traditie van de grote hervormingsfilosofen, zoals Rousseau, Montesquieu en Beccaria. Rousseau omdat diens 'constructieve fictie'⁴⁵ van het sociaal contract de basis heeft gelegd voor het denken over de verhouding tussen staat en individu en de wederzijdse betrekkingen tussen beide.⁴⁶ Montesquieu omdat hij zich vooral heeft bekreund om de vraag naar de wijze waarop het staatswezen zo kan worden georganiseerd dat het individu tegenover de staat maximaal bescherming geniet tegen despotisme (de scheiding van staatsmachten – het beginsel van wederkerige machtsbeperking – was zijn antwoord).⁴⁷ Meer op het strafrecht betrokken, zien we al bij Beccaria dat het hem er vooral om te doen was het gebruik van het strafrecht aan grenzen te binden, duidelijk zichtbaar in het feit dat bij hem ook de soeverein

adequaat te beschrijven. Zie voor het essay: Birnbaum 1834. Zie uitgebreider over het debat tussen Feuerbach en Birnbaum: Dubber 2014, p. 1018-1039.

43 Swoboda, *ZStW* 2010, p. 28-33.

44 Vgl. Stratenwerth 2003, p. 256, die een inzichtelijke schets geeft van de ontwikkeling van het rechtsbelangenconcept na de Tweede Wereldoorlog en het belang van de ontwikkeling daarvan op liberale grondslag.

45 De kwalificatie ontleen we aan Melai 1969, p. 9, die er terecht op wijst dat Rousseau de idee van het sociaal contract niet hanteerde als 'historisch feit', maar als een 'constructieve fictie'.

46 Engländer merkt in dit verband op dat '[...] der materielle Rechtsgutsbegriff [sich] direkt in der Konzeption des staatsphilosophischen Kontraktualismus verankern [lasse]'. Engländer, *ZStW* 2015, p. 622. Zie ook Lauterwein 2010, p. 9, die opmerkt dat het rechtsbelangenconcept, in elk geval in de door hem bestudeerde opvatting van Roxin, '[...] is based on a liberal understanding of the state founded on a social contract [...]']'.

47 Montesquieu (1748) 2006, Boek XI, hfdst. 6. Zie ook Melai 1969, p. 5.

is gebonden aan de plichten die uit het maatschappelijk verdrag voortvloeien.⁴⁸

Door Rousseau, Montesquieu en Beccaria komt in het rechtsfilosofisch denken een 'relationeel rechtsbegrip' centraal te staan.⁴⁹ Kern van dit begrip wordt gevormd door de idee dat het recht niet, of in elk geval niet uitsluitend, als bevelsstructuur dient te worden aangemerkt – als instrument in handen van de (al dan niet willekeurig opererende) staat – maar het bepalende karakter daarvan nu juist wordt gevonden in de vrijheid die het recht aan individuen biedt. Het rechtskarakter ervan, zo kan Peters worden nagezegd, ligt zo bezien vooral besloten in de beperkingen die het recht zichzelf weet op te leggen.⁵⁰ Strafrecht is dan, zoals 't Hart het heeft verwoord, een vorm van 'gekanaliseerde machtsuitoefening'; die machtsuitoefening is weliswaar nodig, maar het recht dient binnen een rechtsstaat ook altijd te blijven voorzien in de bescherming van een 'sfeer van individuele vrijheid'.⁵¹

Dat de staat in principe gemachtigd is zijn strafrecht aan te wenden, maar daarbij wel gebonden is aan grenzen, is een uitgangspunt dat zo algemeen geformuleerd is, dat het – indien over de wenselijkheid van strafbaarstelling wordt nagedacht – nauwelijks gidsend kan zijn. Waar denkers als Rousseau, Montesquieu en Beccaria zich voornamelijk hadden bekreund om de grondslagentheoretische en processuele waarborgen die tegen een despoot of despotische staatsvorm kunnen worden opgeworpen, zijn latere denkers zich dan ook steeds meer bezig gaan houden met vragen van meer materiële aard.

We zien de meeste ontwikkelingen op dit terrein in de negentiende eeuw en in het Angelsaksische taalgebied. Waar binnen de theorie van het rechtsbelang sprake was van 'formalisering', zien we in de *common law*-traditie juist een groeiende behoefte aan (materiële) termen die een juist gebruik van het strafrecht kunnen legitimeren. Een van de meest invloedrijke auteurs is de Engelse politiek filosoof Mill, die in 1850 zijn opus magnum *On Liberty* uitbrengt en daarin zijn bekende schadebeginsel introduceert. Dit, volgens Mill, 'eenvoudige principe' houdt in dat '[...] the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community,

48 Het bestrijden van de wreedheid van het strafrecht in zijn tijd is de reden dat Beccaria zijn *Dei Delitti e delle Penne* schreef: '[...] dat deel van de wetgeving [strafwetgeving, LE] is zo wezenlijk en zo verwaarloosd in bijna heel Europa; zeer zelden zijn er mensen die door terug te gaan naar algemene beginselen de vergissingen hebben doen verdwijnen die zich in de loop van verschillende eeuwen hebben opgestapeld; zelden waren er ook mensen die maar enigszins met de kennis van de waarheden van toen, een rem zetten op een te vrije loop van een kwalijk bestierde macht, die tot op de dag van vandaag een lang en aanvaard voorbeeld is van kille wreedheid'. Beccaria (1764) 2016, p. 59.

49 Zie daarover Foqué & 't Hart 1990, hfdst. 3.

50 Peters 1972, p. 7.

51 't Hart 1994, p. 217.

against his will, is to prevent harm to others.⁵² Mill komt dus met een materieel en voorpositief criterium aan de hand waarvan concrete overheidsmaatregelen kunnen worden getoetst. Het voorkomen van schade aan anderen ziet Mill als de enige grondslag voor het ingrijpen in de levenssfeer van burgers. Daarbij zij opgemerkt dat Mill hier niet uitsluitend het strafrechtelijk ingrijpen op het oog heeft gehad. Zoals uit het citaat blijkt, is het schadebeginsel van toepassing op elke inbreuk op de vrijheid van burgers, ook indien die afkomstig is uit andere (rechts)domeinen en ook als die niet afkomstig is van staatswege, maar, bijvoorbeeld, wordt gepleegd door medeburgers.⁵³ Centraal staat de notie dat de burger – die ‘drager’ van rechten en plichten is, ofwel: ‘rechts-subject’ – moet worden beschermd tegen inbreuken die van buitenaf op die rechten – verticaal of horizontaal – kunnen worden gemaakt.⁵⁴

Een moderne, en op het strafrecht toegespitste versie van het schadebeginsel is in 1984 uitgewerkt door Feinberg.⁵⁵ Feinberg is toegeeflijker dan Mill en hanteert ook andere principes dan het schadebeginsel op basis waarvan strafrechtelijk staatsingrijpen kan worden gelegitimeerd. Zijn schadebeginsel is voorts positief geformuleerd en luidt dat het

‘[...] is always a good reason in support of penal legislation that it would probably be effective in preventing (eliminating, reducing) harm to persons other than the actor (the one prohibited from acting) *and* there is probably no other means that is equally effective at no greater cost to other values [cursivering: origineel]’.⁵⁶

In Feinbergs definitie van het schadebeginsel is duidelijk het *ultimum remedium*-beginsel zichtbaar. Ook verwijzen zijn ‘other values’ terug naar de uitgebreide set van ‘mediating maxims’ die hij in zijn werk heeft ontwikkeld: ook al komt een gedraging *prima facie* voor strafbaarstelling in aanmerking, dan nog zijn er ‘bemiddelende termen’ die de keuze voor het strafrecht in voorkomende gevallen kunnen blokkeren.⁵⁷ Die termen ontwikkelt Feinberg niet voor niets. Ook bij hem staat het schadebeginsel vooreerst in een liberale traditie. Als overkoepelend principe klinkt dan ook telkens de ‘presumption in favor of

52 Mill (1850) 1859, p. 21-22.

53 Mill zag in die medeburger – de publieke opinie – zelf de grootste vijand van de vrijheid. Mill (1850) 1859, p. 13-14.

54 De categorie van de rechtssubjectiviteit vloeit evenzeer voort uit de concepten die beogen de staatsmacht tegenover het individu te beperken. Kern van deze idee is dat een individu uit welbegrepen eigenbelang weliswaar aansluiting zoekt bij het sociaal contract, maar daarin nooit zijn hele ‘lichaam’ transparant maakt, i.e. aan de staat ter beschikking stelt. Naast zijn wezen als subject blijft er ook altijd nog een private sfeer bestaan waarin de staat niet heeft te treden. Rechtssubject en individu vallen dus nooit helemaal samen.

55 In zijn bekende vierdelige serie boeken over de ‘moral limits of the criminal law’. In dit hoofdstuk wordt steeds verwezen naar het eerste boek, *Harm to Others*, uit 1984.

56 Feinberg 1984, p. 26.

57 Feinberg 1984, hfdst. 5.

liberty' door, door Feinberg ook wel de 'presumptive case for liberty' genoemd.⁵⁸

De theorie van het schadebeginsel heeft onmiskenbaar invloed uitgeoefend op de naoorlogse denkers die zich met de actualisering van het rechtsbelangenconcept hebben beziggehouden.⁵⁹ Hoewel ook binnen die groep auteurs geen eenduidigheid is aan te treffen, is die theorie na de Tweede Wereldoorlog door de bank genomen liberaal ingevuld. De meest radicale exponent van deze stroming is Hassemer, die als primaire doel van het rechtsbelangenconcept beschouwt '[...] to preserve citizens' freedom vis-à-vis a punitive state that wields the powers to prosecute and punish and can use those powers to achieve its own aims [...]'.⁶⁰ Volgens Hassemer is het rechtsbelangenconcept uiteindelijk bedoeld als een '[...] negatives, ein strafrechtseinschränkendes Prinzip'. En: 'Es [het rechtsbelangenconcept, LE] hat unmittelbar nicht auf der Seite der Rechtfertigung des Strafrechts gearbeitet, sondern auf der Seite der Schranken strafrechtlicher Eingriffe'.⁶¹ Hassemer ziet veel gelijkenissen tussen rechtsbelangenconcept en de theorie van het schadebeginsel – zowel op het niveau van doelstelling als functies. Beide betitelt hij als op schade georiënteerde criminaliseringstheorieën ('harm-orientation doctrines'⁶²) omdat zij ervan uitgaan dat inschakeling van het strafrecht alleen gerechtvaardigd is indien de gedraging van de een schade aan het rechtsbelang van de ander berokkent of een risico daarop doet ontstaan. Bovendien bevatten beide theorieën het vereiste dat strafbaarstelling uiteindelijk alleen op grond van de bescherming van rechtsbelangen van het individu te rechtvaardigen is. Boven alles stellen beide concepten zich ten doel de belangen van *mensen* te beschermen.⁶³ Hassemer bijvoorbeeld stelt de eis dat strafbaarstelling telkens tot *individuele* belangen is te herleiden en zijn positie is door Swoboda dan ook treffend omschreven als een 'monistisch-personaler' rechtsbelangenleer.⁶⁴ Daarin is weinig ruimte voor de acceptatie van aan andere entiteiten toekomende belangen, zoals algemeen getoonzette belangen van de 'staat' of 'collectieve' of 'publieke' rechtsbelangen. De principiële herleidbaarheid van rechte te beschermen belangen tot individuen is ook heel duidelijk vindbaar bij denkers over het schadebeginsel. Feinberg erkent weliswaar het bestaan van de door hem gedoopte 'governmental interests' en 'community interests', maar voert deze belangen toch steeds weer terug op de belangen van het individu. Er zijn wellicht categorieën publieke rechtsbelangen denkbaar, zo kunnen de opvattingen van Hassemer en Feinberg worden gelezen, maar het beschermen daarvan via het strafrecht is alleen dan legitiem indien deze zijn terug te voeren op

58 Feinberg 1984, p. 7-10.

59 Zie von Hirsch 2003; Peršak 2007; Hassemer 2014.

60 Hassemer 2014, p. 228.

61 Hassemer 2003, p. 59.

62 Hassemer 2014, p. 227.

63 von Hirsch 2003, p. 19.

64 Swoboda, *ZStW* 2010, p. 33.

rechtsbelangen die aan het individueel welzijn zijn verbonden: 'Like community interests, governmental interests in the last analysis belong to individual citizens.'⁶⁵ Simester en von Hirsch hebben in dit kader wel gesproken over 'interests', rechtsbelangen, als 'instrumenteel'. Ze staan niet op zichzelf, maar telkens in de sleutel van het geluk van mensen: 'The value immediately protected is instrumental: what counts, ultimately, is people's lives'.⁶⁶

2.2.2 De belangen die via het strafrecht worden beschermd

Welke rechtsbelangen moeten op aandacht van het strafrecht kunnen rekenen? Wanneer *verdient* een rechtsbelang het, zagezegd, om de bijzondere protectie van het strafrecht te genieten? Voordat we in deze paragraaf aandacht zullen hebben voor de rechtsbelangen die over het algemeen in de strafrechtswetenschappelijke literatuur worden onderscheiden, is het zaak kort stil te staan bij twee prealabele vragen. De eerste ziet op wat Swoboda de vraag naar de definitiemacht heeft genoemd: wie is in de positie om de keuze voor rechtens te beschermen belangen te maken?⁶⁷

Een aanhanger van de descriptieve school zal met de beantwoording van deze vraag geen moeite hebben. De enige die in zijn optiek met autoriteit kan oordelen over de rechtsbelangen die strafrechtelijk relevant zijn, is de wetgever zelf. Wordt een normatieve benaderingswijze tot uitgangspunt gekozen, dan liggen de kaarten natuurlijk anders. Naast de wetgever heeft bijvoorbeeld ook de strafrechtswetenschap, meer bepaald de (morele) strafrechtsfilosofie, recht van spreken: door gebruikmaking van externe wegingsfactoren kan die bij uitstek voorzien in theoretische instrumenten die rationele strafrechtsvorming mogelijk maken.

Wie bepaalt wat rechtens te beschermen belangen zijn, is aldus een vraag die zowel op formalistische wijze kan worden beantwoord – dit antwoord maakt in feite de vraag overbodig! – als op meer materiële wijze. Daarnaast kan deze vraag niet los worden gezien van de vraag naar de kenbron van rechtsbelangen. Ook hier weer speelt het onderscheid 'descriptief-normatief'. Kenbron van rechtsbelangen is, in een descriptieve visie, natuurlijk de wet – hooguit het recht – zelf, kortom: datgene waaruit kan worden afgeleid welke rechtsbelangen de wetgever met de wet in kwestie heeft willen beschermen. De kenbron-vraag heeft de normatieve school heel wat meer hoofdbrekens gekost. De doelstelling van die school is nu juist om van de wil van de wetgever te transcenderen en te voorzien in een eigen kader op basis waarvan de legitimiteit van strafwetgeving kan worden getoetst. Met dit doel voor ogen kan natuurlijk niet op diezelfde wetgever een beroep worden gedaan. Kort

65 Feinberg 1984, p. 63. Zie ook Seher 2003, p. 42.

66 Simester & von Hirsch 2014, p. 37.

67 Swoboda, *ZStW* 2010, p. 35.

en goed is vereist dat rechtsbelangen uit een andere bron dan de wet worden afgeleid.

Over de vraag welke bron dit dan zou moeten zijn, bestaat binnen de normatieve school geen consensus. Swoboda ziet *grosso modo* drie manieren waarop die rechtsbelangen worden geïdentificeerd. De eerste wijze is deontologisch van aard en gaat ervan uit dat de rechtsbelangen die via het strafrecht beschermd moeten worden uit het 'natuurrecht' kunnen worden afgeleid. Aldus vergt deze benadering een oriëntatie op de culturele en sociaal-ethische normen die dusdanig gewichtig zijn dat zij ter legitimatie van strafbaarstelling kunnen dienen. De tweede benadering gaat er niet van uit dat die normen deontologisch kunnen worden vastgesteld, maar dat deze voortvloeien uit de 'geltenden sozialen Verhältnisse'.⁶⁸ Te onzent herkennen we deze benadering in de normentheorie van Enschedé, die de onder delictsomschrijvingen liggende materiële normen, of gedragsregels, niet in het systeem van het strafrecht zelf lokaliseert, maar deze beschouwt als ongeschreven normen die reeds los van de wet bestaan, '[...] als sociale engrammen die nog steeds bij de opvoeding in en buiten huwelijk van generatie tot generatie worden doorgegeven'.⁶⁹ Eenzelfde aanpak herkennen we bij Simester en von Hirsch, die binnen hun schadetheorie het criterium hanteren dat een rechtens te beschermen belang alleen is een 'resource [...] over which the harmed person has a legitimate claim'.⁷⁰ Die legitieme aanspraak wordt bij Simester en von Hirsch evenwel niet ontleend aan de rechten die reeds in het systeem van de wet besloten liggen, maar in de moraalfilosofie. Zij dienen dus buiten de sfeer van het recht te worden geplaatst en kunnen in beginsel alleen daar gevonden worden.⁷¹ Een derde benadering, die bijvoorbeeld zichtbaar is bij Roxin, leidt de rechtsbelangen af uit de grondrechten in de Grondwet. In die visie kan het rechtsbelangenconcept als een soortement van kanaal worden gedacht, dat bemiddelt tussen de grondrechten die in de constitutie zijn opgenomen en de strafbaarstellingen die deel uitmaken van het strafrecht. Het rechtsbelangenconcept komt in deze vorm in wezen een 'vertaalfunctie' toe. De abstracte, breed geformuleerde rechten uit de Grondwet maken concretisering in strafbepalingen nodig, die op hun beurt weer – op basis van deze redenering – kunnen worden gezien als modaliteiten die de bescherming van grondrechten op het oog hebben.

Geen van de drie genoemde benaderingen is van kritiek gespeend gebleven. Zo wijst Swoboda erop dat ten aanzien van elk van deze benaderingen de vraag kan worden gesteld welke eigenstandige waarde aan het rechtsbelangenconcept toekomt, als zijn invulling telkens afhankelijk is van bronnen daarbui-

⁶⁸ Swoboda, *ZStW* 2010, p. 35.

⁶⁹ Enschedé 1979, p. 62.

⁷⁰ Simester & von Hirsch 2014, p. 37. Zie ook von Hirsch 2003, p. 18 en Peršak 2007, p. 110.

⁷¹ In dit verband heeft Peršak de moraalfilosofische legitimeringstheorie van Simester en von Hirsch aangeduid als een 'extra-legal concept'. Peršak 2007, p. 117.

ten. Bij de eerste benadering kan bovendien de vraag worden opgeworpen of het in de hedendaagse, door pluriformiteit en multiculturaliteit gekenmerkte samenlevingen überhaupt mogelijk is overeenstemming te bereiken over de belangrijkste culturele en sociaal-ethische normen, zeker gelet op de snelheid waarmee maatschappelijke ontwikkelingen zich door globalisering, technologisering en digitalisering voltrekken.⁷² Ten aanzien van de tweede benadering merkt Swoboda verder op dat deze uitgaat van de *vigerende* maatschappelijke verhoudingen en dus – net als een descriptieve invulling van het rechtsbelangenconcept – aansluiting zoekt bij bestaande systemen en daarmee moeilijk zijn kritische aspiraties kan waarmaken.⁷³ Het afleiden van rechtsbelangen uit de grondrechten die in de Grondwet zijn opgenomen lijkt een voor de hand liggende optie. Immers gaat het hier – zo kan worden aangenomen – om de rechten (vaak van individuen) waarvan reeds vaststaat dat zij een fundamenteel karakter hebben. Toch kleven ook aan deze oplossing nadelen. Peršak heeft er terecht op gewezen dat de vraag kan worden gesteld welke nog de functie van het rechtsbelangenconcept is als ter legitimatie van strafbaarstelling eenvoudig kan worden volstaan met een verwijzing naar de grondrechtencatalogus. Een nadeel daaraan is bovendien dat het baseren van het rechtsbelangenconcept op grondrechten zich in feite niet onderscheidt van een descriptieve methode, die zich immers ook op positief recht concentreert. Niet onterecht tekent Peršak verder aan dat die grondrechten van oudsher bedoeld zijn om aan burgers *minimale* bescherming te bieden. Het rechtsbelangenconcept baseren op die grondrechten zou volgens Peršak het gevaar meebrengen dat de bescherming van belangrijke rechtsbelangen tekortschiet.⁷⁴

De vraag naar de rechtsbelangen die via het strafrecht zouden moeten worden beschermd is, zo blijkt hierboven, complex en de beantwoording ervan met vele nuances omgeven. Het zou het bestek van dit boek te buiten gaan om daar nog langer bij stil te staan. Veeleer is het nu zaak om een goede indruk te verschaffen van de rechtsbelangen die in de literatuur doorgaans als strafrechtelijk te beschermen rechtsbelangen worden aangeduid. We abstraheren hier dan, bewust, van de wijze waarop die rechtsbelangen worden geselecteerd en de kenbron waaruit deze worden afgeleid. Ook wordt geen aandacht besteed aan de vraag van welke school de te bespreken auteurs afkomstig zijn. Naast literatuur over het rechtsbelangenconcept wordt ook aandacht besteed aan de belangen die binnen de theorie van het schadebeginsel worden onderscheiden. Ook op het niveau van het object dat via het strafrecht dient te worden beschermd zijn er met deze theorie immers, zoals hiervoor al is toegelicht, grote gelijkenissen. In het schadebeginsel draait het steeds om de bescherming – tegen schade – van ‘interests’ of ‘resources’, begrippen die

72 Zie over de wisselwerking tussen veranderende maatschappelijke verhoudingen en het strafrecht en de fricties die daaruit voortkomen Cleiren 2010.

73 Swoboda, *ZStW* 2010, p. 35-37.

74 Peršak 2007, p. 109.

als functionele equivalenten van het begrip ‘rechtsbelang’ kunnen worden beschouwd.⁷⁵

2.2.2.1 *Individuele rechtsbelangen*

In het vorengaande is te zien geweest dat de rechtsbelangen die individuen toekomen van oudsher een belangrijke plek binnen het rechtsbelangenconcept innemen. Aan de uiterste kant van het spectrum van liberale denkers is het zo dat strafbaarstelling uitsluitend met een beroep op de bescherming van deze *individuele rechtsbelangen* kan worden gerechtvaardigd.⁷⁶ Hassemer onderkent in dit verband het bestaan van een categorie van ‘legal goods of core criminal law’ en begrijpt daaronder de op het oog wat willekeurig gekozen rechtsbelangen van het leven, de gezondheid, de eigendom, het belang van schoon water, vrijheid en de betrouwbaarheid van monetaire systemen.⁷⁷

In de literatuur over het rechtsbelangenconcept is echter een zekere terughoudendheid waarneembaar ten aanzien van het formuleren van ‘de’ individuele rechtsbelangen die via het strafrecht moeten worden beschermd. In het algemeen kunnen de geplaatste reserves worden verklaard vanuit het besef dat de selectie van deze belangen in sterke mate afhangt van maatschappelijke ontwikkelingen en de culturele en politieke overtuigingen die op een bepaalde plaats op een bepaalde tijd ‘geldend’ zijn. Het rechtsbelangenconcept moet om zijn centrale plaats in de strafrechtelijke orde te legitimeren, een enigszins open karakter hebben, waardoor overtuigingen die mettertijd in de samenleving gelding verwerven in het strafrechtelijk systeem kunnen worden geabsorbeerd.⁷⁸ Daarnaast heeft het gebrek aan articulatie van de strafrechtelijk te beschermen belangen onzes inziens ook te maken met het relatief abstracte karakter van de (continentale) rechtsbelangentheorie. Anders dan bijvoorbeeld het schadebeginsel is die meer gericht op de algemene legitimering van het bestaan van het strafrecht, daar waar het schadebeginsel zich – staande in een *common law*-traditie – meer moet bekreunen om legitimeringsvragen op het niveau van de concrete gedraging.

Binnen de theorie van het schadebeginsel bestaat van oudsher dan ook minder moeite met het formuleren van een enigszins vaste set van rechtsbelan-

75 Peršak 2007, p. 105, p. 117-118. Peršak noemt het belang (‘interest’) de ‘common building block’ van zowel schadebeginsel als rechtsbelangenconcept: ‘Interest is their point of convergence, for ‘harm’ is a ‘setback to an interest (of another)’ and ‘legal good’ (or *Rechtsgut*) a ‘legally protected interest’ [cursivering: origineel].

76 von Hirsch 2003, p. 19.

77 Hassemer 2014, p. 230.

78 Peršak 2007, p. 113. Peršak meent om die reden dat strafrechtelijk te beschermen belangen voldoende algemeen moeten zijn geformuleerd, om ruimte open te houden voor de strafbaarstelling van verschillende typen gedragingen op basis van een en hetzelfde rechtsbelang. Anders zou immers het rechtsbelang zijn belangrijke ordenende, of groeiperende, functie niet kunnen vervullen.

gen. In dit verband komt betekenis toe aan een onderscheid dat Feinberg binnen zijn theorie van het schadebeginsel heeft aangehouden. Hij deelt individuele rechtsbelangen op in de categorieën 'welfare interests' en 'ulterior interests'. Onder 'welfare interests' (welzijnsrechten) verstaat hij de belangen die voorzien in de absolute minimumvoorwaarden voor een betekenisvol leven.

'In this category are the interests in the continuance for a foreseeable interval of one's life, and the interests in one's own physical health and vigor, the integrity and normal functioning of one's body, the absence of absorbing pain and suffering or grotesque disfigurement, minimal intellectual acuity, emotional stability, the absence of groundless anxieties and resentments, the capacity to engage normally in social intercourse and to enjoy and maintain friendships, at least minimal income and financial security, a tolerable social and physical environment, and a certain amount of freedom from interference and coercion'.⁷⁹

Feinberg beschouwt de welzijnsrechten als 'bare minima' voor een enigszins betekenisvol leven.⁸⁰ Enerzijds zijn het de belangrijkste belangen die een individu kan hebben, omdat bij het ontberen ervan het bereiken van elk hoger doel – we komen daar bij de bespreking van ontplooiingsbelangen nog op – onmogelijk is. Anderzijds, zegt Feinberg, zijn welvaartsbelangen 'trivial goods', in die zin dat ze wel noodzakelijk zijn voor een goed leven, maar daarvoor tegelijk 'grossly insufficient': They are the 'basic requisites of a man's well-being', but by no means the whole of that well-being itself'.⁸¹

De tweede categorie van individuele rechtsbelangen die Feinberg onderscheidt, bestaat uit belangen waarvan de vervulling meer in termen van hogere ambities en idealen is geformuleerd: 'ulterior interests', of: ontplooiingsbelangen.⁸² Het gaat hier om '[...] a person's more ultimate goals and aspirations [...]'.⁸³ Feinberg noemt het schrijven van een goed boek, carrière maken in de politiek, het bouwen van een droomhuis. Met andere woorden gaat het hier om zeer persoonlijk getinte, subjectieve belangen die per individu verschillen. Ondanks dit subjectieve karakter moet de waarde die individuen aan deze belangen hechten niet worden onderschat; veeleer is het de vervulling van persoonlijke ambities, de mogelijkheid tot zelfontplooiing, die het leven de moeite waard maakt, niet het *sec* aanwezig zijn van welzijnsbelangen. Dat

79 Feinberg 1984, p. 37.

80 Feinberg 1984, p. 57.

81 Feinberg 1984, p. 37.

82 Het onderscheid doet denken aan de scheiding die de Amerikaanse rechtsfilosoof Fuller aanbrengt tussen de 'morality of duty' en 'morality of aspiration'. Hoewel Fullers onderzoeksobject natuurlijk niet wordt gevormd door de belangen die voor het strafrecht relevant zijn – Fullers aandacht gaat namelijk uit naar de vraag aan welke vereisten een rechtssysteem moet voldoen om 'met recht' een *rechtssysteem* te kunnen worden genoemd – is de gelijkenis van de indeling met die van Feinberg verhelderend. Vgl. Fuller (1964) 1969, p. 5, p. 38-94.

83 Feinberg 1984, p. 37.

maakt die welzijnsbelangen overigens niet minder gewichtig. Het zijn weliswaar 'bare minima', maar tegelijk ook absolute minimumvoorwaarden voor de realisering van de meer ultieme en ambitieus getinte belangen in iemands leven. Welzijnsbelangen en ontplooiingsbelangen staan, met andere woorden, in een onderbouw-bovenbouwrelatie tot elkaar. Komen die ontplooiingsbelangen dan ook in aanmerking voor bescherming door de strafwetgever? Alleen op indirecte wijze, meent Feinberg, voor zover kan worden aangetoond dat door een gedraging onderliggende welzijnsbelangen worden geschaad (of het risico daarop bestaat). Op de keper beschouwd beschermt de strafwetgever de ontplooiingsbelangen echter uitsluitend op indirecte wijze. Die bescherming verloopt steeds via de welzijnsbelangen.⁸⁴ 'If I have an interest in making an important scientific discovery, creating valuable works of art, or other personal achievements [d.z. ontplooiingsbelangen, LE], the law will protect that interest by guarding my welfare interests that are essential to it'.⁸⁵

2.2.2.2 Publieke rechtsbelangen

Naast individuele rechtsbelangen komt in de literatuur ook de categorie van de publieke of collectieve rechtsbelangen terug. Dat zijn die rechtsbelangen die de samenleving als geheel aangaan, evenals de elementaire instituties die voor dat samenleven onontbeerlijk zijn. In de definitie van Roxin die hierboven werd opgeworpen, is al de idee van collectieve rechtsbelangen zichtbaar. Het gaat daarin immers niet alleen om de vrije ontwikkeling van het individu, maar ook om het beschermen van het functioneren van een staatssysteem dat op die individuele ontwikkeling gestoeld is. Klassieke voorbeelden van publieke rechtsbelangen zijn de veiligheid van de staat, de integriteit van de rechtspraak en het ambtelijk apparaat, de integriteit van het financieel verkeer en de bescherming van het milieu.

Het zal niet verbazen dat in de meer liberale stromingen binnen de rechtsbelangenschool tot op de dag van vandaag wordt geworsteld met de vraag of, en zo ja, hoe de collectieve rechtsbelangen binnen de theorie een plaats moeten krijgen. De kramp zit vooral in het feit dat het toewijzen van rechtsbelangen aan niet-individen met de grondgedachte in strijd is, dat het rechtsbelangenconcept het individu dient te beschermen tegen inbreuken op diens vrijheid door de staat. Indien de staat, of een van zijn instituties, een eigenstandig rechtsbelang toekomt waarop aanspraak kan worden gemaakt, dan zou die zich ook *tegen* het individu kunnen keren. Het tweede bezwaar tegen de

84 Feinberg maakt alleen een uitzondering voor '[...] those ulterior goals that simply extend elements of welfare beyond minimal levels'. Hij noemt als voorbeeld de beroving van een zwerver en een miljonair. Voor de één geldt de beroving als een aantasting van welvaartsbelangen, voor de ander betekent het verlies van het beroofde geld slechts een kleine deuk. Maar het blijft hier vanwege het essentiële belang van de bescherming van de eigendom toch gaan om een welvaartsbelang. Feinberg 1984, p. 62-63.

85 Feinberg 1984, p. 62.

idee van collectieve rechtsbelangen hangt hiermee samen. Ontegenzeggelijk leidt het construct van het collectief rechtsbelang, zo meent Peršak, tot vage categorieën die vaak moeilijk zijn af te bakenen en, in hun vaagheid, een minder sterke legitimering bieden voor de inzet van het strafrecht dan wanneer die rechtsbelangen op de vrijheid van het individu zijn gebaseerd.⁸⁶ In dit verband heeft Peršak gewezen op wat zij 'catch-all notions' noemt, zoals de 'bescherming van de openbare orde'.⁸⁷ Zulke vage noties bergen natuurlijk een inherent risico in zich dat aan strafbaarstelling een schijnlegaliteit wordt toegekend en juist de deur wordt opengezet voor een meer repressief gebruik van het strafrecht, en dat alles dus met een beroep op de systeemeigen termen.⁸⁸ Ten slotte is er nog een andere reden waarom de collectieve rechtsbelangen in de literatuur worden geproblematiseerd. Die hangt ermee samen dat één individuele gedraging aan een collectief rechtsbelang doorgaans slechts in heel summiere zin schade kan berokkenen. Als een enkeling afval in de rivier gooit, is dat weliswaar schadelijk, maar rijst wel meteen de proportionaliteitsvraag: is het effect van de gedraging op het rechtsbelang dusdanig dat dit strafbaarstelling legitimeert?⁸⁹

Ondanks de hierboven opgeworpen bezwaren wordt ook in de liberale stroming niet ontkend dat publieke rechtsbelangen bestaan en bescherming nodig hebben. Het voornoemde inpassingsprobleem is vooral opgelost door publieke rechtsbelangen steeds op individuele rechtsbelangen te betrekken. Voor deze oplossingsrichting was hierboven al kort aandacht. Die vergt dat publieke rechtsbelangen steeds tot de belangen van het individu te herleiden zijn. Het beschermen van publieke rechtsbelangen is zo gezien nooit een doel op zichzelf, maar staat telkens in de sleutel van het beschermen van de mens als individu.⁹⁰ In dit verband valt bijvoorbeeld te denken aan het belang dat eenieder heeft in het voortbestaan van goed functionerende infrastructuur of het beschermen van het milieu, teneinde schadelijke verstoringen in de leefwereld te voorkomen. Een klassiek publiek rechtsbelang is voorts de instandhouding van de integriteit van de instituties van de democratische rechtsstaat; een rechtsorde valt of staat met het vertrouwen dat individuen kunnen scheppen in de instituties die daarin werkzaam zijn. Op de bescherming van dit belang zijn bijvoorbeeld de strafbaarstelling van omkoping van ambtenaren of rechters gebaseerd (artikelen 177 en 178 Wetboek van Strafrecht).

De benaderingswijze hierboven is gekritiseerd door auteurs die een meer communautaire invulling van het rechtsbelangenconcept voorstaan. Bovenal

86 Zie ook Hefendehl 2003, p. 121.

87 Peršak 2007, p. 107.

88 Zie ook Witteveen 2014, p. 272-279 en Greco 2011.

89 Lauterwein 2010, p. 20-21.

90 De idee van de herleidbaarheid is vooral toegeschreven aan de *personalen Rechtsgutslehren*, die – hoewel daarvan verschillende varianten bestaan – steeds de bescherming van rechtsbelangen die individuen toekomen tot uitgangspunt nemen. Zie hierover uitgebreid Greco 2011, p. 204-206.

is het onderscheid tussen de auteurs terug te voeren tot verschillen in het denken over het mensbeeld dat aan het strafrecht ten grondslag ligt. Stratenwerth hekelt bijvoorbeeld de bovenstaande idee van de herleidbaarheid van publieke tot individuele rechtsbelangen, waarmee volgens hem een voorstelling samenhangt van mensen als 'Herrn der Schöpfung'. Volgens hem is dat idee achterhaald en daarmee ook '[...] die Notwendigkeit, alles und jedes auf seine Interessen und Bedürfnisse zu beziehen'.⁹¹ Stratenwerth werkt vervolgens een theorie uit die ervan uitgaat dat publieke rechtsbelangen op zichzelf bestaansrecht toekomen en bescherming dienen te genieten, los van de vraag in hoeverre een dergelijk type rechtsbelang raakt aan de belangen van individuen: 'Ich persönlich muß gestehen, daß ich es als geradezu pervers empfinde, wenn die Rechte künftiger Generationen oder der Natur davon abhängig gemacht werden, welche Wesen Interessen haben können'.⁹²

Voor de nadere uitwerking van het concept van de publieke rechtsbelangen zij hier verwezen naar Duitse literatuur.⁹³ Voor de doeleinden die in dit hoofdstuk centraal staan, is het niet nodig dit concept verder uit te werken. De bespreking daarvan laten we nu dan ook rusten. In het vorengaande is te zien geweest dat in de literatuur verschillende typen rechtsbelangen worden onderscheiden, waarbij sprake is van twee hoofdcategorieën, die van de individuele en publieke rechtsbelangen. In de navolgende paragraaf zal de steven worden gewend naar een andere thematiek die binnen het rechtsbelangenconcept aandacht opeist. Als eenmaal duidelijk is welke rechtsbelangen met strafbaarstelling van een gedraging gemoeid zijn, rijst automatisch de vraag naar de wijze waarop die rechtsbelangen dan precies via strafbaarstelling kunnen worden beschermd. Op de relatie die we hier gewaarworden – die tussen strafbare gedraging en rechtsbelang – wordt in de navolgende paragraaf de focus gelegd.

2.2.3 Rechtsbelangen en hun verhouding tot de strafbare gedraging

Het rechtsbelangenconcept vergt, veronderstelt zelfs, een relatie tussen de strafbare gedraging enerzijds en het daarmee beschermde rechtsbelang anderzijds. Het is immers de strafbaarheid van die gedragingen die in de concrete bescherming van die rechtsbelangen moet voorzien. De relatie 'gedraging-rechtsbelang' vormt daarmee onmiskenbaar een centraal onderdeel van het rechtsbelangenconcept, maar is tegelijkertijd zo vanzelfsprekend dat een uitwerking van de betekenis ervan vaak achterwege blijft of over het hoofd wordt gezien. Veel aandacht gaat van oudsher uit naar de in paragraaf 2.2.2

91 Stratenwerth, *ZStW* 1993, p. 691, p. 681. Zie ook Stratenwerth 2003, p. 255-260.

92 Stratenwerth, *ZStW* 1993, p. 692.

93 Zie voor een overzichtelijke introductie Greco 2011.

besproken vragen. Wat zijn de rechtsbelangen die via het strafrecht beschermd moeten worden? Waar treffen we deze aan? Hoe komt de selectie ervan tot stand? Aanmerkelijk minder zorg wordt binnen het rechtsbelangenconcept besteed aan de vervolgvraag, hoe dan precies de bescherming die strafbepalingen aan rechtsbelangen moeten bieden, moet worden gedacht.

Geen onduidelijkheid moet bestaan over het niveau waarop we deze vraag in het vervolg beogen te behandelen. In het navolgende wordt een *strafrechts*-theoretische optiek tot uitgangspunt genomen. Het is belangrijk dit op deze plek te benadrukken; in een natuurlijke reflex kan de vraag op welke wijze strafbaarstelling aan de protectie van rechtsbelangen bijdraagt, namelijk ook in *straf*theoretische zin worden aangevlogen. Zo'n aanpak kan bijvoorbeeld aandacht indiceren voor de vraag in hoeverre strafbaarstelling, in generaal- of speciaal-preventieve zin, daadwerkelijk aan het voorkomen van bepaalde schademakende gedragingen bijdraagt. De behandeling van die vraag vergt evenwel een studie van heel andere, deels rechtssociologische, in elk geval empirische, aard en ligt buiten het bestek van dit onderzoek.

Wat houdt de beantwoording van de vraag naar de relatie tussen gedraging en rechtsbelang vanuit *strafrecht*s-theoretische optiek dan in? We kunnen hier beginnen met vaststellen dat het vereiste van het bestaan van *een* relatie tussen gedraging en rechtsbelang toch op z'n minst een *betekenisvol, inhoudelijk (of materieel) verband* tussen beide constructen vooronderstelt. Vanuit het rechtsbelangenconcept beredeneerd, doet dit betekenisvol verband zich eerst voor indien kan worden gezegd dat de strafbaarstelling van een bepaalde gedraging X redelijkerwijs bijdraagt aan de bescherming van een bepaald rechtsbelang Y. De vraag luidt vervolgens of, en zo ja, hoe vervolgens precies de verhouding tussen gedraging en rechtsbelang moet worden gedacht.

Opvallend is dat hier wederom een parallelle zichtbaar wordt met de soort vragen die binnen de theorie van het schadebeginsel zijn opgeworpen. Van oudsher legt het schadebeginsel zelfs meer de nadruk op de vraag naar de relatie tussen gedraging en belang. Deze relatie wordt in de theorie van het schadebeginsel in termen van schade verwoord. Niet ligt het zwaartepunt bij de vraag of, en zo ja, hoe een rechtsbelang door strafbaarstelling beschermd kan worden. Binnen het schadebeginsel draait het om de vraag van welk soort effect op dit rechtsbelang sprake moet zijn om de strafbaarstelling van de schademakende gedraging te rechtvaardigen. Het schadeconstruct dient daarbij als leidraad.

Wat onder schade dient te worden verstaan, is door meer auteurs verder uitgewerkt. Bij Feinberg is schade aanwezig indien sprake is van een '*setback* of interests [cursivering: LE]', waarvan kan worden gesproken in het geval '[...] the interest is in a worse condition than it would otherwise have been

had the invasion not occurred at all'.⁹⁴ Simester en von Hirsch spreken in ditzelfde verband over een 'adverse effect' dat een gedraging op het rechtsbelang dient te hebben.⁹⁵ Daaronder worden in beginsel verstaan die gedragingen die direct op het rechtsbelang een inbreuk maken, de 'direct harms', gedragingen die de schade aan een rechtsbelang in directe en onomkeerbare zin aanrichten of dit belang direct in gevaar brengen. De schade – het gevolg van de gedraging – is hier doorgaans bestanddeel van het delict; dergelijke delicten worden door Simester en von Hirsch om die reden 'constitutive offences' genoemd.⁹⁶ In Nederland zouden de auteurs de krenkingsdelicten en concrete gevaarzettingsdelicten onder de noemer van 'direct harms' brengen.⁹⁷

Interessant aan de theorie van Simester en von Hirsch is dat zij een kader hebben ontwikkeld waarbinnen ook de strafbaarstelling van meer indirecte vormen van schade op basis van een beroep op het schadebeginsel kan worden gerechtvaardigd.⁹⁸ Binnen die indirecte vormen van schade wordt een belangrijke categorie gevormd door de door hen gedoopte 'remote harms'.⁹⁹ Onder de paraplu daarvan vallen onder meer de abstracte gevaarzettingsdelicten. Daarnaast onderscheiden de auteurs twee andere groepen 'remote harms': die van de 'mediating interventions-gedragingen' en de 'conjunctive harms', die ook wel 'cumulative harms' zijn genoemd. Beide delictsgroepen zijn door Simester en von Hirsch ook wel als 'profylactisch' omschreven: het betreft hier steeds een gedraging X door A die pas een gevaar op schade oplevert indien deze wordt gevolgd door een vervolggedraging Y, of die nu door A of een ander, B, wordt begaan.¹⁰⁰ 'Mediating-interventions'-gedragingen leveren zelf geen schade op, maar (kunnen) leiden tot andere gedragingen die wel schade, of een risico daarop, veroorzaken.¹⁰¹ Klassiek voorbeeld hiervan vormt het verboden bezit van een wapen: strafbaar gesteld vanwege het abstracte gevaar dat het wapen in de toekomst voor wederrechtelijke doeleinden gebruikt zal gaan worden. Het eigenlijke gevaar ontstaat echter pas als A of B het wapen daadwerkelijk besluit te gebruiken. De laatste categorie van 'remote harms' wordt gevormd door de 'cumulative harms'. Het schadelijk effect van een 'cumulatief delict' vindt pas plaats als hetzelfde delict ook – in

94 Feinberg 1984, p. 34. Feinberg verbindt hieraan de metafoor van de 'baseline': '[...] whether one is harmed by an event is determined by reference to where he was before, and whether his position has improved or regressed'. Feinberg 1984, p. 51-55.

95 Simester & von Hirsch 2014, p. 37.

96 Simester & von Hirsch 2014, p. 43-44.

97 Simester & von Hirsch 2014, p. 44-46. Zie voor de Nederlandse onderscheidingen De Hullu 2018, p. 73-75 en Kelk/De Jong 2016, p. 59-61.

98 Simester & von Hirsch 2014, hfdst. 4 en 5.

99 Zie daarover ook Ten Voorde, *Utrecht Law Review* 2014, p. 163-179. Zie ook Esser, *Strafblad* 2017/71, p. 480.

100 Simester & von Hirsch 2014, p. 79.

101 Esser, *Strafblad* 2017/71, p. 480.

meer of minder groten getale – door anderen wordt begaan.¹⁰² Het dumpen van afval in een rivier, dat hierboven al even werd genoemd, kan hier als typisch voorbeeld dienen: de te voorkomen schade doet zich eerst voor indien meer mensen zich aan hetzelfde gedrag schuldig maken.¹⁰³

De uitwerkingen van Simester en von Hirsch laten zien dat het denken over de relatie tussen gedraging en rechtsbelang nauw samenhangt met de structuur die bij het opstellen van een delictsomschrijving wordt gekozen. De onderscheidingen van de auteurs zijn bedoeld om, vanuit strafrechtstheoretische optiek, een bijdrage te leveren aan het denken over de verhouding tussen gedraging en rechtsbelang en de wijze waarop die verhouding kan worden neergelegd in een concrete strafbepaling. Het schadebeginsel schrijft voor dat die verhouding inhoudelijk – langs de lijnen van de gemaakte onderscheidingen – moet kunnen worden hardgemaakt vooraleer een *prima facie* grond voor strafbaarstelling bestaat. Het schadebeginsel is, zo bezien, een *relationele* theorie: die vergt steeds dat bij strafbaarstelling de relatie tussen gedraging en te beschermen rechtsbelang wordt gearticuleerd.

De reden dat binnen het rechtsbelangenconcept minder aandacht is uitgegaan naar die relatie heeft mede te maken met een semantisch aspect. De term ‘rechtsbelang’ of ‘rechtsbelangenconcept’ leidt er nu eenmaal automatisch toe dat vooral op het rechtsbelangenbegrip de nadruk komt te liggen.¹⁰⁴ Ook het denken in termen van de *bescherming* van rechtsbelangen dwingt minder snel dan bij het schadebeginsel tot het opwerpen van de vraag naar de relatie tussen rechtsbelang en gedraging. De vraag welke rechtsbelangen bescherming moeten genieten, eist in de literatuur dan ook meer aandacht op dan de vraag op welke wijze deze bescherming vorm kan krijgen.

Ook het rechtsbelangenconcept kan echter als relationeel concept worden beschouwd. Net als bij het schadebeginsel draait het steeds om de vraag of, en zo ja, hoe een strafbaar te stellen of strafbaar gestelde gedraging op het gepointeerde rechtsbelang negatief inwerkt.¹⁰⁵ De *bescherming* die van het rechtsbelangenconcept moet uitgaan, is op het voorkomen van die negatieve inwerking gericht. Zo bezien verwijst de beschermingsaanspraak die in het rechtsbelangenconcept ligt besloten naar niets anders dan de relatie die tussen gedraging en rechtsbelang wordt verondersteld.

102 Simester & von Hirsch 2014, p. 59, p. 85-88. Zie voor de behandeling van deze ‘Kumulationsdelikte’ ook von Hirsch & Wohlers 2003, p. 207-211.

103 Zie over de moeilijkheden waarmee de strafbaarstelling van milieudelicten gepaard gaat, onder meer omdat het lastig is het concreet effect op de te beschermen rechtsbelangen inzichtelijk te maken, nader Stratenwerth, *ZStW* 1993, p. 679-696.

104 Zie ook Seher 2003, p. 45.

105 Illustratief in dit verband is dat Nieboer de delictsoorten in zijn leerboek eerst te berde brengt in het kader van een bespreking van de causaliteit in het strafrecht. Het is duidelijk dat hij de onderscheidingen opvat als verschillende wijzen waarop het effect van een gedraging op een rechtsbelang wordt uitgedrukt. Nieboer 1991, p. 90-92.

Zoals we net ook bij de behandeling van het schadebeginsel zagen, verraaft de delictsstructuur niet zelden hoe de wetgever zich de verhouding tussen gedraging en beoogd te beschermen rechtsbelang heeft voorgesteld. Die structuur kan bij de rechtsbelangenanalyse van strafbepalingen dan ook als belangrijk aangrijpingspunt fungeren. In de Nederlandse strafrechtsdogmatiek hoeven we niet ver te zoeken om klassieke indelingen van typen delicten te vinden. Doorgaans worden de krenkings- van de gevaarzettingsdelicten onderscheiden, de commissie- van de omissiedelicten en de materieel van de formeel omschreven delicten.¹⁰⁶ In het navolgende zal aan die klassieke onderscheidingen nader aandacht worden besteed. Daarbij worden die onderscheiden typen, gelet op het bovenstaande, nadrukkelijk beschouwd als uitdrukkingen, expressies, van relaties tussen de daaronder vallende strafbare gedragingen enerzijds en de daarmee beschermde rechtsbelangen anderzijds. Met andere woorden openen deze typeringen een perspectief op de wijze waarop de relatie tussen gedraging en rechtsbelang kan worden begrepen. Het onderscheid tussen materieel en formeel omschreven delicten heeft voor ons speciale betekenis, omdat daarin in het bijzonder de relatie met het beschermde rechtsbelang vooropstaat. Om die reden wordt bij dit onderscheid in het navolgende langer stilgestaan.

In de klassieke opvatting heet het dat het materieel omschreven delict slechts het laten intreden van een bepaald, in de wet opgenomen gevolg strafbaar stelt, daar waar het formeel omschreven delict uitsluitend een handeling criminaliseert.¹⁰⁷ Om tot een bewezenverklaring te komen, volstaat bij het formeel omschreven delict het bewijs van die handeling. Niet hoeft apart komen vast te staan dat die handeling heeft geleid tot het intreden van een bepaald gevolg.¹⁰⁸

Een prototype van het materieel omschreven delict is dat van de doodslag, waarvan de ongekwalificeerde vorm in Nederland is strafbaar gesteld in artikel 287 Wetboek van Strafrecht. Niet is daarin een bepaalde handeling gespecificeerd, de strafbaarheid draait om het tweeebrengen van een concreet gevolg: de dood van de ander.

Het prototype van het formeel omschreven delict is dat van diefstal, waarvan de ongekwalificeerde vorm is opgenomen in artikel 310 van het Wetboek van Strafrecht. Bij diefstal is reeds sprake van een voltooid delict indien het 'enig goed' uit artikel 310 wordt weggenomen, zonder dat hoeft te worden vastgesteld dat dit wegnemen ook daadwerkelijk tot de wederrechte-

106 Zie De Hullu 2018, p. 73-84; Enschedé/Blom 2017, p. 66-70; Kelk/De Jong 2016, p. 59-64.

107 Zie bijvoorbeeld Van Hattum 1953, p. 160-161. Natuurlijk kunnen formeel omschreven delicten heel wel gevolgen hebben, bovendien zelfs de gevolgen die de wetgever met het delict juist poogde te voorkomen. Deze gevolgen moeten evenwel niet, zo zegt Van Hattum, als *delictessentialia*, maar als *accidentalialia* worden beschouwd.

108 Zie voor dit klassieke schema Smidt I 1891, p. 82.

lijke toe-eigening heeft geleid.¹⁰⁹ Vandaar dat in de omschrijving van formeel omschreven delicten vaak, maar niet altijd, het subjectief bestanddeel ‘oogmerk’ is opgenomen: de specificiteit van de intentie compenseert in voorkomende gevallen de afwezigheid van het gevolg.¹¹⁰ De explicitering van het ‘materieel opzet’, vaak in de vorm van het oogmerkbestanddeel, is bij formeel omschreven delicten nodig om strafbaar van niet-strafbaar gedrag te onderscheiden.¹¹¹

Reeds bij Van Hamel treffen we de gedachte aan dat het onderscheid tussen materiële en formele delicten niet ziet op de aard van de in de delictsomschrijvingen opgenomen gedragingen.¹¹² Enigszins geforceerd pleegt hij dan ook te spreken van delicten met ‘materieele of formeele *omschrijving*’ [cursivering: LE].¹¹³ Van Hamel meent dat een strafrechtelijke gedraging toch altijd een *bepaald* gevolg tweebrengt. Het onderscheid formeel-materieel is volgens hem vooral relevant omdat daarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat het gevolg in delictsomschrijvingen verschillend kan worden aangeduid: bij materieel omschreven delicten is die aanduiding het duidelijkst, bij formeel omschreven delicten ‘minder scherp’.¹¹⁴ Ook Nieboer redeneert langs deze lijn. Het gevolg is bij formeel omschreven delicten weliswaar geen constitutief vereiste, maar speelt als uitkomst of einddoel van de strafbaar gestelde handeling wel degelijk een belangrijke rol bij de uitleg en interpretatie ervan.¹¹⁵

Interessant aan de visie van weer een andere auteur, Vermunt, is dat hij de indeling ‘materieel-formeel’ in direct verband brengt met het rechtsbelangenconcept. ‘De uitsluitende bedoeling van de strafwetgever’, zo merkt Vermunt op, ‘is het rechtsgoederenbestand der rechtsorde strafrechtelijke bescherming te verlenen: er is geen strafbaar feit waarin niet deze gedachte der rechtsgoederenbescherming ten grondslag ligt’.¹¹⁶ Met die beschermingsopdracht belast, staan voor de wetgever vervolgens twee opties open:

‘[...] ofwel hij neemt de in de norm verboden relatie handeling-beschermde rechtsgoed als constitutief bestanddeel op in de wettelijke delictsomschrijving, ofwel hij maakt slechts de handeling tot feitelijke component van de delictsomschrijving,

109 Zie over de problematische aspecten van de formele omschrijving van het diefstal delict Sinnige 2017, hfdst. 2. Vgl. ook de conclusie van A-G F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2017:1555, bij HR 20 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:367, NJ 2018/326, m.nt. N. Rozemond.

110 Brouns 1988, p. 13, p. 175-177.

111 Brouns leidt uit de wetsgeschiedenis af dat de strafwetgever van 1881 aan sommige delictsomschrijvingen het ‘oogmerk’ heeft toegevoegd omdat ‘[...] het in de delictsomschrijving gebezigde werkwoord niet tevens het de strafbaarheid bepalende resultaat uitdrukt’. Brouns 1988, p. 176.

112 Van Hamel 1913, p. 234. Zie ook Sinnige 2017, p. 11 e.v.

113 Van Hamel 1913, p. 234.

114 Van Hamel 1913, p. 233.

115 Nieboer 1991, p. 90.

116 Vermunt 1984, p. 182.

daarmee bedoelde relatie buiten de wettelijke geformuleerde voorwaarden voor strafbaarheid houdend'.¹¹⁷

Materieel omschreven delicten zijn volgens Vermunt dan ook 'die strafbare feiten, waarbij in de wettelijke deliktsomschrijving de verboden relatie handeling-rechtsgoed als constitutief bestanddeel is opgenomen', formele delicten 'die strafbare feiten, waarbij in de wettelijke deliktsomschrijving wel de delikts-handelingen, maar niet het effect ervan op het beschermde rechtsgoed als constitutief bestanddeel is opgenomen'.¹¹⁸ Vermunt houdt overigens een veel engere definitie van formeel omschreven delicten aan dan te doen gebruikelijk is. Zo wijst hij erop dat bij formeel omschreven delicten weliswaar geen gevolg behoeft te worden bewezen, maar de strafbare gedraging vaak wel in relatie tot dit gevolg wordt begrepen en uitgelegd. Het diefstaldelict rekent hij bijvoorbeeld tot de materieel omschreven delicten, nu het bestanddeel 'wegnemen' van de wetgever een zo specifieke strekking heeft meegekregen dat dit uitsluitend kan worden begrepen in combinatie met het subjectieve bestanddeel 'oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening'.¹¹⁹ Het diefstaldelict, zo lijkt Vermunt hier uit te drukken, is niet goed denkbaar zonder dat daadwerkelijk van een (direct), inwerkend effect op het betrokken rechtsbelang (de eigendom) sprake is geweest. Dat het delict formeel geformuleerd is, doet daaraan volgens hem niet af. Eenzelfde benadering zien we, zij het wat minder expliciet, ook bij Brouns, ditmaal over de band van het opzetbegrip. Brouns relativeert niet zozeer het onderscheid tussen formeel en materieel omschreven delicten, maar neemt waar dat formeel omschreven delicten het vaak niet kunnen stellen zonder *materieel opzetbegrip*, i.e. 'het opzet gericht op het onmiddellijk resultaat van de handeling of op de gebeurtenis', meestal vertaald in een oogmerkbestanddeel.¹²⁰ Weliswaar vergt de wettelijke deliktsomschrijving in die gevallen dus niet dat een bepaald gevolg intreedt, de *ratio* van de strafbaarstelling laat zich wel degelijk begrijpen in termen van het voorkomen van het intreden van dit gevolg. Brouns bestrijdt dan ook dat het bij formeel omschreven delicten niet om gevolgen zou gaan: 'Dit verschil tussen doelen en gevolgen [tussen formeel en materieel omschreven delicten, LE] is er niet. De resultaten

117 Vermunt 1984, p. 182.

118 Vermunt 1984, p. 183.

119 Brouns komt vanuit een meer procesrechtelijke invalshoek tot dezelfde conclusie. Hij neemt waar dat bij het bewijs van de gedraging in artikel 310 Wetboek van Strafrecht in feite de nadruk is komen te liggen op het bewijs van de daadwerkelijke toe-eigening, terwijl die, gelet op het formele karakter van het diefstaldelict, niet behoeft te worden bewezen. We zien hier een vorm van invloed van het formeel strafrecht op het materieel strafrecht. Nu de bewijsvraag zich in sterke mate toespitst op de toe-eigening, zo concludeert Brouns, '[...] heeft diefstal meer het karakter van een materieel misdrijf gekregen'. Brouns 1988, p. 192-197. Sinnige 2017, p. 57 komt tot dezelfde conclusie. Zie ook Nieboer 1991, p. 90-91.

120 Brouns 1988, p. 13.

van materiële delicten en formele delicten waaraan een materieel opzet is toegevoegd liggen op dezelfde lijn'.¹²¹

De bovenstaande overwegingen laten zien dat de gedragingen die in delictsomschrijvingen zijn neergelegd zich op verschillende wijzen tot de daarmee beschermde rechtsbelangen kunnen verhouden. De betekenis van het onderscheid tussen materieel en formeel omschreven delicten is vooreerst dat de krenking van het rechtsbelang als gevolg van materieel omschreven gedragingen definitief, onomkeerbaar, is, daar waar bij formeel omschreven delicten die krenking geen vereiste is en de gedraging slechts op lossere wijze met het betrokken rechtsbelang is verbonden. Met Vermunt kan worden opgemerkt dat nogal wat formeel omschreven delicten vaak een meer materieel omschreven karakter blijken te hebben en het onderscheid somtijds gekunsteld aandoet. Tegelijkertijd scherpt het als geen ander onderscheid in, dat het bij het analyseren van delictsomschrijvingen steeds gaat om de vraag op welke manier de rechtsbelangenschending in de delictsomschrijving is verwerkt. Dat kan zijn op materiële wijze: het handelen in overeenstemming met de gedraging in de delictsomschrijving levert per definitie een (onomkeerbare) schending van het beschermde rechtsbelang op. En op formele wijze: de schending speelt als mogelijk gevolg wel een belangrijke rol bij het begrip van en de uitleg die aan de daarin opgenomen bestanddelen moet worden gegeven, maar is niet als constitutief onderdeel in de delictsomschrijving opgenomen. Ook een formeel omschreven delict kan naar zijn aard op gevolgen, en het voorkomen daarvan, gericht zijn.

In het kader van dit onderzoek zijn de hierboven verworven inzichten van belang omdat deze inscherpen dat strafbare gedragingen op verscheidene manieren in verhouding kunnen staan met de daarmee beschermde rechtsbelangen. Daarmee is een kenmerk transparant gemaakt dat wel vooral, maar niet exclusief is verbonden aan het onderscheid tussen materieel en formeel omschreven delicten.¹²² *Au fond* duidt bijvoorbeeld ook de dichotomie 'krenking-gevaarzetting' op niets anders dan een verschil in de wijze waarop het rechtsbelang in kwestie door de betreffende gedraging schade kan worden aangericht, waarbij dat verschil nog eens extra wordt gemarkeerd door de subindeling in concrete en abstracte gevaarzettingsdelicten. Vanwege het bestek van dit onderzoek voert het te ver om elk van de in de Nederlandse dogmatiek gemaakte indelingen de revue te laten passeren. Naar het onderscheid tussen materieel en formeel omschreven delicten is hierboven het licht geworpen omdat daarmee inzichtelijk wordt gemaakt dat de door de wetgever geselec-

121 Brouns 1988, p. 176. Aan de opvatting die we bijvoorbeeld bij Van Hattum vinden, dat bij formeel omschreven delicten steeds het accent ligt op de gedraging, ongeacht het gevolg, kan gezien vanuit dit perspectief dus nogal wat worden afgedaan. Zie Van Hattum 1953, p. 160-161.

122 Zie ook Nieboer 1991, p. 90-92.

teerde rechtsbelangen via de delictsomschrijving uiteindelijk op verschillende manieren kunnen worden beschermd. Bij de keuze het strafrecht aan te wenden voor het beschermen van bepaalde rechtsbelangen is, om het legitimerende potentieel van het rechtsbelangenconcept volledig aan te wenden, niet alleen vereist dat *in abstracto* wordt weergegeven welke rechtsbelangen op het spel staan. Daarvoor zal het ook nodig zijn te doordenken en expliciteren welk type delictsomschrijving het beste bij het beschermen van dat rechtsbelang past. Bovendien zal in dit kader duidelijk moeten worden gemaakt op welke manier de strafbaar te stellen gedraging op het betrokken rechtsbelang kan inwerken, welk effect met andere woorden het een (de gedraging) heeft op het ander (het rechtsbelang).

Het articuleren van de relatie tussen het strafbaar te stellen gedrag en het daarmee beschermde rechtsbelang is, kortom, een wezenlijk onderdeel van het rechtsbelangenconcept en vormt daarmee als vanzelf een belangrijk aspect bij de legitimatie van strafwetgeving. In een proces van strafbaarstelling dient idealiter steeds te worden geëxpliciteerd welke rechtsbelangen met de strafbaar te stellen gedraging samenhangen en, misschien nog belangrijker, hoe precies die gedraging op dat rechtsbelang inwerkt. Als we bovendien ervan uitgaan dat rechtsbelangen, net als strafbepalingen, veranderlijk zijn, en met het wijzigen van de opvattingen in een maatschappij mettertijd een andere invulling kunnen krijgen, dan brengt het plaatsen van het rechtsbelangenconcept in de sleutel van legitieme strafrechtsvorming bovendien mee dat dit niet alleen *ex ante delictum* een rol kan spelen, maar ook *ex post delictum*, i.e. als een gedraging eenmaal is strafbaar gesteld. In die hoedanigheid indiceert het concept van de rechtsbelangen een continue toets van de kwaliteit van de verhouding tussen de strafbaar gestelde gedraging enerzijds en het daarmee verondersteld beschermde rechtsbelang anderzijds.

2.3 HET RECHTSBELANGENCONCEPT IN DIT BOEK

In het voorgaande hebben we een beeld gekregen bij het rechtsbelangenconcept en de betekenissen en uiteenlopende functies die dat heeft of, beter, kan hebben. Bewust is het onderscheid tussen een descriptieve en normatieve variant van het concept sterk aangezet, om te demonstreren hoezeer zijn betekenis kan verschillen al naargelang het doel waarmee het rechtsbelangenconcept wordt ingezet. Dit inzicht toont in de eerste plaats aan dat moeilijk kan worden gesproken over ‘het’ rechtsbelangenconcept, als zouden we te maken hebben met een qua doelstelling en functies eenvoudig te begrijpen constructie. Alleen de dichotomie ‘descriptief-normatief’ laat al zien dat we die gedachte naar het rijk der fabelen kunnen helpen. Extra wordt dit nog eens ingescherpt door het feit dat het hier om een grofmazig onderscheid gaat. In de literatuur zijn nog velerlei nuances te onderscheiden en ook *binnen* de

rechtsbelangscholen zijn tussen de uiteenlopende auteurs verschillen waarneembaar.

De veelvormigheid van het rechtsbelangenconcept die we hierboven gewaar zijn geworden, bevestigt dat het rechtsbelang in de Nederlandse strafrechtswetenschap nauwelijks is geproblematiseerd. We begonnen dit hoofdstuk al met vast te stellen dat in de hand- en leerboeken eigenlijk telkens in eenvoudige termen over het rechtsbelang wordt gerept, zonder dat dit begrip verder wordt uitgediept of geproblematiseerd. Dit hoofdstuk heeft laten zien dat daarmee geen recht wordt gedaan aan de uiteenlopende dimensies die het begrip heeft en de mogelijkheden die het op het terrein van de strafrechtswetenschap zowel in meer analytische als waarderende zin biedt. Wat dat betreft ligt hier nog braakliggend terrein, dat nadere ontginning behoeft.

Het rechtsbelangenconcept wordt in dit boek ingezet om een antwoord te krijgen op de onderzoeksvraag waarmee we in hoofdstuk 1 bekend zijn geraakt en die is toegespitst op de strekking van de strafbaarstelling van mensenhandel in Nederland. Inmiddels zijn we op een punt aanbeland waarop we met meer overtuiging antwoord kunnen geven op de vraag op welke wijze dit rechtsbelangenconcept ons daarbij in het vervolg van dit boek behulpzaam gaat zijn. Dit concept komt in elk hoofdstuk van dit boek wel terug, maar de vorm waarin, verschilt. In hoofdstuk 3 staat, zoals in de inleiding al is aangekondigd, de behandeling van de wetshistorie van de strafbaarstelling van mensenhandel centraal. Het lijkt geïndiceerd hier vooral een beroep te doen op de descriptieve, methodologische variant van het rechtsbelangenconcept. Het concept wordt dan gebruikt als wijze waarop, of methodiek waarmee, aandacht kan worden gevestigd op de rechtsbelangen die de wetgever in verschillende tijdvakken met het strafbaar stellen van mensenhandel heeft willen beschermen. Daarmee ontstaat bij uitstek een beeld van de doelstellingen die de wetgever daarmee door de jaren heen heeft voorgestaan, waardoor bovendien kan worden blootgelegd of daarin verschillen en ontwikkelingen zichtbaar zijn.

In de hoofdstukken 4 en 5 wordt uitgebreid studie gemaakt van de strafbaarstelling van mensenhandel zoals die thans in artikel 273f Wetboek van Strafrecht staat en door de rechter wordt toegepast. Hoe speelt het rechtsbelangenconcept in deze hoofdstukken een rol? In hoofdstuk 4 staat vooreerst de systematiek centraal waarbinnen artikel 273f Sr is opgenomen. Omdat het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid leidend is geweest bij de plaatsing van het mensenhandeldelict in de systematiek van het Wetboek van Strafrecht zal daaraan natuurlijk aandacht worden besteed. Interessanter wordt het evenwel in hoofdstuk 5, waarin we de verschillende gedragingen die in het eerste lid van artikel 273f Sr als mensenhandel zijn gecriminaliseerd apart zullen analyseren. We zullen dan, zoals zal blijken, nog veel hebben aan de dogmatische typeringen die hierboven de revue passeerden. Door nauwgezet de aard van de gedragingen te bestuderen, zal transparant worden gemaakt welke precies de reikwijdte van de gedragingen is en hoe deze zich tot het

rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid verhouden. Daarnaast komt het rechtsbelangenconcept ook op andere wijze terug in hoofdstuk 5. Naast de dogmatische ontleding van de als mensenhandel strafbaar gestelde gedragingen wordt daarin immers ook werk gemaakt van de analyse van de rechtspraak, speciaal die van de Hoge Raad. Bij die analyse wordt in het bijzonder de nadruk gelegd op de vraag of, en zo ja, hoe de Hoge Raad het met artikel 273f Sr beschermde rechtsbelang een rol heeft laten spelen bij de nadere interpretatie van de in het eerste lid neergelegde gedragingen. En ook als in de jurisprudentie andere rechtsbelangen worden geïdentificeerd, is hoofdstuk 5 bij uitstek de plaats om daarbij stil te staan.

In hoofdstuk 5 is het rechtsbelangenconcept niet alleen een methode om een bepaald aspect van de ontwikkeling van de strafbaarstelling uit te lichten, maar zal dat ook dienen om die strafbaarstelling op kritische wijze te kunnen analyseren. Als gezegd zal daarbij vooral de relatie tussen gedraging en rechtsbelang worden uitgelicht en wordt bekeken of, en in hoeverre, de Hoge Raad dit rechtsbelang bij zijn vergaande, rechtsvindende werk van de afgelopen jaren een rol heeft laten spelen.

In hoofdstuk 6 wordt vervolgens de relatie tussen de als mensenhandel strafbaar gestelde gedragingen en het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid bekeken. De resultaten uit de hoofdstukken 3, 4 en 5 worden zoveel als mogelijk in samenhang bekeken. Vervolgens zal de verhouding tussen de gedragingen uit artikel 273f, eerste lid, Sr en het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid vanuit het rechtsbelangenperspectief kritisch worden gezien. Hier zal vooral het vereiste van de logische samenhang, de relatie, tussen gedraging en rechtsbelang, die hierboven in paragraaf 2.2 centraal heeft gestaan, een kardinale rol vervullen. Onderzocht wordt of over de gedragingen die in artikel 273f, eerste lid, Sr zijn strafbaar gesteld kan worden gezegd of zij daadwerkelijk het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid beschermen. Draagt de strafbaarstelling van de gedraging in het eerste lid, sub 3, bij aan de bescherming van de persoonlijke vrijheid en zo ja, hoe? Indien tussen gedraging en het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid geen sprake is van een betekenisvolle relatie, is er sprake van andere rechtsbelangen die met de strafbaarstelling in kwestie worden beschermd? En welke invloed heeft de Hoge Raad op deze relatie uitgeoefend? Hoofdstuk 6 zal op deze vragen pogen een antwoord te geven. Daarbij moet reeds op deze plek worden opgemerkt dat de soort van toetsing die hier plaatsheeft noodzakelijk lijdt aan een zekere vaagheid, of niet-concreetheid. Doorgaans zal de vraag of tussen een gedraging en rechtsbelang een betekenisvolle verhouding bestaat niet met een eenvoudig 'ja' of 'nee' zijn te beantwoorden, maar is de uitkomst vanwege de uiteenlopende wijzen waarop gedragingen kunnen worden geformuleerd en ingedeeld veeleer een kwestie van 'meer' of 'minder'. Op dit punt zal bij het uitvoeren van de 'relatietoets' in hoofdstuk 6 nog worden teruggekomen.

Nadat in hoofdstuk 6 deze vragen per subgedraging aan de orde komen, wordt afgesloten met de beantwoording van de onderzoeksvraag die in dit

boek centraal staat. Primair via het rechtsbelangenconcept, en de aanspraken die daarin liggen besloten, zal dus worden getracht de strekking van de strafbaarstelling van mensenhandel te ontsluiten. In het afsluitende hoofdstuk 7 zal vervolgens nog worden gezien hoe de bevindingen uit dit onderzoek zich verhouden tot de functies die in het rechtsbelangenconcept besloten liggen. Kan in het geval van de strafbaarstelling de belangrijke, legitimerende functie van het concept nog worden waargemaakt? En als blijkt dat het antwoord op deze vraag ontkennend luidt, wat betekent dit dan voor het gebruik van het rechtsbelang bij de ordening van de wet door de wetgever – de ordenende functie – en de interpretatie daarvan door de rechter (de interpretatieve functie)?

Dit boek zal in het vervolg laten zien dat de verschillende aspecten van het rechtsbelangenconcept kunnen worden benut om een tamelijk extensieve analyse van nieuwe en, in ons geval, bestaande strafbaarstellingen mogelijk te maken.

3 | De strafbaarstelling van mensenhandel in historisch perspectief

In dit hoofdstuk staat de historische analyse van de strafbaarstelling van mensenhandel centraal. Kenmerkend voor de strafbaarstelling van mensenhandel is de gevarieerde totstandkomingsgeschiedenis daarvan, waaraan hiervoor in beknopte zin al aandacht werd besteed. Het wetsartikel bestaat uit gedragingen waarvan het bestaan al zeer lang teruggaat, maar kent ook gedragingen die eerst in 2005 het licht zagen. Voorts zijn er bepalingen die een voornamelijk nationale geschiedenis kennen, terwijl andere gedragingen welhaast een letterlijke vertaling vormen van definities die van een bovennationale wetgever afkomstig zijn.¹ Om de strekking van de strafbaarstelling van mensenhandel te achterhalen, is meer dan oppervlakkige kennis over de geschiedenis van het artikel onontbeerlijk. De studie van de wetshistorie heeft in het vervolg dan ook een omvattend karakter. Paragraaf 3.1 voorziet in een nadere toelichting op de keuzes die bij het uitvoeren van deze studie zijn gemaakt.

3.1 METHODOLOGIE EN PLAN VAN AANPAK

Bij het ondernemen van deze exercitie moeten we ons meteen bewust zijn van de beperkingen die daarbij worden opgeworpen. In de eerste plaats moge het duidelijk zijn dat geen complete reconstructie mogelijk is van de geschiedenis die aan de strafbaarstelling ten grondslag ligt. Het is onoverkomelijk dat we in dit hoofdstuk keuzes maken die ervoor zorgen dat die historie wordt teruggebracht tot de hoofdgebeurtenissen die daarin zijn te identificeren. Daarbij geldt dat het terugbrengen van maatschappelijke ontwikkelingen tot concrete gebeurtenissen, activiteiten, publicaties of, bijvoorbeeld, wetsvoorstellen dikwijls cosmetisch overkomt en vaak ook sprake is van simplificatie. Indien in retrospectief op dergelijke ontwikkelingen wordt teruggekeken geldt tezelfdertijd dat het maken van zekere grove indelingen onontbeerlijk is voor het bereiken van een zekere ordening. Temeer geldt dit wanneer de periode die centraal staat ruim 150 jaar beslaat, waarvan sprake is in het geval van het thema van de mensenhandel.

Dat laat onverlet dat een bespreking van de historie, zoals al gezegd, zonder nadere ordening en indeling onmogelijk is, of in elk geval gedoemd

1 Alink & Wiarda 2010. Zie ook Esser & Dettmeijer-Vermeulen, *Anti Trafficking Review* 2016.

om uit te lopen op een aparte studie die de perken van dit boek ver te buiten gaat. In dit hoofdstuk wordt om die reden vooreerst een chronologische ordening geïntroduceerd: de geschiedenis van de strafbaarstelling van mensenhandel wordt besproken aan de hand van drie, onderscheiden perioden. Daarbinnen worden de belangrijkste gebeurtenissen, initiatieven en activiteiten belicht die voor de ontwikkeling van het 'construct' mensenhandel door de jaren heen van belang waren. Er past een kanttekening bij de keuze voor het noemen van jaartallen bij het scheiden van deze perioden. Hun belang dient de ordening, maar is van relatieve betekenis. De tijdvakken moeten vooral niet worden beschouwd als ware het periodes die steeds probleemloos van elkaar zijn te scheiden of naadloos op elkaar aansluiten en in elkaar overlopen. Hier gelden de bezwaren die historici wel verbinden aan het leerstuk van de 'periodisering': periodiseren is noodzakelijk om structuur in de besproken geschiedenis aan te brengen, en daarop grip te krijgen, maar kan somtijds willekeurig en reductionistisch overkomen.² De lezer dient zich daarvan steeds bewust te zijn.

Ter nadere ordening is ervoor gekozen de analyse van de historie van de strafbaarstelling te structureren aan de hand van thema's. Die keuze maakt dat we de bespreking die hier centraal staat, kunnen toespitsen op de ontwikkeling van het construct mensenhandel en de reactie daarop van de kant van de strafwetgever door de jaren heen. Bij de behandeling van elk van deze perioden staan steeds drie vragen centraal:

- i. Op welke manier wordt het onderliggende maatschappelijke probleem (mensenhandel) gepercipieerd en in welke termen wordt het debat daarover gevoerd?
- ii. Op welke wijze wordt daarop door de strafwetgever gereageerd (strafrechtelijke respons)?
- iii. Welke rechtsbelangen zijn door de strafwetgever door de jaren heen uitgelicht bij het strafbaar stellen van mensenhandel of aanverwante strafbare feiten?

Deze drie vragen kunnen worden toegepast op elk van de drie perioden die we hierboven hebben onderscheiden. De *eerste periode* betreft die van 1850 tot en met 1911. Tot 1912 is vrouwenhandel in Nederland niet als zodanig strafbaar gesteld.³ In de periode van 1850 tot 1911 is wel sprake van een steeds

2 Daaroever uitgebreid Ebels-Hoving, *Groniek* 1989. Of, zoals Melai het heeft verwoord, 'Als geschiedschrijving voorshands – om het wat drastisch te zeggen – moet worden gezien als de (re)organisatie van een beeld van het verleden, dan liggen interpretatieve complicaties voor de hand'. Melai, *DD* 1986, p. 641.

3 De term 'mensenhandel' is in deze tijd overigens niet of nauwelijks in omloop. Veeleer placht men te spreken over de 'handel in blanke slavinnen', afgeleid van de Franse aanduiding 'la traite des blanches' of het Engelse 'white slave traffic'. Vgl. voor het gebruik van de term onder meer de dissertatie van de Nederlandse jurist Walter Collard, wiens werk

verdergaande 'politisering' van het thema mensenhandel en de roep om strafrechtelijke 'actie' neemt in die jaren toe. Hoewel pas in 1911 de eerste strafbaarstelling van mensenhandel in Nederland het licht ziet, is de periode die aan dat jaar voorafging vooral interessant als die wordt beschouwd als de 'opmaatperiode' naar de inwerkingtreding ervan. Voor een goed begrip van de strekking van deze strafbaarstelling, en de maatschappelijke bewegingen die daaraan ten grondslag lagen, is het noodzakelijk te bestuderen welke periode daaraan voorafging.⁴ We zijn bij de bespreking van dit deel voornamelijk afhankelijk van niet-juridische bronnen. Het betreft dan vooral geschiedkundige en sociologische literatuur.

De *tweede periode* die we in het navolgende bespreken, loopt van 1912 tot 2000. In dit tijdvak worden de eerste ervaringen opgedaan met de opsporing, vervolging en berechting van mensenhandel in Nederland. Na 1912 zijn het vooral internationale ontwikkelingen die in het oog springen; mensenhandel, van oudsher reeds een in sterke mate geïnternationaliseerd thema, wordt het onderwerp van meerdere internationale verdragen die invloed hebben uitgeoefend op de wijze waarop het mensenhandeldelict in Nederland werd uitgelegd en gehanteerd. Overigens bleef het gebruik van de strafbaarstelling van mensenhandel beperkt; tot laat in de jaren negentig was op het gebied van de mensenhandel slechts schaarse jurisprudentie beschikbaar.⁵ Haveman heeft de periode tussen 1912 en 1982 veelzeggend 'windstil' genoemd.⁶

Vanaf 1982 zet de wind echter aan en worden door opeenvolgende ministers voorstellen gedaan om de wetgeving over mensenhandel en daaraan gerelateerde thema's in lijn te brengen met uit de seksuele revolutie ontleende inzichten, waarbij niet het beschermen van de zedelijkheid, maar het zelfbeschikkingsrecht van het betrokken individu voorop stond. De wetgeving gaat met die vaart der volkeren mee en uiteindelijk mondt dat uit in een wetsartikel dat in grote delen nog reflecteert in het huidige artikel 273f Sr. Dit hoofdstuk voorziet dan ook, in paragraaf 3.3, in een uitgebreide bespreking van deze periode.

In de *derde periode*, die loopt van 1995 tot 2005 en dus enigszins overlapt met de tweede periode, neemt de aandacht voor mensenhandel op internationaal niveau opnieuw toe. In 2000 komt op het niveau van de VN een nieuw

in het navolgende nog zal worden besproken: de titel van zijn proefschrift, verschenen in 1900, is: 'De 'handel in blanke slavinnen''.

4 Net zoals een historische analyse van een bepaald tijdsgewricht (bijvoorbeeld 'de jaren zestig') niet mogelijk is zonder dat tijdsgewricht in een bredere context te plaatsen. Illustratief in dit verband zijn bijvoorbeeld de studies die Kennedy 1995 en Righart 1995 hebben gemaakt van de jaren zestig van de twintigste eeuw in Nederland. Beide auteurs besteden veel aandacht aan de jaren vijftig, om de veranderingen in de jaren zestig in perspectief te kunnen plaatsen. Zie daarover Blom, *Bijdragen en mededelingen betreffende de geschiedenis der Nederlanden* 1997, p. 517-528.

5 *Kamerstukken II* 1988/89, 21027, 3, p. 3.

6 Haveman 1998, Hoofdstuk IV.

verdrag en bijbehorend protocol (hierna: Palermo Protocol) tot stand, waarin onder meer wordt voorzien in een nieuwe mensenhandeldefinitie.⁷ Dat leidt in 2005 tot de inwerkingtreding van artikel 273a (oud) Sr, waarin de internationale definitie is overgenomen, maar tevens de nationale bepalingen die reeds bestonden in grote lijnen zijn blijven staan. De behandeling van deze derde periode sluit af met een bespreking van de achtergronden van de onderhandelingen die leidden tot het Palermo Protocol en de manier waarop de Nederlandse strafwetgever de definitie in het Protocol probeerde te incorporeren in zijn eigen wetgeving. Ook zal kort worden stilgestaan bij andere internationaalrechtelijke documenten die sinds het Protocol op het gebied van mensenhandel tot stand zijn gekomen.⁸

De drie vragen die hierboven zijn opgeworpen bieden zowel ruimte om te kijken naar de ontwikkelingen in de strafrechtelijke reactie op het fenomeen mensenhandel door de jaren heen, als naar de bredere, maatschappelijke en politieke ontwikkelingen die daaraan ten grondslag lagen. Het zij hier benadrukt dat het maatschappelijke en politieke kader waarbinnen het fenomeen mensenhandel steeds is gedefinieerd uitsluitend wordt belicht om meer inzicht te krijgen in de activiteiten die de strafwetgever in die periodes heeft ondernomen. De keuze om specifiek te kijken naar de rechtsbelangen die in de verschillende tijdvakken zijn onderscheiden, hangt uiteraard samen met de centrale plek die dat concept in dit boek inneemt. Dat ten aanzien van die rechtsbelangen een zekere verschuiving heeft plaatsgehad blijkt overigens wel uit het feit dat de strafbaarstelling van mensenhandel bijna een eeuw lang in de zedentitel heeft gestaan en eerst in 2005 in de titel terecht is gekomen waarin de misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid zijn opgenomen.⁹

7 Siller merkt terecht op dat soms ten onrechte de indruk wordt gewekt dat dit protocol voor de eerste keer voorzag in een internationale definitie van mensenhandel. Reeds in 1904 werd echter door verschillende landen, waaronder Nederland, te Parijs overeenstemming bereikt over een definitie van mensenhandel. Siller 2017, p. 30.

8 Die studie concentreert zich op de gevolgen die de totstandkoming van deze rechtsdocumenten heeft gehad voor het strafrecht, meer bepaald het materieel strafrecht. Vooral de ontwikkelingen op dit terrein zijn, gelet op de aard van onderhavig onderzoek, relevant.

9 Om precies te zijn vond de strafbaarstelling van mensenhandel van 1912 tot 2005 onderdak in de zedentitel. Eerst in 2005 verplaatste het artikel naar de titel waarin de misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid zijn opgenomen. Bij de overwegingen die aan deze keuze ten grondslag lagen, wordt in paragraaf 3.3 nog stilgestaan. Overigens leefde ook in het begin van de twintigste eeuw al het besef dat mensenhandel een relatie heeft met de persoonlijke vrijheid. Minister van Justitie Loeff, die in 1904 een (uiteindelijk gesneefde) poging deed mensenhandel in het Wetboek van Strafrecht op te nemen, vond dat het artikel in de vrijheidstitel 'thuis behoort', maar zwijgt verder over het waarom. *Kamerstukken II* 1904/05, 80, 3, p. 32. Minister Regout van Justitie plaatste de strafbaarstelling uit 1912 uiteindelijk in de zedentitel omdat volgens hem de handelingen van placeurs, i.e. de mensenhandelaars, dikwijls niet het karakter van een vrijheidsdelict zouden dragen: 'Immers het is duidelijk, dat door de handelingen der „placeurs“, de fournisseurs der bordeelen, steeds ten krachdigste de openbare zedeloosheid zal worden in de hand gewerkt'. *Kamerstukken II* 1911/12, 28, 5-6, p. 5.

Nog een opmerking over het gebruik van terminologie in deze paragraaf. In het navolgende wordt de historie van de strafbaarstelling van *mensenhandel* besproken. Niet altijd is het daarmee aangeduide fenomeen, i.e. de feiten die tegenwoordig het misdrijf 'mensenhandel' opleveren, als zodanig gekwalificeerd, zoals in hoofdstuk 1 al werd opgemerkt. Door de jaren heen zijn uiteenlopende termen in omloop geweest, zoals de eerder al genoemde 'handel in blanke slavinnen', 'meisjeshandel', 'vrouwenhandel' en, uiteindelijk, 'mensenhandel'. Wat onder deze termen wordt verstaan is daarnaast uiteraard aan verandering onderhevig geweest: feiten die in 1912 het delict vrouwenhandel zouden opleveren, blijven heden ten dage onbestraft als mensenhandel. In dit hoofdstuk is ervoor gekozen de bespreking van de historie van de strafbaarstelling van mensenhandel aan te laten hangen met de maatschappelijke onrust die ontstaat over de zogenoemde 'handel in blanke slavinnen', in de tweede helft van de negentiende eeuw. Dit fenomeen kent de meeste gelijkenissen met gedragingen die heden ten dage als mensenhandel zouden worden geëtiketteerd. Het betreft hier overigens geen originele keuze; meerdere auteurs die zich hebben gebogen over de geschiedenis van het mensenhandeldelict laten die historie beginnen bij de geboorte van het 'construct' van de witte slavin.¹⁰ Dat kan met andere woorden ook wel worden getypeerd als het 'oerconcept' van de mensenhandel. De term die in deze paragraaf wordt gebruikt om 'mensenhandel' aan te duiden, wordt zoveel mogelijk in lijn gebracht met de terminologie die in de besproken periode gangbaar was. Voor de leesbaarheid wordt evenwel soms ervoor gekozen terug te grijpen op de hedendaagse term 'mensenhandel'.

3.2 OPMAAT NAAR EN TOTSTANDKOMING VAN EEN STRAFBAARSTELLING (1850-1911)

Eerst in 1912 is mensenhandel, toen als vrouwenhandel, strafbaar gesteld in Nederland.¹¹ In zijn dissertatie uit 1900, over de 'handel in blanke slavinnen', schreef de Nederlandse strafrechtsjurist Wolter Collard dat '[...] vele wetgevers

10 Zie onder meer Irwin, *Ex Post Facto* 1996. Irwin heeft onderzoek gedaan naar de ontstaansgeschiedenis van de 'metafoor van de witte slavin'.

11 Zoals in het navolgende nog te zien zal zijn, was de strafbaarstelling van vrouwenhandel onderdeel van de befaamde Wet tot bestrijding van zedeloosheid, die in 1911 werd aangenomen door de Tweede Kamer en voor het grootste deel in 1912 in werking trad. Zie daarover o.a. Koenders 1996, p. 150 e.v. en De Vries 1997, p. 260 e.v. Koenders bespreekt de zedelijkheidswetgeving in het bredere kader van de bestrijding van de zedeloosheid in het Nederland van de negentiende en twintigste eeuw en concentreert zich in het bijzonder op de repressie van homoseksualiteit. De Vries' dissertatie ziet op de reglementering en bestrijding van prostitutie in Nederland tussen 1850 en 1911. De zedelijkheidswet van 1911 betekende een kentering met de destijds heersende libertaire opvattingen omtrent doelen en functies van het strafrecht. Vgl. Kelk & De Jong 2016, p. 7-8.

zich van haar bestaan nog onbewust waren'.¹² Ook in Nederland had de strafwetgever van 1881, die voor de eerste maal voorzag in een nationaal strafwetboek, bij de eventuele strafbaarstelling ervan nog niet stilgestaan.¹³ Ondanks het ontbreken van een strafbaarstelling in de periode van 1850 tot 1911 is het onzinnig om die periode voor ons onderzoek als irrelevant af te doen. Strafbaarstelling is het strafbaar maken van menselijk gedrag dat binnen een samenleving als onwenselijk wordt beschouwd en waarvoor bestraffing noodzakelijk wordt geacht. De daartoe strekkende wens komt nooit uit het niets. Veeleer gaat het om, soms meer, soms minder incrementele processen waarin sprake is van een continue uitwisseling, en zelfs strijd, van argumenten, niet alleen over de vraag *of* strafbaarstelling ter zake geëigend is en zo ja, in welke vorm, ook over het vaststellen van de feiten die al dan niet tot strafbaarstelling zouden moeten leiden. Het nogal statische beeld van strafbaarstelling als een formeel vastleggen, door de strafwetgever, van gedrag als strafbaar, moet vooral worden gezien in een veel dynamischer context waarbinnen strafbaarstelling door de bank genomen tot stand komt: strafbaarstelling als product van een maatschappelijk en politiek proces waarin over het gewenste (of ongewenste) strafbare karakter van een specifieke gedraging wordt gededebateerd.¹⁴ Zo gezien impliceert een proces van strafbaarstelling steeds een probleemdefinitie: er wordt een probleem gesignaleerd en het strafrecht wordt kennelijk een rol toebedeeld bij het tegengaan daarvan.¹⁵ Het is in deze zin dat de periode 1850-1911 voor ons relevant is. Het gaat hier om de periode die voorafging aan de eerste strafbaarstelling van mensenhandel in Nederland en die daarnaar aldus de opmaat vormde. Welke belangrijke gebeurtenissen zijn in die jaren te onderkennen en wanneer en door wie komt mensenhandel voor het eerst in het vizier van de strafwetgever?

3.2.1 De reglementering van prostitutie en het verzet daartegen

Plaatsen we de aanvang van de maatschappelijke verontwaardiging over vrouwenhandel in de tijd, dan komt het jaar 1885 een bijzondere plek toe. Dat jaar wordt over het algemeen beschouwd als het jaar waarin brede, maatschappelijke onrust over de zogenoemde 'white slave traffic', of blanke slavinnenhan-

12 Collard 1900, p. 69.

13 Het wetboek zou, hoewel dat in 1881 reeds was goedgekeurd, pas in 1886 in werking treden. De parlementaire stukken ten aanzien van het Wetboek van Strafrecht van 1886 zijn opgenomen in *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht* van H.J. Smidt. Daarnaast wordt in dit hoofdstuk meermalen verwezen.

14 Hier past het evocatieve beeld dat Witteveen opwerpt van de wet als 'een maatschappelijke betekenisconstructie die als een bijzonder soort kunstwerk kan worden begrepen'. Witteveen 2014, p. 12.

15 Zo ook Haveman 1998, p. 50 e.v.

del, ontstond na een invloedrijke publicatie van de Britse journalist Stead.¹⁶ Daarvoor was het al zijn landgenoot Dyer geweest die in 1880 in een uitgebreid en polemisches getoonzet epistel verslag had gedaan over zijn ervaringen met de 'European Slave Trade'.¹⁷ De invloed van beide publicaties, vooral die van Stead, laten zich niet alleen in Engeland gevoelen, ook de verontwaardiging op het continent groeit in die tijd snel. Om de ontwikkeling van dit maatschappelijk debat beter te kunnen begrijpen, en de verschillende voorgestelde oplossingsrichtingen te doorgronden, is het zaak iets verder terug te gaan in de tijd en het zoeklicht te plaatsen op een belangrijk maatschappelijk vraagstuk dat in de loop van de negentiende eeuw steeds vaker onderwerp van debat wordt: de plaats van prostitutie in de moderne, Europese samenlevingen.

Sinds de Napoleontische tijd was men in Nederland, net als in veel andere delen van Europa, gewoon geraakt met de idee dat prostitutie tot op zekere hoogte moest worden gedoogd en gereguleerd.¹⁸ Napoleon zag in dat zulks noodzakelijk was om de verspreiding van venerische ziekten in zijn legers te voorkomen. Het beroep van prostituee werd daarmee zeker niet omarmd. Veeleer werd de prostitutie beschouwd als een 'noodzakelijk kwaad', een kwaad dat gecontroleerd (en het liefst geconcentreerd) moest worden om erger te voorkomen.¹⁹ In Nederland werd het Franse systeem overgenomen en het werd in de loop van de negentiende eeuw steeds meer gemeengoed.²⁰

Het stelsel van reglementering bestond ideaaltypisch gezien uit twee met elkaar samenhangende typen van controle: politieke en medische.²¹ De politieke controle zag onder meer op een verplichte registratie bij de politie. De medische controle behelsde primair een plicht voor de prostituee om zich regelmatig op venerische ziekten te laten controleren (gesproken werd ook wel over het 'sanitair toezicht').²² Het behoud van de vergunning om als prostituee te kunnen werken, was afhankelijk van de (blijvende) afwezigheid van seksueel overdraagbare aandoeningen. Het stelsel van reglementering werd decentraal georganiseerd; regels omtrent prostitutie waren voornamelijk terug te vinden

16 Met zijn publicatie in de *Pall Mall Gazette* gaf hij aanleiding tot de zgn. 'Pall Mall-affaire', die de klarenstoot zou geven voor een uitgebreider verzet tegen reglementering en vrouwenhandel. Zie daarover meer in paragraaf 3.2.2.

17 Dyer 1880.

18 Dyer 1880, p. 3; De Savornin Lohman 1881. Zie voor een overzicht van landen en periodes waarin van reglementering sprake was Siller 2017, p. 39.

19 Volgens De Vries placht men in die tijd ook wel te spreken over de 'leer van het noodzakelijk kwaad'. De Vries 1997, p. 27.

20 Hoewel De Vries constateert dat zeker niet alle gemeenten gehoor gaven aan de oproep van Koning Willem I om op gemeentelijk niveau te voorzien in algemene politieoverordeningen op het terrein van de prostitutie. De Vries 1997, p. 24.

21 De Vries 1997, p. 23 e.v.

22 De Vries 1997, p. 25.

in plaatselijke verordeningen van gemeenten.²³ De stand van zaken werd in 1881 door De Savornin Lohman helder uiteengezet in een betoog over de ‘verhouding van de staat tot de prostitutie’:

‘Terwijl de rijkswet de bordeelen niet verbiedt, zijn door tal van gemeentebesturen, ten opzichte van de prostitutie, in hoofdzaak de volgende bepalingen vastgesteld:

Het zich overgeven aan prostitutie wordt bij de vrouw erkend als bedrijf. Wil zij dat bedrijf uitoefenen, zij moet daarvan aangifte doen aan het bureau van politie, hetzij zij inwoont in een bordeel, hetzij niet. Zij wordt dan ingeschreven in een register. Geregeld moet zij zich op plaats en tijd, door het gemeentebestuur te bepalen, aan een geneeskundig onderzoek onderwerpen. Verschijnt zij daar niet, dan is zij strafbaar. Wordt zij lijdende bevonden aan eene besmettelijke ziekte, zij wordt opgenomen in een ziekenhuis. Wordt zij gezond bevonden, zij ontvangt een boekje, waarin van die omstandigheid wordt melding gemaakt en dat zij steeds bij zich moet dragen om het te vertoonen aan ieder man, die er naar vraagt. Bordeelen worden toegelaten in achterbuurten, slechts op plaatsen, daarvoor door het gemeentebestuur niet ongeschikt geacht. De bordeelen moeten steeds in zindelijk toestand onderhouden worden en staan, evenals de publieke vrouwen, onder het toezigt der politie.’²⁴

Hoewel het stelsel van reglementering nooit een rustig bezit is geweest,²⁵ komt het in de loop van de negentiende eeuw – vooral vanaf 1850 – tot steeds fellere debatten over de (morele) houdbaarheid daarvan (ook De Savornin Lohman keerde zich ertegen). Het verzet tegen reglementering wordt ook wel samengevat met de term ‘abolitionisme’. Als een eenheid kan deze stroming niet worden gedacht. Ofschoon abolitionisten dezelfde doelstelling nastreefden – het afschaffen van het stelsel van prostitutiereglementering –, verschilde de ideologische onderstroom die voor de oppositie de basis vormde: abolitionisme kwam in verschillende smaken en wist zowel meer ideologische – christelijke, socialistische, liberale – stromingen aan zich te binden als meer neutrale, voor zover daar in dit moreel geladen debat overigens sprake van kon zijn. Met die neutrale partijen kunnen dan de juridische en medische oppositie worden aangeduid. De medische had de pijlen gericht op de geneeskundige (in)effectiviteit van het overheidstoezicht. Juridische zorgen waren er vooral over de

23 Ook dit was een erfenis uit de tijd van de Franse overheersing; de Fransen hadden in hun plaatselijke verordeningen volgens De Savornin Lohman ‘tot in bijzonderheden bepalingen voor bordeelen en publieke vrouwen gemaakt [...]’. De Savornin Lohman 1881, p. 6. Overigens bevreemdt het hem ‘dat zoo een gewigtige zaak als deze, waarbij geen plaatselijk belang maar het geheele land betrokken is, een zaak van ver strekkende gevolgen en die in de persoonlijke vrijheid ingrijpt, is overgelaten aan de plaatselijke besturen en uit handen blijft van den rijkswetgever, die anders voor te groote staatsbemoeiing niet ligt terugdeinst’. De Savornin Lohman 1881, p. 6-7.

24 De Savornin Lohman 1881, p. 5-6.

25 Dat blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat sommige gemeenten weigerden een dergelijk systeem te hanteren. Zie daarover De Vries 1997, p. 24.

inbreuk die op de integriteit en persoonlijke vrijheid van de prostituee werd gemaakt door haar via het sanitair toezicht aan een vergaande vorm van medische controle te onderwerpen. Zo had De Savornin Lohman, wiens bezwaren ook zeker een christelijke (gereformeerde) basis hadden, een grote afkeer van de willekeurige wijze waarop politiecommissarissen volgens hem 'op een bloot vermoeden' konden uitmaken wie 'publieke vrouw' was, en zich dus moest onderwerpen aan een geneeskundige inspectie. Die inspectie kwalificeert De Savornin Lohman als een 'aanranding der persoonlijke vrijheid'.²⁶

De oorsprong van de abolitionistische gedachte ligt bij groeperingen met antirevolutionaire signatuur. Het strekt, gelet op het bestek van dit onderzoek, te ver om nader in te gaan op de verscheidene verenigingen en stichtingen die zich tegen de reglementering organiseerden en de personen die daarin een rol hadden.²⁷ Concentreren we ons op het antirevolutionaire verzet, dan is het vooral de morele onhoudbaarheid van het stelsel die een rol speelt: prostitutie werd als zondig beschouwd en het werd voor onbestaanbaar gehouden dat de overheid zulks tolereerde en, via reglementering, zelfs faciliteerde. De Vries heeft in haar studie naar de reglementering en bestrijding van prostitutie in Nederland laten zien hoezeer de christelijke filantropie inzette op het redden van 'gevalen vrouwen'. Zij signaleert twee concurrerende perspectieven op prostituees: de idee van de vrouw als slachtoffer van sociaaleconomische omstandigheden²⁸ ging gepaard met de idee van de vrouw als zondares, als 'gevalen' en 'moreel besmet'.²⁹ Volgens De Vries was binnen antirevolutionaire kring sprake van een zekere ambivalentie in het denken over het lot van de prostituee: was zij nu slachtoffer of, als 'gevalen vrouw', moreel besmet? En waar zou dan het zwaartepunt moeten liggen in het denken over deze vrouw en de hulp die haar vervolgens geboden zou moeten worden? Zonder af te doen aan het 'reddingswerk' uit christelijke hoek stelt De Vries dat vooral op de morele besmetting het accent lag, en het gevaar dat daarvan uitging richting 'gezonde', nog niet gevallen vrouwen:

26 De Savornin Lohman 1881, p. 7.

27 Daarvoor zij verwezen naar de eerder aangehaalde studies van Koenders en De Vries. Koenders 1996; De Vries 1997.

28 Als zodanig wist de beweging tegen reglementering ook socialisten op de been te brengen. Het verzet tegen de reglementering kan dan ook zeker niet worden begrepen als een overwegend confessionele zorg. Het debat over de reglementering volgt daarmee de bredere, maatschappelijke zorgen die in de loop van de negentiende eeuw over de zedelijkheid waren ontstaan. Kool 1999, p. 76-77 merkt daarover op dat eind negentiende eeuw sprake was van een 'zedelijkheidsoffensief' in de zin van '[...] een meeromvattend maatschappelijk en politiek streven naar beheersing van maatschappelijke spanningen, die zijn terug te voeren op sociaal-economische oorzaken'.

29 De Vries 1997, p. 34, p. 66 e.v.

‘In de praktijk vloeide het beeld van de gevallen vrouw als slachtoffer van omstandigheden, seksuele agressie of uitbuiting, samen met het meer negatieve beeld van morele besmetting en morele val. Het accent lag echter meestal op het laatste’.³⁰

Vanuit wetgevingsperspectief betekende dit volgens De Vries dat bij tal van zedenwetten niet zozeer de bescherming van de vrouwen voorop stond: ‘[...] uiteindelijk [ging het] in de wet niet [...] om misdrijven ‘tegen vrouwen’, maar tegen ‘de zeden’, een vaag begrip dat voor velerlei uitleg vatbaar was’.³¹

Reglementaristen was het primair om de volksgezondheid te doen. Met een stelsel van sanitair toezicht zou de verspreiding van seksueel overdraagbare aandoeningen kunnen worden voorkomen. Maar ook binnen aanhangers van dit stelsel leefde een sterk zedelijk besef. Dat zien we bijvoorbeeld terug in De Vries’ analyse van de manier waarop reglementaristen de vergaande, sanitaire maatregelen trachtten te rechtvaardigen. Volgens de auteur leefde bij deze stroming sterk de paternalistische overtuiging dat de vaderrol voor prostituees, bij ontstentenis van een echtgenoot of vader, over zou moeten worden genomen door de staat. Staat en ‘gevallen vrouw’ stonden met andere woorden in een verticale relatie tot elkaar. Dit ‘openbare vaderschap’,³² dat inderdaad zichtbaar is in de bevoogdend getoonzette literatuur,³³ en overigens ook vindbaar in de behandeling van wetgeving uit die tijd,³⁴ zou volgens De Vries de rechtvaardiging vormen voor de vergaande vormen van staatsingrijpen waarmee prostituees te maken kregen. Juist door prostitutie als een vraagstuk van openbare zeden en openbare orde te beschouwen, kon een repressief overheidsoptreden – ook in een tijd waarin vooral nog sprake was van een klassiek-liberale staatsopvatting³⁵ – gelegitimeerd worden.

30 De Vries 1997, p. 70-71.

31 De Vries 1997, p. 34.

32 De Vries 1997, p. 42. Deze idee van ‘openbaar vaderschap’ zien we ook duidelijk terug in wat door De Rooy wel het ‘burgerlijk beschavingsoffensief’ is genoemd. In reactie op de majeure maatschappelijke ontwikkelingen in de achttiende en negentiende eeuw, zoals de industrialisatie en de verpaupering van de bevolking, groeide volgens Koenders ‘in Nederlandse liberale kringen de behoefte aan deugdzame burgers, die de basiskennis van het rekenen, lezen en schrijven beheersten’. Men beschouwde Nederland in deze beweging volgens Koenders als één gezin ‘en zag de armen als volwassen kinderen. De gegoede burgers werd de rol van ouders aangemeten, die de plicht hadden de armen op te voeden’. Ofwel: *noblesse oblige*. Koenders 1996, p. 48.

33 Zie bijvoorbeeld het eerder aangehaalde opstel van De Savornin Lohman of het nog te bespreken werk van Dyer, uit 1880, over de ‘European Slave Trade’.

34 Vgl. bijvoorbeeld de parlementaire behandeling van de strafbaarstelling van koppelarij in artikel 250 Sr, zoals opgenomen in Smidt II 1891, p. 332-350.

35 Het beeld van een klassieke nachtwakersstaat waarvan rond 1850 sprake zou zijn, wordt door het stelsel van reglementering enigszins gerelativeerd. In de negentiende eeuw zou steeds meer de idee van een interveniërende staat geaccepteerd worden. Mills *On Liberty*, dat aan de orde kwam in paragraaf 2.2, stond juist in het teken van de zorgen over de velerlei manieren waarop de staat in het leven van individuen kon ingrijpen. Ook De Savornin Lohman merkt in zijn reeds genoemde opstel op dat de rijkswetgever doorgaans voor ‘te groote staatsbemoeiing niet ligt terugdeinst’. De Savornin Lohman 1881, p. 7.

3.2.2 Morele paniek over de 'handel in blanke slavinnen'

Aan het maatschappelijk debat over de wenselijkheid van reglementering wordt vanaf het jaar 1880 een nieuwe dimensie toegevoegd. Ongeveer omstreeks dit jaar nemen niet alleen de zorgen over de reglementering toe, maar groeit ook het publieke bewustzijn over het bestaan van een zekere handel om de bordelen heen. Het is de al genoemde Dyer die als een van de eersten verslag doet van zijn ervaringen met deze handel, door hem de 'European Slave Trade' genoemd. In zijn 'narrative of facts' heeft Dyer zijn ervaringen tijdens een verblijf in Brussel opgetekend. Aanleiding vormden de signalen die Dyer eind 1879 had opgepikt over de lotgevallen van een negentienjarig, Engels meisje dat in een bordeel in de Belgische hoofdstad verzeild was geraakt. Een oudere man had haar in Londen het hof gemaakt en beloofd met haar te trouwen als ze naar Brussel zou komen. Op haar reis ontmoet het meisje in Calais een andere manspersoon die haar begeleidt gedurende de treinrit naar Brussel. Daar aangekomen wordt ze rechtstreeks naar een 'house of ill-fame' gebracht 'where the slave trader received his reward and left'.³⁶ Een andere casus die Dyer behandelt betreft ook een Engels meisje, dat in Engeland door een tussenpersoon was benaderd om in Nederland aan de slag te gaan als dienstmeisje in een respectabel gezin. Ook dat bleek een valse belofte, aldus Dyer, want het meisje werd niet naar Nederland maar naar Brussel gebracht en ook zij kwam uiteindelijk in een bordeel terecht.

Het werk van Dyer heeft een sterk pamflettistisch karakter en is illustratief voor de manier waarop de 'white slave traffic' vanaf 1880 een vast onderdeel gaat uitmaken van de abolitionistische campagne. Een tweetal zaken valt op. Om het ware karakter van de handel in meisjes en vrouwen aan te duiden, en kennelijk ook de aandacht op de problematiek te vestigen, wordt door Dyer de metafoor van de slavernij gebruikt. Volgens Dyer is de 'handel in blanke slavinnen' zelfs een ergere vorm van slavernij dan de 'klassieke', transatlantische 'because it is slavery not for labour but for lust'.³⁷ Bovendien, zegt hij, concentreert de witte slavenhandel zich louter op vrouwen, en is het daarmee 'more cowardly' dan de traditionele slavernij. In tweede instantie is opvallend hoezeer het verzet tegen de reglementering en de oppositie tegen de handel in blanke slavinnen samenhangen. De vrouwenhandel kan volgens Dyer, maar deze etiologie zien we ook terug bij andere auteurs,³⁸ gedijen *omdat* een stelsel van reglementering bestaat:

'[...] there is no such measure that the human mind can conceive, that can provide against the corruption which is the inevitable concomitant of the system of legalized

36 Dyer 1880, p. 7.

37 Dyer 1880, p. 6.

38 Zie bijvoorbeeld De Savornin Lohman 1881 of Stead 1885.

debauchery, and which is as inseparably associated with it as the association of cause and effect'.³⁹

Mensenhandel en (het toestaan van) prostitutie lopen bij Dyer in elkaar over. Dit past bij de observatie van meerdere auteurs dat

'[het] onderscheid tussen vrouwenhandel [...] en de prostitutie in het algemeen, [...] niet zo afgebakend [was], temeer daar abolitionisten ertoe neigden om alle prostitutie als gedwongen te zien'.⁴⁰

In het werk van Dyer is het dan ook de prostitutie zelf, en dan vooral het gegeven dat die door de staat wordt gefaciliteerd, waartegen de auteur zich verzet. Zichtbaar is dat het thema van de vrouwenhandel door Dyer in de sleutel van de bestrijding van de reglementering wordt gezet. Hoewel het object van zijn onderzoek de handel betreft, de 'toevoer' van nieuwe aanwas richting de bordelen, zijn Dyers pijlen vooral gericht op het toestaan van prostitutie als zodanig, en de onzedelijke aard van het werk dat in de bordelen wordt verricht. Hoewel Dyer oog heeft voor de verwerpelijke van het misleidende karakter waarmee de 'white slave traffic' gepaard kan gaan, richten zijn zorgen zich toch vooral op de demoraliserende werking van het toestaan van prostitutiewerk op de maatschappij.⁴¹ Het is ook het prostitutiewerk zelf, *het zich prostitueren*, waarop de metafoor van de slavernij van toepassing wordt verklaard, niet zozeer het proces dat daar toe leidt, i.e. de handel. Ofwel: de slavernij heet vooral het werk in de prostitutie zelf te zijn en niet zozeer de manier, of het proces of de methode, waarop een vrouw tot de prostitutie wordt gebracht. Het onderscheid tussen beide – of beter: de gebrekkige articulatie van dit onderscheid – zou later nog een terugkerend thema worden bij het opstellen van strafwetgeving ten aanzien van mensenhandel.

Het pamflet van Dyer blijft niet zonder gevolgen en sorteert alras het door de auteur gewenste effect, namelijk het in beweging krijgen van de strafwetgever. Besloten wordt om een parlementaire 'Select Committee' in het leven te roepen die tot taak heeft de omvang van het probleem te schetsen en met oplossingen te komen, onder meer in de vorm van wetgeving.⁴² Uiteindelijk zijn het de aanbevelingen van dit comité die leiden tot de opstelling van de Criminal Law Amendment Act (CLAA), die in 1885 in werking treedt. Heel voortvarend leek het proces rondom de CLAA in eerste instantie overigens niet te gaan. Vooral in het Lagerhuis stuitte het wetsvoorstel op veel weerstand

39 Dyer 1880, p. 31.

40 De Vries 1997, p. 244. Zie ook Koenders 1996, p. 109.

41 Dyer 1880, p. 4.

42 Attwood, *Women's History Review* 2014, p. 330. De 'Select Committee' had onder meer tot taak de bevindingen van Dyer te verifiëren en in het bijzonder om het fenomeen van de kinderprostitutie te onderzoeken. Mead & Bodkin 1885, p. 11.

vanwege de aanzienlijke uitbreiding van de politiebevoegdheden waarin de wet voorzag. Het zijn uiteindelijk de publicaties van de journalist Stead geweest die het wetgevingsproces in een stroomversnelling hebben gebracht. In 1885 publiceert hij een artikelenreeks onder de veelzeggende kop 'The Maiden Tribute of Modern Babylon' in de Britse avondkrant *Pall Mall Gazette*.⁴³ Daarin doet Stead verslag van de ondergrondse slavinnenhandel waarvan volgens hem in Londen sprake is. Vooral probeert hij aan te tonen dat de Britse hoofdstad het decor is van een levendige handel in meisjes en vrouwen, die niet alleen bestaat uit bordeelhouders, maar ook uit diegenen die hen van nieuwe 'aanwas' voorzien. Stead maakt zich zorgen over de methodes waarop meisjes en vrouwen in het borddeel geraken. Dikwijls gebeurt dat, zo tekent hij op, door misleiding of door gebruik te maken van de armoedige situatie waarin vrouwen of meisjes verkeren. Niet zelden ook zijn het volgens Stead juist de meest kwetsbaren die voor de prostitutie worden geworven: dochters van dronkaards, wezen of kinderen van prostituees. Ook worden meisjes en vrouwen onder het mom van de wens om te trouwen door mannen in de prostitutie tewerkgesteld, een methode die ook Dyer al had opgetekend.

De strekking van Steads artikelenreeks is kort gezegd: rond de bordelen is een fijnmazig wervingssysteem ontstaan dat ervoor zorgt dat bordelen kunnen blijven beschikken over prostituees, of die nu meerder- of minderjarig zijn. Meer nog dan Dyers werk slaat de publicatiereeks van Stead in als een bom. De polemische stijl waarin Stead bovendien het gereserveerde Lagerhuis oproept om de CLAA versneld te behandelen, leidt er uiteindelijk toe dat het voorstel al in augustus, een maand na de 'Pall Mall-affaire', wordt aangenomen. Het resultaat is een wet die qua strengheid zelfs de grootste abolitionisten tevreden heeft moeten stellen. Bordelen worden in het geheel verboden, en dus rekent de CLAA af met het ook in Engeland vigerende stelsel van reglementering. Daarnaast wordt in de CLAA strafbaar gesteld degene die 'procures or attempts to procure any woman or girl to become, either within or without the Queen's dominions, a common prostitute [...]'.⁴⁴ Het gaat hier om de wervingshandeling om een vrouw of meisje tot werk in de prostitutie te verleiden, zonder dat daarbij sprake hoeft te zijn van de afwezigheid van vrije wil of misleiding. Ook de wervingshandeling ten aanzien van de vrouw die vrijwillig in de prostitutie wil werken, is vanaf nu strafbaar.⁴⁵ De aanwezigheid van een misleidingsbestanddeel ontbreekt dus. Enigszins opmerkelijk is dat wel, aangezien zowel Dyer als Stead in hun beschrijvingen van de manier waarop vrouwen worden geworven juist ook de nadruk leggen op de misleidende, of bedrieglijke methoden waarop dat gebeurt. Tegelijk moet natuurlijk niet de abolitionistische context uit het oog worden verloren waarin

43 De serie artikelen is raadpleegbaar via de 'W.T. Stead Resource Site': <https://attackingthe-devil.co.uk/pmg/tribute/> (laatst geraadpleegd: 27 februari 2019).

44 Mead & Bodkin 1885, p. 22.

45 Mead & Bodkin 1885, p. 13.

de CLAA het licht zag. Dat de wet jarenlang niet op belangstelling vanuit het Lagerhuis kon rekenen, maar na de *Pall Mall*-affaire nog binnen een maand wet werd, spreekt wat dit betreft boekdelen. Kennelijk was het de wetgever menens en was de verontwaardiging over het vermeende bestaan van een blanke slavinnenhandel zo groot dat de kring van strafwaardigen zonder al te veel debat kon worden uitgebreid.

De publieke bewustwording over de vrouwenhandel veranderde het discours over de prostitutie, en over dat van de prostituee in het bijzonder. Was zij in meer confessionele stromingen primair zondares, vanuit het perspectief van de blanke slavinnenhandel verschijnt zij ineens ook als slachtoffer ten tonele. 'The white slavery metaphor', aldus Irwin,

'[...] became a staple of anti-regulation rhetoric, developed and refined in the context of England's struggle to define an official response to the problem of prostitution'.⁴⁶

Te onzent spreekt De Vries in soortgelijke termen wanneer zij stelt dat de blanke slavin

'[...] een product was van degenen die de handel bestreden, een interpretatie, of zelfs een compacte theorie, over de aard van gedwongen prostitutie en seksueel geweld tegen vrouwen'.⁴⁷

Onmiskénbaar zien we hier een verschuiving optreden in het denken over de rechtsbelangen die met de (gedwongen) prostitutie samenhangen. Steeds vaker wordt het niet de vrouw verweten dat zij het rechtsbelang van de goede zeden in gevaar brengt. Veeleer wekt de vrouw meelij en is zij hulpbehoevend:

'The white slavery idea helped to recast the image of the prostitute, enabling the public to see her sympathetically as the victim of social and economic forces beyond her control'.⁴⁸

Het waren volgens abolitionisten dan ook vooral die sociale en economische omstandigheden die maakten dat vrouwen in de prostitutie belandden, die hen als het ware 'dwongen' daarvoor te kiezen. Ofwel: met vrouwenhandel stonden niet alleen de goede zeden op het spel, maar juist ook de algehele toestand en de vrijheid van de betrokken vrouwen.

46 Irwin, *Ex Post Facto* 1996. Omdat het een verwijzing naar een website betreft, kan geen paginanummer worden vermeld.

47 De Vries 1997, p. 249.

48 Irwin, *Ex Post Facto* 1996.

In Nederland leidt het debat in Engeland vooral tot een actieve deelname aan de eerste internationale congressen die tegen het eind van de negentiende eeuw zouden worden georganiseerd. Bovendien worden met verscheidene landen bilaterale verdragen gesloten, of 'internationale verklaringen', waarin afspraken werden neergelegd omtrent de repatriëring van vrouwen die in het vreemde land tot ontucht waren bewogen.⁴⁹ Pas in 1900 en 1901 komt het tot de eerste echte beschrijvingen van de vrouwenhandel in Nederland. Naar de dissertatie van Collard uit 1900 gaat in paragraaf 3.2.3.1 de aandacht uit, omdat daarin specifiek de vraag naar de strafbaarstelling van de handel in blanke slavinnen centraal staat. Op deze plek is het vooral nog interessant om het rapport van de politie-inspecteur Balkestein te noemen. Dat werd in 1901 door hem opgesteld in opdracht van het inmiddels opgerichte Nationaal Comité tot bestrijding van den handel in vrouwen en kinderen.⁵⁰ Balkestein had de opdracht gekregen de aard en omvang van de vrouwenhandel in kaart te brengen en kreeg daarvoor een jaar verlof. Hijzelf is bij de aanvang van zijn onderzoek nog niet overtuigd van de nut en noodzaak ervan en leefde in de overtuiging dat er 'ongetwyfeld placeurs, zogenaamde handelaars in vrouwen' zijn, maar dat zij niets anders doen 'dan vrouwen, die dit zelve wenschen aan huizen van ontucht leveren, of van het eene huis naar het andere verplaatsen [cursivering is onderstreping in origineel]'.⁵¹ En: 'Hoezeer de prostitutie zelve te verachten is, een element van dwang of misleiding is in den handel niet dan by uitzondering aanwezig'.⁵² De methode van Balkestein was eerder beproefd door Dyer en Stead: hij gaat zelf op onderzoek uit om met bordeelhouders, betrokken politieambtenaren en prostituees zelf te spreken. Zijn rapport staat bol van de gevalsstudies waarin vrouwen, vaak jonge meisjes, naar Nederland zijn gehaald om in de prostitutie te werken of die in Nederland worden geworven om hier te lande of in het buitenland te werken. De *modus operandi* is daarbij ongeveer dezelfde als die eerder door Dyer en Stead werd beschreven. De verschillende, door Balkestein opgeworpen casus overziend, valt het volgende ideaaltipe op te maken: jonge vrouwen worden in het buitenland, vooral in Frankrijk, onder valse voorwendselen naar Nederland gehaald om hier in de prostitutie te gaan werken. Dikwijls geschiedt dat in de buurt van de 'bureaux de placement', arbeidsbemiddelingsbureaus, waar de zogenoemde 'placeurs' – de daadwerkelijke handelaren – polsen of er (jonge) vrouwen vindbaar zijn die op zoek zijn naar een betrekking in het buitenland. Eenmaal aan de praat werd dan een aanbod gedaan om in Nederland te gaan werken. Vaak wordt

49 Zie voor een bespreking van de uitleveringsafspraken met België, Oostenrijk-Hongarije en Duitsland: Collard 1900, p. 86-109.

50 Oprichting van dit comité was een uitvloeisel van het in 1899 georganiseerde internationale congres over de handel in blanke slavinnen. Het comité, dat leden met een diverse politieke achtergrond kende, hield zich onder meer bezig met het onderzoek naar vrouwenhandel. De Vries 1997, p. 248.

51 Balkestein 1901, p. 2.

52 Balkestein 1901, p. 2.

daarbij een leven voorgespiegeld als dienstmeisje in een welgesteld, Nederlands gezin of bijvoorbeeld als naaister. Vaak ook worden aan de vrouw valse identiteitspapieren verstrekt, menigmaal om haar ware leeftijd te verhullen. De reis wordt door de eerste placeur geregeld of door iemand anders. Eenmaal aangekomen in Nederland wordt de vrouw naar een 'slecht huis' gebracht en kan zij door de reeds ontstane schulden bij de bordeelhouder, onder meer omdat de aan haar verstrekte kleding betaald moet worden, en omdat zij vaak de taal niet machtig is, moeilijk weggkomen. Bovendien maken de valse identiteitspapieren dat zij terughoudend is om naar de politie te stappen.⁵³

Hoewel Balkestein aandacht heeft voor de verwevenheid van de vrouwenhandel met het bestaan van bordelen en bordeelhouders, en zijn eigen opvattingen omtrent het 'kwaad' van de prostitutie niet onder stoelen of banken steekt, springt in het oog hoezeer hij de focus legt op de methode waarop vrouwen werden aangeworven, vaak in een ander land als Nederland. Opvallend in die zin dat auteurs als Dyer en Stead vooral ook de neiging hadden de verwerpelijkheid van de handel te demonstreren aan de hand van de gevolgen van die handel, namelijk het onzedelijke werk dat in de bordelen zou moeten worden verricht. Balkestein nu heeft weliswaar belangstelling voor de plekken waar de vrouwen en meisjes uit zijn gevalsstudies terechtkomen, maar besteedt toch aanzienlijk meer aandacht aan de manier waarop zij in de eerste plaats zijn geworven, hoe zij met andere woorden in het bordeel verzeild zijn geraakt. Hoezeer ook zijn afkeer van prostitutie door vele zinnen doorklinkt, het was hem er kennelijk toch om te doen tot een zo feitelijk mogelijk relaas van bevindingen te komen omtrent de aard en de omvang van vrouwenhandel in Nederland, zonder daarbij steeds de abolitionistische visie aan te halen of op te dringen.⁵⁴ Daardoor is sprake van een zekere verschuiving van de focus, van het eindresultaat van de handel naar het proces van die handel zelf. In de volgende paragraaf zal te zien zijn dat hiervan ook sprake was bij Collard, die in 1900 op het thema van de handel in blanke slavinnen promoveert. En ook op internationaal niveau wordt inmiddels een dergelijke koers gevaren. De methode waarop voor de prostitutie geworven wordt, en de bedrieglijke middelen die daarbij worden aangewend, komen steeds meer centraal te staan en zouden uiteindelijk ertoe leiden dat ook reglementaristen zich aangetrokken voelden tot de oppositie tegen de vrouwenhandel.⁵⁵

53 De gevalsbeschrijvingen zijn vindbaar in de hoofdstukken 1 tot en met 5.

54 De Vries noemt Balkesteins rapport een 'uniek historisch document': 'Het onderzoek had een sterk empirisch karakter waarin duidelijk de hand van de politiemann, gewend aan objectieve beschrijving van 'gevallen', te herkennen is [...]'. De Vries 1997, p. 252.

55 De Vries 1997, hfdst. 6.

3.2.3 Aanzetten tot strafbaarstelling, in Nederland en daarbuiten

Hoewel het in Engeland al in 1885 tot strafbaarstelling van vrouwenhandel was gekomen, was daarvan in Nederland rond de eeuwwisseling nog geen sprake. Wel zien we inmiddels op zowel nationaal als internationaal niveau ontwikkelingen die die richting uitwijzen. In het navolgende is eerst aandacht voor de dissertatie van de jurist Collard, in wiens studie de vraag centraal staat onder welke voorwaarden vrouwenhandel moet worden strafbaar gesteld. Daarna komen enkele ontwikkelingen op het niveau van de wetgever aan de orde, zowel de nationale als de internationale.

3.2.3.1 De dissertatie van Collard

Een belangrijke bijdrage aan het denken over strafbaarstelling van 'handel in blanke slavinnen' is in 1900 geleverd door Collard, die in dat jaar op het onderwerp promoveerde.⁵⁶ Bevangen door zijn tijd was Collard de eerste die serieus studie deed naar de vraag of, en zo ja, onder welke voorwaarden vrouwenhandel in Nederland strafbaar gesteld zou kunnen worden. Dat was volgens hem nodig, aangezien '[...] vele wetgevers zich van haar bestaan nog onbewust waren' en daaronder door hem als gezegd ook de Nederlandse strafwetgever werd gerekend.⁵⁷ Hoewel de strafwetgever heel wel had stilgestaan bij strafbaarstellingen die volgens Collards tijdgenoten met vrouwenhandel samenhangen,⁵⁸ kwam de strafwetgever inderdaad niet tot specifieke strafbaarstelling. Dat is enerzijds opmerkelijk omdat nu juist in de periode waarin het wetboek tot stand kwam de maatschappelijke verontwaardiging over vrouwenhandel zich als een olievlek over Europa uitbreidde. Tegelijkertijd hadden veel debatten over het nieuwe strafwetboek, en de algemene en bijzondere bepalingen daarbinnen, omstreeks 1881 al hun beslag gekregen en is niet uit te sluiten dat de vurige wens om eindelijk tot zo'n 'nationaal wetboek' te komen heeft meegespeeld bij de afweging om niet nog een nieuwe strafbaarstelling te introduceren.⁵⁹ Ook is voorstelbaar dat het debat over strafbaarstelling 'te laat' op gang kwam; in Engeland, dat als voorloper werd beschouwd, was in 1880 net een comité opgericht dat zich over de wenselijkheid van

56 Wolter Louis Albert Collard werd in 1875 te Soestdijk geboren en promoveerde op 11 juli 1900 *cum laude* aan de Universiteit van Amsterdam. Zijn promotor was de gerenommeerde hoogleraar strafrecht Van Hamel.

57 Collard 1900, p. 69.

58 Gedacht werd bijvoorbeeld aan de strafbaarstelling van koppelarij, die sinds 1886 in artikel 250 Sr was opgenomen.

59 Het duurde lang vooraleer Nederland na de Franse overheersing zijn 'eigen' Wetboek van Strafrecht had. Aan het ontwerp van 1870, waaruit het strafwetboek van 1886 is voortgevloeid, gingen meerdere ontwerpen vooraf die het niet haalden. Zie daarover Bosch 2003, p. 67-97: 'De gehele 19^e eeuw ligt bezaaid met de wrakken van de gestrande wetboeken van strafrecht' (p. 67).

strafbaarstelling zou buigen (het *supra* al langsgekomen ‘Select Committee’). Het debat over de vrouwenhandel, en strafbaarstelling daarvan, was in die tijd nog vers, wat een terughoudende of afwachtende rol van de strafwetgever deels kan verklaren. Tegelijkertijd geldt het wetboek dat in 1886 in werking trad als een product van de Klassieke Richting. Voor Modderman, de minister van Justitie die het nieuwe wetboek uiteindelijk aangenomen kreeg, was de *ultimum remedium*-gedachte leidend. Vooral codificeerde het Wetboek van Strafrecht de tot dan toe geldende maatschappelijke opvattingen, maar ‘modificeren’ – in de zin van het met rechtsregels ‘sturend’ optreden in het maatschappelijk leven – was er niet bij.⁶⁰ De staat was geen zedenmeester.⁶¹ Naast het klassieke karakter van het strafwetboek van 1886 leefde rond de eeuwwisseling kennelijk ook de overtuiging dat reeds in het strafrecht aanwezige strafbaarstellingen in staat zouden zijn om mensenhandel effectief een halt toe te kunnen roepen. Collard kritiseert deze gang van zaken en ziet met lede ogen aan hoe sommige auteurs trachten

‘[...] andere strafbepalingen pasklaar te maken en te verruimen en te verwringen om de daden van hen, die door misleiding jonge meisjes aan de prostitutie overleveren, te kunnen achterhalen’.⁶²

De auteur oordeelt deze gezochte manier van wetsinterpretatie in strijd met het legaliteitsbeginsel en beklemtoont vooral ook de onwenselijkheid van de analogische wetsinterpretatie die er volgens hem onmiskenbaar het gevolg van is.⁶³

Het gegeven dat in Collards tijd naar andere manieren werd gezocht om de gedraging van de vrouwenhandelaar onder het bereik van de strafwet te brengen, geeft al aan dat over de rol van het strafrecht bij de bestrijding van vrouwenhandel rond 1900 wel degelijk gedacht werd in Nederland, in navolging van de debatten in Engeland en de adressering ervan op enkele belangrijke, internationale congressen die vanaf 1899 plaatsvonden.⁶⁴ Tot strafbaarstelling leidde dat tot dusver echter niet. Collard doet in zijn boek, juist vanwege het feit dat de mening opgeld deed dat bestaande strafbaarstellingen soelaas zouden bieden, onderzoek naar de geschiktheid van onder meer de strafbaarstelling van koppelarij. Zijn conclusie laat zich, gelet op de al genoemde passages hierboven, raden. Maar interessant is dat Collard de koppelarij wel degelijk een ‘kans’ geeft. Juist in de passages over de verhouding tussen koppelarij en vrouwenhandel wordt duidelijk wat Collard onder dat laatste

60 Strijds 1986, p. 32. Zie ook Buruma 1999.

61 Ten Voorde 2016, p. 192.

62 Collard 1900, p. 69.

63 Collard 1900, p. 69-70.

64 Zie paragraaf 3.2.3.2.

precies pleegt te verstaan en op welke wijze volgens hem een strafbepaling te dien aanzien zou moeten komen te luiden.

Koppelaarij was sinds 1886, en is vandaag de dag overigens nog steeds, strafbaar gesteld in artikel 250 Sr. Behoudens de wijzigingen waaraan het artikel sedertdien onderhevig is geweest, kwam de algemene strekking van de strafbepaling ook toen al neer op een verbod op het opzettelijk teweegbrengen dan wel bevorderen van het plegen van ontucht door een minderjarige met een derde. De discussie over het wetsartikel in de Tweede en Eerste Kamer spitste zich vooral toe op de vraag of met het strafbaar stellen van deze gedraging daadwerkelijk de prostitutie van minderjarigen zou kunnen worden tegengegaan of dat door strafbaarstelling 'geheime' prostitutie juist in de hand zou worden gewerkt. In de parlementaire beraadslagingen is in sterke mate het debat over de wenselijkheid van reglementering terug te zien – volgens een Eerste Kamerlid de 'quaestie van den dag'⁶⁵ – zozeer zelfs dat het minister Modderman op een zeker moment doet opmerken:

'Dit artikel heft de bordeelen *niet* op; deze quaestie is nu niet aan de orde; ik wensch alleen te straffen den bordeelhouder, den rendez-voushouder, kortom ieder *derde* die, hetzij uit winstbejag, hetzij habituellement, minderjarigen opzettelijk debaucheeert.'⁶⁶

Collard verzet zich tegen het gebruik van de strafbaarstelling van koppelaarij voor de bestrijding van de vrouwenhandelaar, omdat die volgens hem de kern van de vrouwenhandelgedraging niet raakt. De 'feitelijke bestanddeelen' van vrouwenhandel komen volgens Collard op het volgende neer:

'Iemand wil een vrouw aan de prostitutie overleveren. Bij volkomen bewustheid van wat men met haar voor heeft, is zij niet over te halen. List, misleiding is noodig, het oogmerk moet dus verzwegen worden. Hoe de misleiding plaats heeft is onverschillig, meestal door 't aanbod van een gefingeerde dienstbetrekking. Dit is de quintessens.'⁶⁷

Niet alleen is artikel 250 Sr ongeschikt omdat het zich slechts beperkt tot de ontucht ten aanzien van minderjarigen, het verschil met de vrouwenhandelgedraging is volgens Collard vooral gelegen in het bestanddeel dat vergt dat sprake is geweest van een teweegbrengen dan wel, op zijn minst, het bevorderen van de ontucht. Hierin nu ligt een belangrijk verschil met de daad van vrouwenhandel, stelt Collard. Het gaat de handelaar namelijk niet om het daadwerkelijk *teweegbrengen* of *bevorderen* van ontucht. Zijn oogmerk is slechts erop gericht een vrouw (met gebruikmaking van bedrieglijke middelen) aan

65 Smidt II 1891, p. 349.

66 Smidt II 1891, p. 346-347.

67 Collard 1900, p. 173.

een ontuchtig leven *over te leveren*.⁶⁸ In dit oogmerk schuilt ook het eigenlijke handelskarakter van de vrouwenhandelgedraging: het is een gedraging die erop gericht is 'afnemers' (bordelen) van 'koopwaar' (vrouwen) te voorzien. Handelaars worden door Collard als voornaamste toeleveranciers van de bordelen beschouwd en de synoniemen die hij voor hen gebruikt spreken boekdelen: het zijn soms 'placeurs' dan weer 'makelaars'. Het is hem er overigens niet om te doen de situatie strafbaar te stellen waarin de vrouw zelf met de overlevering instemt, een gedraging die wel door de CLAA was gedekt. Het gaat Collard slechts om de personen die het oogmerk hebben door misleiding een vrouw aan een ontuchtig leven over te leveren.

Koppelarij en vrouwenhandel moeten naar het inzicht van Collard dus bepaald van elkaar worden onderscheiden. Het afzetten van de vrouwenhandelgedraging tegen de koppelaarsgedraging legt een belangrijke scheiding bloot tussen de gedraging van de handelaar enerzijds en die van de bordeelhouder anderzijds. De benadering van Collard heeft tot gevolg dat de gedraging van de vrouwenhandelaar min of meer los komt te staan, of neutraal komt te staan, tegenover de gevolgen die deze gedraging met zich kan brengen, namelijk het tweeebrengen of bevorderen van ontucht. In theorie zou de door een handelaar misleidde vrouw in het bordeel waarin zij successievelijk tewerk wordt gesteld, ondanks haar misleiding, toch met eigen instemming kunnen gaan werken, maar ook dan is sprake van een strafbare handelingsgedraging. De kern daarvan ligt immers in het verzwijgen van een bepaalde intentie door gebruikmaking van bedrieglijke middelen (misleiding), en het traject dat op de handel volgt is dus voor de strafbaarheid voor vrouwenhandel niet van belang. Proces en eindresultaat zijn als het ware van elkaar gescheiden:

'Bij dezen handel heeft dus de misleiding niet altijd het gevolg gedwongen verblijf in een bordeel, doch deze toestand van onvrijheid behoeft ook geen essentieel vereischte te zijn voor den handel in meisjes, al heeft deze in generali die krenking der persoonlijke vrijheid ten gevolge. De kwestie is, dat vrouwen en meisjes door misleiding in een toestand gebracht worden, waarin zij zich als gevolg van die misleiding aan een ontuchtig leven over geven'.⁶⁹

Het aanbrengen van dit onderscheid heeft er mede toe geleid dat het publieke debat over vrouwenhandel vanaf het begin meerdere belangengroeperingen, met soms lijnrecht tegenover elkaar staande standpunten, wist te mobiliseren. Dat een onderscheid wordt gemaakt tussen vrouwenhandel enerzijds en prostitutie anderzijds maakte dat het in de 'strijd' tegen de vrouwenhandel niet *per se* nodig was een abolitionistisch perspectief aan te hangen. Ook reglementaristen stonden over het algemeen op het standpunt dat degenen die onder valse voorwendselen vrouwen bordelen inlokten, strafbaar moesten

68 Collard 1900, p. 15.

69 Collard 1900, p. 50.

zijn. Collard maakt in zijn dissertatie een duidelijk onderscheid tussen vrouwenhandel en prostitutie. Hij kritiseert de wijze waarop beide begrippen soms door elkaar heen worden gebruikt. In reactie op een voorstel over vrouwenhandel, gedaan op een abolitionistisch congres over vrouwenhandel in 1890, klaagt hij dat 'het ruime veld der prostitutie [...] herhaaldelijk [wordt] betreden'.⁷⁰ Niet de bestrijding van prostitutie in het algemeen behoort volgens Collard voorop te staan in discussies over de strafbaarstelling van vrouwenhandel, maar veeleer de vraag hoe, en onder welke voorwaarden, het criminaliseren daarvan zou moeten geschieden.⁷¹ Het zou, voor wat betreft de opstelling ten aanzien van vrouwenhandel, een typische opstelling voor reglementaristen blijven. Voor abolitionisten op hun beurt was het moeilijk om een voorstelling van vrijwillige prostitutie te maken. De verschillende benaderingen hadden tot gevolg dat in abolitionistisch werk veel sterker de nadruk ligt op het eindresultaat van het handelingsproces, daar waar bij reglementaristen dat handelingsproces zelf meer als de kern en het problematische aspect van de vrouwenhandelgedraging wordt beschouwd.

Op het einde van zijn boek doet Collard met de door hem verworven inzichten een poging tot een scherpe delictsomschrijving te komen en stelt hij een nieuw artikel 250bis Sr voor, luidende:

'Als schuldig aan eene daad van handel in blanke slavinnen wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaren

hij die opzettelijk wederrechtelijk eene vrouw, met 't oogmerk haar aan de prostitutie over te leveren en dit oogmerk verzwijgende, voor de prostitutie aanwerft; hij die opzettelijk, wetende welk oogmerk de dader heeft en voor de vrouw wederrechtelijk verzwijgt, dit oogmerk in de hand werkt.'⁷²

De hierboven al opgeworpen 'feitelijke bestanddeelen' zien we hier duidelijk terug. Door het opzet vooraan te plaatsen, beheerst het alle volgende bestanddelen. Het verzwijgen heeft volgens Collard plaats

'[...] met dit vooropgestelde doel en kan niet onwillekeurig geschieden, b.v. omdat de dader in de meening verkeerde, dat de vrouw van de feitelijke omstandigheden op de hoogte is [...]'.⁷³

Aan het bestanddeel 'wederrechtelijk' moet in deze delictsomschrijving vooral de onwetendheid van de vrouw worden verstaan. In feite betekent wederrech-

70 Collard 1900, p. 168.

71 Collard 1900, p. 168.

72 Collard 1900, p. 174.

telijk hier ‘zonder medeweten van de vrouw’.⁷³ In het geval van minderjarigen wordt daaronder door Collard ook verstaan ‘[...] het gebrek aan medeweten en toestemming van ouders en voogden [...]’.⁷⁴ Voor het bewijs van het voltooide delict is, gelet op het oogmerkbestanddeel, niet vereist dat het aanwerven van de vrouw ook daadwerkelijk leidt tot overlevering aan de prostitutie. Het aanwerven met zo’n oogmerk constitueert reeds het voltooide delict: ‘Dus zoodra er een bepaalde afspraak, verbintenis bestaat tusschen de vrouw en den placeur, dan hebben we het delictum consummatum van art. 250bis eerste lid’.⁷⁵ De kern van de gedraging ligt dus in de bedrieglijke aanwerving voor de overlevering aan de prostitutie. Hoewel in eerdere passages steeds de misleiding door Collard centraal wordt gezet zien we dit bestanddeel niet met zoveel woorden terug in de door hem voorgestelde delictsomschrijving. Het lijkt erop alsof Collard die misleiding in voldoende mate verdisconteert ziet in de voorwaarde dat de dader zwijgt over de daadwerkelijke intenties waarmee de aanwerving gepaard gaat. Dit is ook logisch omdat het aanwerven in combinatie met het verzwijgen door de bank genomen een actief misleidende handeling vergt. De vrouwenhandelaar zal, om kort te gaan, toch iets moeten verzinnen om de aan te werven persoon in beweging te krijgen en de stappen te laten zetten om de overlevering mogelijk te maken: de aanwerving, in combinatie met het verzwijgen van het oogmerk, maakt eigenlijk dat de handelaar niet anders kan dan iemand te misleiden. Is hij eerlijk over de sector waaraan de vrouw zal worden uitgeleverd, dan verzwijgt hij niet.

De gedraging die met het hier besproken artikel 250bis, eerste lid, wordt strafbaar gesteld wordt door Collard de ‘daad van handel in blanke slavinnen’ genoemd. Het betreft hier volgens hem de ‘enkelvoudige daad van aanwerven’. Degene die hiervan zijn of haar beroep maakt, is volgens Collard de eigenlijke handelaar. Hij stelt voor die apart strafbaar te stellen in artikel 250quater. Om tot het bewijs hiervan te komen, is het overigens niet nodig dat dit aanwerven daadwerkelijk meerdere malen is geschied: ‘[...] ook een enkele kan een beroepsdaad wezen, mits aanwezig en bewezen zij de wil om dergelijke daden te herhalen’.⁷⁶ Verder stelt Collard ook nog voor een aparte strafbaarstelling in werking te laten treden voor degene die een vrouw in het buitenland aan de prostitutie wil overleveren (artikel 250ter). Deze gedraging wordt met een hogere straf bedreigd aangezien de ‘buitenlandsche handel’ de ‘meer ernstige’⁷⁷ en ‘zooveel zwaarderende vorm’⁷⁸ is,

73 Het gaat hier om een vorm van facetwederrechtelijkheid, i.e. de betekenis van het wederrechtelijkheidsbestanddeel wordt hier ingekleurd door het specifieke karakter van de strafbare gedraging. Vgl. o.a. Kelk & De Jong 2016, p. 157 e.v. De door Van Veen in 1972 geïntroduceerde term ‘facetwederrechtelijkheid’ was in Collards tijd overigens nog niet in omloop.

74 Collard 1900, p. 175.

75 Collard 1900, p. 175.

76 Collard 1900, p. 176.

77 Collard 1900, p. 16.

‘[...] omdat het slachtoffer op deze wijze in een hulpelozer toestand verplaatst wordt. Zij zijn zonder bescherming, want zij vertoeven ver van haar familie en vrienden; zij zijn onbekend met de taal van het land, meestal ook met de middelen, die haar rechtens mochten ten dienste staan tot steun in hare hulpeloosheid’.⁷⁹

Hoewel Collard aan een duidelijk onderscheid vasthoudt tussen de daad van de handel en het resultaat waartoe die handel uiteindelijk leidt of kan leiden, zijn de door hem aangemerkte rechtsbelangen die met strafbaarstelling beschermd worden toch weer vooral op de onzedelijke aard van het werk in de prostitutie betrokken en de schade die dat kan berokkenen aan het maatschappelijk leven. Hoewel het zwaartepunt van de vrouwenhandelgedraging ligt bij de bedrieglijke middelen die door een dader worden aangewend, en vanuit die gedachte misschien verwacht zou worden dat het vooral de vrijheid en integriteit van de prostituee zijn die beschermd moeten worden, lijkt het Collard meer te gaan om de bescherming van de eerbaarheid van de vrouw en het voorkomen dat zij, door het werk in de prostitutie, in lichamelijk en zedelijk verval geraakt. Collard waarschuwt er daarbij voor dat het leven in de prostitutie uiteindelijk leidt tot een leven ‘[...] waarin haar gezondheid, ja haar leven in groot gevaar komt [...]’.⁸⁰ Overgang tot de misdaad is volgens hem slechts een kleine schrede, ‘anders een kommervolle ouderdom zoo deze althans bereikt wordt of eindiging van het leven in armenhuizen of hospitalen’.⁸¹ Op de keper beschouwd is het meest voorname rechtsbelang dat Collard hier voor ogen heeft de bescherming van vrouwen tegen een ontuchtig leven. Hoewel de daad van vrouwenhandel daartoe niet *per se* hoeft te leiden (voor het *delictum consummatum* is de enkele aanwerving immers voldoende), hangen alle door Collard geïdentificeerde rechtsbelangen met het ‘kwaad van de prostitutie’ samen. Zo bezien moet de strafbaarstelling vooral worden beschouwd als indirect betrokken op de net genoemde rechtsbelangen. Het gaat immers om een formeel omschreven delict waarbij het intreden van een gevolg niet is vereist. Bovendien ligt de kern van de vrouwenhandelgedraging nu juist niet in het daadwerkelijk in de prostitutie werken besloten. Hoewel dat uiteindelijke perspectief wel haar schaduw vooruitwerpt – vergelijk de door Collard onderscheiden rechtsbelangen – gaat het er vooral om die activiteiten te verbieden die uiteindelijk tot prostitutie kunnen leiden. Het blijft evenwel opmerkelijk dat Collard aan de ene kant als de kern van die gedraging aanwijst de aanwerving met een bedrieglijk oogmerk, maar zich bij het noemen van de aan de orde zijnde rechtsbelangen voornamelijk verlaat op het mogelijke gevolg van die aanwerving, namelijk het daadwerkelijk werken in de prostitutie. Door op de achtergrond het eindresultaat nadrukkelijk in het zicht te

78 Collard 1900, p. 114.

79 Collard 1900, p. 15-16, p. 114, p. 49.

80 Collard 1900, p. 20.

81 Collard 1900, p. 20.

houden – vooral door het noemen van de zojuist gepasseerde rechtsbelangen – verliest het aanvankelijk sterk door hem aangezette onderscheid veel van haar betekenis.

3.2.3.2 *Beweging op internationaal en nationaal niveau*

Collard rondde zijn dissertatie af in een tijd waarin de idee wortel schiet dat de aanpak van vrouwenhandel alleen succesvol kan zijn indien op internationaal niveau maatregelen worden genomen. Hoewel al snel na 1885 de eerste bilaterale verdragen worden gesloten, die vooral de repatriëring van slachtoffers regelen, komt het in 1899 tot het eerste grote, internationale congres over de ‘white slave traffic’, georganiseerd door de Engelse ‘National Vigilance Association’, waarvan de oprichting een direct gevolg was van de maatschappelijke onrust die naar aanleiding van de *Pall Mall*-affaire was ontstaan.⁸² Naar deze congressen, en wat door wie precies gezegd werd, is uitgebreid onderzoek gedaan.⁸³ Op deze plek is vooral het vermelden waard dat de voorstellen die op het congres van 1899, en bijeenkomsten op latere momenten, werden gedaan, leidden tot de eerste internationale bindende documenten op het terrein van de mensenhandel. Meer in het bijzonder werd voor het eerst op mondiaal niveau voorgesteld op een rol voor het strafrecht.⁸⁴ Het gaat dan om de Internationale regeling die in 1904 te Parijs tot stand kwam en het Verdrag van Parijs van 1910 dat daarop volgde.

Voordat we een nadere blik werpen op de Regeling en het Verdrag wordt nu eerst stilgestaan bij een voorstel van eigen bodem. Geïnspireerd door de Regeling van Parijs was het namelijk minister Loeff van Justitie die in de nazomer van 1904 al een voorstel tot strafbaarstelling van vrouwenhandel deed. Zijn wetsvoorstel heeft het nooit gehaald, maar desondanks is het interessant te bezien welke delictsomschrijving de minister voorstelde en welke rechtsbelangen hij daarmee beoogde te beschermen.

Het voorstel van minister Loeff

Voor een goed begrip kort iets over de politieke en maatschappelijke context waarin Loeff zijn voorstel kon doen. De brede lezing van het ‘caoutchouc-artikel’ uit de Grondwet van 1887 (artikel 80) had tot gevolg dat steeds meer

82 Zie voor de achtergronden van deze National Vigilance Association onder meer Attwood, *Women’s History Review* 2014.

83 Zie Attwood, *Women’s History Review* 2014 en Allain, *Journal of Trafficking and Human Exploitation* 2017, afl. 1, p. 1-40.

84 Allain merkt terecht op dat het weliswaar ging om internationale congressen, maar dat het feitelijk vooral Europese landen waren die erbij betrokken waren. Allain 2017, p. 1.

volwassen mannen aan het eind van de negentiende eeuw konden stemmen.⁸⁵ Dat leidde tot aanzienlijke veranderingen in de politieke verhoudingen. Eind negentiende, begin twintigste eeuw begon de macht van confessionele partijen steeds groter te worden, vooral ook vanwege intensievere samenwerking tussen de voorheen nog meer van elkaar gescheiden protestantse en katholieke partijen. De grotere rol van confessionele partijen maakte dat de staat zich steeds meer ruimte permitteerde op het terrein van de normstelling ten aanzien van onderwerpen die de zeden betroffen. Zoals Koenders het kernachtig heeft verwoord had Nederland zich rond de eeuwwisseling 'van een liberaal land met staatsonthouding op privaat terrein ontwikkeld tot een christelijke staat met verregaande overheidsbemoeienis op persoonlijk gebied'.⁸⁶ Waar de strafwetgever van 1886 primair 'constateerde en conserveerde' en afzag van een rol van het strafrecht als instrument om 'nieuwe' (nog niet algemeen aanvaarde) normen dóór te drukken', vangt zo rond de eeuwwisseling volgens Strijards een 'totaal andere wetgevingsaera' aan waarin de ontvankelijkheid voor het gebruik van de strafwet als 'normoriënterend instrument' toeneemt.⁸⁷ Dat geldt zeker voor het terrein van de zeden, en Nederland vormt op dat gebied geen uitzondering.⁸⁸ In 1901 trad het kabinet van de invloedrijke antirevolutionair Abraham Kuiper aan. Minister Loeff van Justitie, die onderdeel uitmaakte van het kabinet-Kuiper, stelde in 1904, net na de totstandkoming van de Parijse Regeling, strafbaarstelling van vrouwenhandel voor. Dit voorstel maakte deel uit van een omvangrijke wetgevingsoperatie waarbij de actualisering van het inmiddels achttien jaar oude Wetboek van Strafrecht de inzet vormde.⁸⁹ Onderdeel van Loeffs voorstel was ook uitbreiding van de strafbaarstelling van koppelarij tot meerderjarigen. In feite kwam dit voorstel neer op een algeheel bordeelverbod zoals in Engeland, waarmee de discussie over reglementering beslecht zou worden in het voordeel van de abolitionisten.

In artikel 278bis Sr stelde minister Loeff zijn strafbaarstelling van vrouwenhandel voor.⁹⁰ Blijkens de memorie van toelichting heeft hij zich daarbij laten

85 In 1887 werd de Grondwet zo gewijzigd dat het kiesrecht ook open kwam te staan voor mannelijke ingezetenen die de door de kieswet te bepalen 'kenteekenen van geschiktheid en maatschappelijken welstand' bezaten. Daarvoor gold het *censuskiesrecht*. Omdat de hierboven genoemde criteria rekkelijk waren, kon de kring van kiesgerechtigden steeds verder worden uitgebreid. Zie daarover nader Nehmelman 2007, p. 136.

86 Koenders 1996, p. 137.

87 Strijards 1986, p. 32-37. Kool 1999, p. 60 merkt op: 'De veranderde politieke verhoudingen resulteren in een breed maatschappelijk draagvlak voor de inzet van het strafrecht als middel in de strijd tegen de zedeloosheid'.

88 Allain, *Journal of Trafficking and Human Exploitation* 2017, afl. 1, p. 23.

89 In navolging van een eerdere poging daartoe door zijn voorganger Cort van der Linden. Loeff trok diens novelle in, vermoedelijk om het een minder liberaal en meer christelijk karakter te geven. Vgl. Koenders 1996, p. 150.

90 *Kamerstukken II* 1904/05, 80, 2.

inspireren door de conferentie die voorafging aan de totstandkoming van de Parijse Regeling. Volgens het wetsvoorstel zou strafbaar moeten worden:

Hij die eene minderjarige vrouw, zij het ook met hare toestemming, of, door bedriegelijke handelingen of met geweld, bedreiging, misbruik van gezag of eenig ander dwangmiddel, eene meerderjarige vrouw, met het oogmerk het plegen van ontucht door haar met een derde teweeg te brengen of te bevorderen, heeft geronseld, medegevoerd of verborgen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren.

Indien het feit ten aanzien van eene minderjarige wordt gepleegd door bedriegelijke handelingen of met geweld, bedreiging, misbruik van gezag of eenig ander dwangmiddel, of indien het feit het plegen van ontucht door de vrouw heeft ten gevolge gehad, kan gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren worden opgelegd.⁹¹

Loeff brengt een onderscheid aan tussen de handel van minder- en meerderjarige vrouwen. Hij introduceert in Nederland bovendien de term 'dwangmiddelen' als omschrijving voor alle middelen waarmee vrouwen kunnen worden geronseld, medegevoerd of verborgen. Het gaat hier dus om middelen die de wil van de vrouw aantasten. Aan de wil van de minderjarige wordt geen betekenis gehecht. Ook degene die bijvoorbeeld een minderjarige ronselt zonder dat sprake is van een dwangmiddel maakt zich ingevolge artikel 278bis schuldig aan mensenhandel. In het dwangmiddelvereiste is het onderscheid tussen mensenhandel ten aanzien van minder- en meerderjarigen gelegen. Bij de meerderjarige is het bewijs van een dwangmiddel vereist, bij de minderjarige niet, zelfs niet als zij zelf met de handelingen die de handelaar pleegt (ronselen *et cetera*) instemt. Dit onderscheid, zo zal ook hierna nog te zien zijn, is in discussies over mensenhandel steeds een belangrijke rol blijven spelen en is ook vandaag de dag terug te vinden in de strafbaarstelling van mensenhandel.⁹² Ook de dwangmiddelen zelf komen, voor wie vertrouwd is met artikel 273f Sr, bekend voor.⁹³ Niet alleen geweld, bedreiging en misleiding worden door Loeff genoemd, ook het misbruik van gezag, dat de voorganger is van het heden ten dage in artikel 273f opgenomen dwangmiddel 'misbruik van uit feitelijke omstandigheden voortvloeiend overwicht'.⁹⁴ Voorts wordt duidelijk dat het Loeff er niet om te doen was alle mogelijke dwangmiddelen in de wet te omschrijven. Door het opnemen van 'of eenig ander dwangmiddel'

⁹¹ *Kamerstukken II* 1904/05, 80, 2, p. 8.

⁹² Zie de paragrafen 5.3 en 5.6.

⁹³ Vgl. ook Allain, *Journal of Trafficking and Human Exploitation* 2017, afl. 1, p. 10: 'For those familiar with the contemporary definition of human trafficking, the terms 'abuse of authority', 'fraud', 'threats' and 'violence' will stand out, as they have been maintained throughout the process from 1902 to the contemporary definition of the 21st century'.

⁹⁴ Zie over dit dwangmiddel in de huidige strafbaarstelling van mensenhandel paragraaf 5.2.2.1.

houdt hij er rekening mee dat vrouwen in de praktijk ook door gebruikmaking van andere middelen kunnen worden geronseld, medegevoerd of verborgen.

Het voorstel van Loeff wijkt op verschillende punten af van dat van Collard. Laatstgenoemde dacht bij de dwangmiddelen, hij gebruikte die term overigens niet, vooral in termen van misleiding, hoewel dat in de tekst van zijn voorgestelde delictsomschrijving alleen te zien is aan het verzwijgen van het wervingsoogmerk. Loeff opent ook de deur voor andere middelen waarmee vrouwen kunnen worden aangeworven, en breidt de strafrechtelijke aansprakelijkheid daarmee, in elk geval in potentie, aanzienlijk uit. Zo is het maar de vraag of degene die bij de aanwerving van een vrouw geweld gebruikt, maar daarbij open is over het doel waarmee zulks geschiedt, in het voorstel van Collard strafbaar zou zijn. In de visie van Loeff nadrukkelijk wel. Naast het aanwerven, of ronselen, worden bovendien door Loeff ook het 'medevoeren' en 'verbergen' genoemd. De feitelijke handelingen die door een handelaar kunnen worden verricht worden hier dus uitgebreid. Een ander belangrijk verschil tussen beide definities ligt bovendien in het oogmerk waarmee de mensenhandelaar zijn handelingen pleegt. Collard had, zoals te zien is geweest, het *overleveren* aan de prostitutie op het oog. Bij Loeff evenwel gaat het om het oogmerk om het plegen van ontucht door de vrouw met een derde *teweeg te brengen* dan wel te *bevorderen*. Niet alleen het oogmerk om iemand over te leveren aan een persoon die vervolgens mogelijk de ontucht tweegbrengt of bevordert, treedt hier dus op de voorgrond, ook de intentie van de mensenhandelaar moet op (een van) die werkwoorden al gericht zijn. Hoewel dus de *actus reus*-zijde van het delict (handelingen en dwangmiddelen) bij Collard en Loeff nog gelijkenissen kent, strekt de *dolus specialis* van de mensenhandelaar zich bij de minister al uit tot de gevolgen die de handelingen met zich kunnen brengen. Het onderscheid dat Collard maakt tussen de daad van de handel en het resultaat waartoe die daad kan leiden, wordt door Loeff dus enigszins gerelativeerd. Het wetsvoorstel van Loeff kruipt, zo kan ook wel worden gezegd, dichter tegen de gedraging van de koppelaar aan. Mensenhandelaar en koppelaar worden niet vereenzelvigd, maar zijn door de inrichting van de voorgestelde delictsomschrijving wel veel sterker deel van een proces dat samenhangt.

De internationale afspraken van 1904 en 1910

Het wetsvoorstel van Loeff stierf een 'ontijdigen dood'⁹⁵ en wordt uiteindelijk door de vrijzinnig-liberale minister Van Raalte ingetrokken.⁹⁶ Loeffs wetsvoorstel (en dat van zijn voorganger Cort van der Linden) bleek uiteindelijk wel de opmaat naar een strengere zedelijkheidswetgeving die in 1911 uitmondt in de befaamde 'Wet tot bestrijding zedeloosheid' van de rooms-katholieke

95 Zoals het in 1911 door Simons werd verwoord. Zie Simons 1911, p. 11.

96 Koenders 1996, p. 151.

minister Regout: wat dat betreft is zijn voorstel illustratief voor de veranderende tijdsgeest, en het denken daarin over de rol van het strafrecht bij het reguleren van het zedelijk leven. Daarvoor is in de volgende paragraaf meer aandacht, als de periode 1912-2000 wordt behandeld. Nu wordt vooral bekeken welke internationale ontwikkelingen aan Loeffs voorstel ten grondslag lagen. Dat voorstel kan niet geïsoleerd worden bestudeerd, maar was een direct uitvloeisel van de aanbevelingen die tijdens een internationaal congres van regeringsvertegenwoordigers in 1902 werden gedaan.⁹⁷ Eén van die aanbevelingen zag op de opnemings van een strafbaarstelling ten aanzien van de blanke slavinhandel. Daartoe was reeds op het congres van de National Vigilance Association in 1899 een voorstel gedaan. In een resolutie, die op laatstgenoemd congres werd aangenomen, werd staten opgeroepen:

‘To punish, and as far as possible by penalties of equal degree, the procuring of women or girls by violence, fraud, abuse of authority, or any other method of constraint, to give themselves to debauchery, or to continue in it [...].’⁹⁸

Op de conferentie van 1902 wordt op deze definitie voortgeborduurd en lag aan de regeringsvertegenwoordigers de opdracht voor tot een internationale definitie van de handel in blanke slavin te komen. Voorgesteld wordt tot een onderscheid te komen tussen de handel in minderjarigen en meerderjarigen, waarbij het beslissende verschil dan ligt in het feit dat bij meerderjarigen sprake moet zijn geweest van het aanwenden van dwangmiddelen. De conferentie heeft zich bewust niet uitgelaten over de wenselijkheid van strafbaarstelling van mensenhandel ten aanzien van meerderjarige vrouwen, zonder dat sprake is van dwangmiddelen. Dan zou te zeer het terrein van de gevoelige vraag naar de reglementering van prostitutie worden betreden, en zouden de handel in blanke slavin en het ‘proxenetisme’ (de koppelarij) als het ware worden gelijkgeschakeld.⁹⁹

De regeringsconferentie van 1902 leidt uiteindelijk tot de totstandkoming van zowel een ‘projet de arrangement’, dat de meer administratieve maatregelen omvat, en een ‘projet de convention’ waarin voornoemde strafrechtelijke voorstellen waren opgenomen.¹⁰⁰ Alleen het eerste project leidt tot snelle aanpassing van de wetgeving in de verschillende staten, in Nederland vervat in de ‘Internationale regeling tot bestrijding van den zogenaamde handel in vrouwen en meisjes’ uit 1904.¹⁰¹ Het tweede project laat langer op zich wachten, overigens ook voorzien door de deelnemers aan de conferentie; Allain

⁹⁷ Verburg 2001, p. 40.

⁹⁸ National Vigilance Association 1899, p. 16.

⁹⁹ Allain, *Journal of Trafficking and Human Exploitation* 2017, afl. 1, p. 27.

¹⁰⁰ Siller 2017, p. 46.

¹⁰¹ *Internationale Regeling tot bestrijding van de zogenaamde handel in vrouwen en meisjes, Stb.* 1907, 79.

heeft deze gang van zaken wel verklaard vanuit de algemene weerstand die in de vroege twintigste eeuw bestond tegen de inmenging van het internationaal recht in het (straf)recht, en dus de soevereiniteit van staten. Pas in 1910 wordt de internationale dialoog over de harmonisering van de strafrechtelijke bepalingen ten aanzien van mensenhandel hervat, ook ditmaal in Parijs. Tijdens de conferentie wordt weliswaar over onderdelen van zo'n strafbaarstelling opnieuw gediscussieerd, in grote lijnen zijn de voorgestelde strafbepalingen hetzelfde gebleven. Uiteindelijk mondden de voorstellen uit in de volgende definities:

Article 1

Whoever, in order to gratify the passions of another person, has procured, enticed, or led away, even with her consent, a woman or girl under age, for immoral purposes, shall be punished, notwithstanding that the various acts constituting the offence may have been committed in different countries.

Article 2

Whoever, in order to gratify the passions of another person, has, by fraud, or by means of violence, threats, abuse of authority, or any other method of compulsion, procured, enticed, or led away a woman or girl over age, for immoral purposes, shall also be punished, notwithstanding that the various acts constituting the offence may have been committed in different countries.¹⁰²

In de memorie van toelichting bij het verdrag zijn deze definities als volgt in het Nederlands vertaald:

Artikel 1

Gestraft wordt ieder die, ter voldoening van eens anders lusten, eene minderjarige vrouw of meisje, zelfs met haar goedvinden, met het oog op het plegen van ontucht heeft aangeworven, medegenomen of ontvoerd, zelfs dan wanneer de verschillende handelingen, die de bestanddeelen van het strafbare feit uitmaken, in verschillende landen gepleegd zijn.

Artikel 2

Mede wordt gestraft ieder die, ter voldoening van eens anders lusten, eene meerderjarige vrouw of meisje door bedrog of met behulp van geweld, bedreiging, misbruik van gezag of eenig ander dwangmiddel, met het oog op het plegen van ontucht heeft aangeworven, medegenomen of ontvoerd, zelfs dan wanneer de verschillende handelingen, die de bestanddeelen van het strafbare feit uitmaken, in verschillende landen gepleegd zijn.

In de uiteindelijke definitie zien we duidelijk de eigenschappen terug die al op het congres van 1899 waren onderscheiden en die door Loeff in zijn voorstel van 1904 waren overgenomen. Een duidelijk onderscheid wordt aangehouden

102 Artikelen 1 en 2 van de *International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic*.

tussen handel ten aanzien van minder- en meerderjarigen. Bovendien keren, in artikel 2, de dwangmiddelen terug die we voor een deel ook vandaag de dag vinden in de internationale mensenhandeldefinitie en in de Nederlandse 'vertaling' daarvan in artikel 273f, eerste lid, sub 1 Sr. Het oogmerk in deze definitie is op de voldoening van 'eens anders lusten' gericht en kent nog geen verwijzing naar de term 'uitbuiting', anders dan heden ten dage het geval is. Het aantal handelingen is beperkt tot drie: het gaat om aanwerven, medenemen of ontvoeren. Nog even is er overigens discussie geweest over de term 'woman' in de definitie die is opgenomen in artikel 1. Meer in het bijzonder ging het dan om de vraag hoe het verbindingswoord 'or' moest worden begrepen. Werd hier bedoeld de koppelaarij in het algemeen strafbaar te stellen, ook ten aanzien van de meerderjarige vrouwen? In het Slotprotocol bij het Verdrag is uiteindelijk uitsluitend gegeven door op te nemen '[...] that the words "woman or girl under age, woman or girl over age" refer to women or girls under or over twenty completed years of age'.¹⁰³ Het Verdrag van 1910 treedt uiteindelijk in werking op 8 augustus 1912.¹⁰⁴

3.2.4 Vrouwenhandel in de Wet ter bestrijding van de zedeloosheid (1911)

De Wet tot bestrijding van de zedeloosheid is befaamd, in de eerste plaats vanwege de vergaande manier waarop de uitbreiding van de strafbaarheid op het terrein van de zeden door inwerkingtreding van de wet werd bereikt.¹⁰⁵ Naar de totstandkoming van de wet is door meerdere auteurs uitgebreid onderzoek gedaan, zowel vanuit de juridische¹⁰⁶ als de niet-juridische discipline.¹⁰⁷ Onder meer wordt daarin genoemd het scherpe contrast tussen de nog terughoudende opstelling van de strafwetgever van 1886¹⁰⁸ en de vele nieuwe strafbaarstellingen die het licht zagen in 1911.¹⁰⁹ De wet is de resultante van fundamentele wijzigingen in het staatsbestel gecombineerd met

103 Final Protocol bij de *International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic*.

104 Allain, *Journal of Trafficking and Human Exploitation* 2017, afl. 1, p. 29.

105 Kelk, *AA* 2015, p. 520-527.

106 Zie onder meer Kool 1999.

107 We noemden onder anderen al Koenders 1996 en De Vries 1997.

108 Zie voor een compacte schets van de ontwikkelingen in het denken over het strafrecht en de zeden Kelk, *AA* 2015, p. 520-527.

109 Zo werd bijvoorbeeld een vorm van 'sodomie' strafbaar in artikel 248bis Sr. Het artikel had het oog op de meerderjarige die met een minderjarige van hetzelfde geslacht, wiens minderjarigheid hij kent of redelijkerwijs moet vermoeden, ontucht pleegt. Zie daarover Salden, *Groniek* 1980, p. 38-48. Zie over artikel 248bis ook Kelk, *AA* 2015, p. 521 en Koenders 1996, p. 157-158. Tak spreekt over de zedelijkheidswetgeving van 1911 veelzeggend als een 'wezenlijke grensverlegging' en duidt dan vooral op de breuk die deze betekende met het klassieke uitgangspunt dat de staat slechts met terughoudendheid heeft te treden in de persoonlijke levenssfeer van zijn burgers, dat onder meer nog aan het strafwetboek van 1886 ten grondslag had gelegen. Tak 1978, p. 5. Overigens traden sommige onderdelen van de wet pas in 1912 in werking.

een toenemende aandacht voor zedelijkheidswetgeving, een wens die vooral in verband wordt gebracht met de zogenaamde ‘zedelijkheidsbeweging’ die zich in de tweede helft van de negentiende eeuw begon te manifesteren.¹¹⁰ De uitbreiding van het kiesrecht, die werd bereikt door de brede lezing van het in 1887 aangepaste *caoutchouc*-artikel, had vooral voor het confessionele smaldeel van de bevolking goed uitgediend en resulteerde in een aanzienlijke uitbreiding van invloed.¹¹¹ Nergens zijn de verschuivende verhoudingen zo goed zichtbaar als op het terrein van de zeden. Het was in de loop van de vroege twintigste eeuw door verschillende kabinetten al meermalen geprobeerd de greep van de staat op het zedelijk leven van zijn onderdanen te versterken – vergelijk de hierboven besproken novelle van Loeff – maar tot dusver zonder succes.¹¹² Daar kwam definitief verandering in met het aantreden van de rooms-katholieke minister Regout op 7 juni 1910.¹¹³ Regout had al tijdens zijn lidmaatschap van de Tweede Kamer niet onder stoelen of banken gestoken een strengere zedenwetgeving voor te staan. Zijn ministerschap pakte hij aan om de daad bij het woord te voegen. Het voorwerk was overigens reeds gedaan door zijn ambtsvoorganger Nelissen, die wegens gezondheidsredenen vroegtijdig moest opstappen.¹¹⁴ Nelissen stond aan de basis van het oorspronkelijke wetsvoorstel ‘Bestrijding van zedeloosheid’, dat hij in 1909 had ingediend. Regout bouwde op zijn voorstel voort, en leidde de behandeling ervan in de Tweede Kamer in februari en maart 1911. Een uitgebreide analyse van de verschillende voorstellen die onderdeel uitmaakten van de Wet tot bestrijding van de zedeloosheid is in het navolgende uiteraard niet onze doelstelling. Het zwaartepunt ligt bij de behandeling van de strafbaarstelling van vrouwenhandel. Secundair is er, gelet op de samenhang, aandacht voor de artikelen 250bis¹¹⁵ en 432 sub 3 Sr, wetsartikelen die in het vervolg ook wel worden aangeduid als ‘met vrouwenhandel samenhangende strafwetgeving’. Artikel 250bis voorziet in de strafbaarstelling van degene ‘die van het opzettelijk teweegbrengen of bevorderen van ontucht door anderen met derden een beroep of eene gewoonte maakt’. Daarmee werd via de band van het materieel strafrecht *de facto* een ‘bordeelverbod’ gerealiseerd, en met de inwerkingtreding ervan in 1912 zou het stelsel van reglementering dan ook tot het verleden

110 Koenders vindt de oorsprong van deze beweging in de stroming van het zogeheten ‘christelijk réveil’. Koenders 1996, hfdst. 2.

111 Nehmelman 2007, p. 136.

112 Ook de liberaal Cort van der Linden had, zoals reeds opgemerkt, met zijn in 1900 ingediende novelle al getracht het Wetboek van Strafrecht op enige, onder meer de zeden rakende, onderdelen aan te passen. Zie daarover Moerman & Mevis, *DD* 2013/47.

113 Zie nader over Regout: Verburg 2001, p. 115-161.

114 Verburg 2001, p. 109.

115 Oorspronkelijk was het voorstel neergelegd in artikel 250 sub 4. *Kamerstukken II* 1908/09, 293, 1-3, p. 1. Regout regelde strafbaarstelling in een apart artikel, artikel 250bis Sr. *Kamerstukken II* 1910/11, 28, 5-6, p. 5.

behoren.¹¹⁶ Artikel 432 sub 3 Sr betrof de strafbaarstelling van de souteneur. Het zogenaamde ‘souteneursverbod’, dat zag op degene die uit de ontucht van een vrouw voordeel trekt, was als overtreding opgenomen in de titel waarin de overtredingen tegen de openbare orde zijn gecategoriseerd.

3.2.4.1 De nota van wijziging van minister Regout

Met de maatschappelijke verontwaardiging die zich in de loop van de negentiende en twintigste eeuw over vrouwenhandel ontwikkelde in gedachten, evenals de reeds genoemde ontwikkelingen in Parijs¹¹⁷ en het daaruit voortgesproten wetsvoorstel van Loeff, verbaast het dat strafbaarstelling van vrouwenhandel eerst op 20 februari 1911, als de Commissie van Rapporteurs reeds over de zedelijkheidswet heeft gerapporteerd, wordt voorgesteld.¹¹⁸ Minister Regout had er een zetje in de rug van anderen voor nodig¹¹⁹ én een nota van wijziging.¹²⁰ In de Tweede Kamer werd de laat ingebrachte nota met de nodige scepsis ontvangen door Kamerlid Van Doorn (Liberale Unie), die moeite had met het tijdstip van indienen en het daardoor omzeilen van een

116 Ten aanzien van het zogeheten ‘bordeelverbod’ wordt nog weleens de indruk gewekt dat een specifieke, op de bordelen gerichte verbodsbepaling zou bestaan. Daarvan is in artikel 250bis, zoals door Tweede Kamerlid Van Doorn in 1911 terecht opgemerkt (*Handelingen II* 1910/11, 28, vel 405, p. 1572), *ipsis verbis* geen sprake: de tekst ervan is algemener geformuleerd en zou strikt genomen ook niet-bordeelhouders kunnen treffen. Het is evenwel onmiskenbaar, en in de wetsgeschiedenis expliciet terug te vinden, dat artikel 250bis Sr is geschreven met de bordeelhouders ‘in het achterhoofd’. Zie onder meer *Kamerstukken II* 1908/09, 293, 3, p. 5. Vgl. ook Stoffels 1964, p. 13 en Verburg 2001, p. 125.

117 Ook in Madrid had van 24 tot en met 28 oktober 1910 nog een belangrijk congres over de internationale handel in vrouwen plaatsgehad. Zie daarover uitgebreid De Graaf 1911. Het werk van De Graaf bestaat ook uit een bondige en leeswaardige samenvatting van de aan ‘Madrid’ voorafgaande congressen vanaf 1899 (Parijs).

118 Dat verbaast des te meer omdat Nelissen, in zijn oorspronkelijke wetsvoorstel, in de toelichting bij artikel 250bis verwijst naar het voorstel van Loeff uit 1904 en zelfs refereert aan de woorden die zijn voorganger aan de ‘mensenhandel’ had gewijd. *Kamerstukken II* 1908/09, 293, 3, p. 5.

119 Ten grondslag aan het (late) indienen van een voorstel tot specifieke strafbaarstelling van vrouwenhandel lag onder meer een ‘request’ van het Nationaal Comité tot bestrijding van den handel in vrouwen en kinderen, dat daags voor de behandeling van de zedelijkheids-wetgeving in de Tweede Kamer aan de minister werd aangeboden. *Kamerstukken II* 1910/11, 28, 5-6. Dat request was weer gebaseerd op het in 1910 gehouden Congres in Madrid. Waar internationale congressen over vrouwenhandel nog beducht waren zich op het terrein van het prostitutiebeleid te begeven, betekende Madrid een kentering. Eén van de aanbevelingen van het congres aan de regeringen luidde om als ‘handelaar in vrouwen’ strafbaar te stellen ‘ieder die met het oogmerk om winst te behalen een vrouw of meisje aan de prostitutie overlevert’. Zie De Graaf 1911, p. 25.

120 *Kamerstukken II* 1910/11, 28, 5-6, p. 5.

inhoudelijk advies van de Commissie van Rapporteurs.¹²¹ Bovendien twijfelde hij openlijk aan de omvang van het vrouwenhandelprobleem. Hoe ernstig kon dat zijn als de minister pas te elfder ure met een strafbaarstelling te dien aanzien op de proppen kwam? De meeste discussie spitste zich in de Tweede Kamer evenwel toe op de reikwijdte van het vrouwenhandeldelict. Een nadere bespreking daarvan vergt allereerst een blik op de door Regout voorgestelde delictsomschrijving, die hij had vervat in een nieuw artikel 250ter:

Hij die eenige handeling pleegt, ondernomen met het oogmerk om eene vrouw aan prostitutie over te leveren, wordt, als schuldig aan vrouwenhandel, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaren.

In het voorstel van Regout is duidelijk de hand van een overtuigd abolitionist terug te zien: elke overleveringshandeling zou, als het aan de minister lag, als vrouwenhandel strafbaar worden.¹²² Weinig woorden had de bewindsman nodig om de strafbaarstelling te rechtvaardigen; volgens de minister mochten de omvang en de 'afschuwelijke feitelijke bijzonderheden' van de vrouwenhandel als bekend worden verondersteld.¹²³ Strafbbaarstelling zou bovendien het voordeel meebrengen dat aanstonds aan de criminaliseringsverplichting uit het Parijse Verdrag zou worden voldaan. Met artikel 250ter, zo meende Regout, zou een 'krachtiger en doeltreffender' bestrijding van de vrouwenhandel mogelijk worden dan door invoeging van delictsomschrijvingen die precies met de artikelen 1 en 2 uit dat Verdrag congruent zouden zijn, en ontegenzeggelijk doelde de bewindsman daarmee op het feit dat in 'zijn' definitie het bewijs van dwang niet vereist was, ook niet ingeval de mensenhandel werd gepleegd jegens meerderjarigen.¹²⁴ Niet was vrouwenhandel, anders dan in het Verdrag, een misdrijf tegen het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid, zo contrasteerde Regout de nationale wetsvoorstellen verder met het Parijse Verdrag.¹²⁵ Dikwijls dragen de 'handelingen der "placeurs"' niet dit karakter, maar zijn zij 'een misdrijf tegen de zeden, ten nauwste verwant aan dat der koppelarij, bedoeld en strafbaar gesteld bij het voorgestelde artikel 250bis [cursivering: origineel]'.¹²⁶ Zonder die stelling verder te substantiëren, is het volgens de justitieminister duidelijk 'dat door de handelingen der "placeurs",

121 Later, bij de behandeling van het voorstel in de Eerste Kamer, zou deze gang van zaken door het lid Van der Feltz als ongrondwettelijk worden beschouwd. Zie daarover in paragraaf 3.2.4.2 meer. Door artikel 250ter in een nota van wijziging neer te leggen, werd overigens niet alleen de Commissie van Rapporteurs, maar ook de Raad van State omzeild.

122 Geïnspireerd dus door voornoemd mensenhandelcongres te Madrid, dat een jaar eerder had plaatsgehad.

123 *Kamerstukken II 1910/11*, 28, 5-6, p. 5. Des te meer wekt het late tijdstip van indienen van het wetsvoorstel verbazing.

124 *Kamerstukken II 1910/11*, 28, 5-6, p. 5. Zie ook Cleiren & Ten Voorde, *AA* 2016, p. 401.

125 Het ligt voor de hand dat de minister hierbij de dwangmiddelen die in het Parijse Verdrag wordt gesteld voor ogen stond. Zie daarover paragraaf 3.2.3.2.

126 *Kamerstukken II 1910/11*, 28, 5-6, p. 5.

de fournisseurs der bordeelen, steeds ten krachtingste de openbare zedeloosheid zal worden in de hand gewerkt'.¹²⁷ Eerder noemt hij als reden om voor het Verdrag van Parijs vooruit te snellen, dat de strafbaarstelling van vrouwenhandel een 'door de belangen der openbare zedelijkheid dringend gevorderde' strafbepaling is. Over het door hem voorgestelde artikel 250ter merkt hij nog op, dat ook de vrouw die reeds als prostituee werkzaam is geweest aan de prostitutie kan worden overgeleverd.¹²⁸ Bovendien hoeft het overleveren, gelet op het oogmerkbestanddeel, niet al plaats te hebben gevonden. Het volstaat dat een handeling heeft plaatsgehad die met het oogmerk daarop werd ondernomen. Ofwel: in de definitie die Regout op het oog had, was vrouwenhandel formeel omschreven. Niet een gevolg – bijvoorbeeld *daadwerkelijke* overlevering aan de prostitutie – karakteriseerde het strafwaardig karakter van het handelen, maar de *sec* handeling met een oogmerk, de gerichtheid van dat handelen op dat gevolg.

Ook bij Regout zien we terug dat de vrouwenhandelgedraging nauw is verbonden met de koppelarij, en daarmee automatisch ook met het 'kwaad der prostitutie'. De beschermde rechtsbelangen worden ook bij hem als het ware afgeleid uit de (gepercipieerde) verwerpelijkheid van de prostitutie en de schade die deze zou aanrichten aan de openbare zedelijkheid. Proces (vrouwenhandel) en eindresultaat (het werk in de bordelen) lopen ook bij Regout dus vloeiend in elkaar over.¹²⁹ Het verbaast daarom eens te meer dat degene die beroepsmatig en opzettelijk de ontucht door anderen met derden teweegbrengt of bevordert maximaal drie maanden gevangenisstraf of een geldboete van 300 gulden kon worden opgelegd, en degene die vrouwen aan deze persoon overlevert, of althans het oogmerk daarop heeft gericht, maximaal vijf jaar gevangenisstraf. Duidelijk werd het overleveren door Regout, net als door Loeff, als een veel zwaarder vergrijp gepercipieerd.

Indachtig zijn abolitionistische wereldbeeld verbaast het overigens niet dat de door Regout voorgestelde strafbaarstelling ruim in haar jasje zit. Tegelijkertijd is het toch wel opmerkelijk dat de overwegingen die daaraan in Parijs waren gegeven in het geheel geen rol spelen in het proces van strafbaarstelling in 1911, ondanks overigens het feit dat dit verdrag expliciet bepaalde dat niets staten belette een meer inclusieve formulering op te stellen.¹³⁰ Ook valt op dat de dissertatie van Collard niet wordt genoemd en dat in het debat over de formulering van de delictsomschrijving in het geheel niet het geluid terug-

127 *Kamerstukken II* 1910/11, 28, 5-6, p. 5.

128 *Kamerstukken II* 1910/11, 28, 5-6, p. 5.

129 Zo ook Haveman 1998, die op dit aspect – het onderscheid tussen de handel en exploitatie – door zijn gehele dissertatie sterk de nadruk legt.

130 In het Slotprotocol bij dit Verdrag was in artikel A bepaald dat de bepalingen waarin de vrouwenhandel was opgenomen te beschouwen zijn als een 'minimum', 'in dien zin, dat het vanzelf spreekt, dat de verdragsluitende Regeeringen volkomen vrij blijven andere gelijksoortige strafbare feiten strafbaar te stellen, zooals bijv. het aanwerven van meerderjarigen, ook zonder bedrog of dwang'. *Kamerstukken II* 1910/11, 310, 4, p. 9.

komt van degenen die meenden dat vrouwenhandel ten aanzien van meerderjarigen gepaard moet gaan met dwangmiddelen. Waar dus op internationaal (Parijs) en nationaal niveau (onder anderen Collard) al geluiden naar voren waren gebracht over het voorkomen van het betreden van het terrein van de prostitutie bij het denken over strafbaarstelling van vrouwenhandel, was daarvan in het wetsvoorstel van Regout weinig meer terug te zien en dat is ook wel begrijpelijk omdat die terughoudendheid ook al op het Congres van Madrid in 1910 *ad acta* was gelegd. Op nationaal niveau was het tegengeluid kennelijk te zwak, of denderde de 'parlementaire trein' die het wetsvoorstel naar zijn bestemming moest voeren¹³¹ zo voortvarend voort, dat betekenisvolle oppositie maar moeilijk kon worden georganiseerd. En wellicht is de verklaring veel simpeler: al voor aanvang van de behandeling van het wetsvoorstel stond vast dat een meerderheid van de Kamer zich achter het wetsvoorstel zou scharen en het is niet ondenkbaar dat Regout om die reden weinig weerstand tegen zijn wetsvoorstel heeft ondervonden, overigens in beide Kamers.¹³² Dat belette Tweede Kamerlid Van Doorn (Liberale Unie) overigens niet om, als een van de weinigen, forse kritiek op de nota van wijziging te uiten. Het heeft ertoe geleid dat tijdens de behandeling in de Tweede Kamer de minister toch nog uitgebreid het woord moest voeren over de vrouwenhandelgedraging en wat daar dan precies onder verstaan moest worden.

3.2.4.2 Behandeling van Regouts voorstel in de Tweede en Eerste Kamer

Het inhoudelijke debat over de voorgestelde strafbepaling inzake vrouwenhandel spitste zich *grosso modo* toe op twee kwesties. De eerste ziet op de reikwijdte van de bepaling: welke gedraging werd door artikel 250ter precies strafbaar en welke eisen zou de handhavingspraktijk, als het artikel eenmaal tot wet zou zijn verheven, moeten stellen aan het bewijs van de objectieve zijde (de handeling) en de subjectieve zijde (het oogmerk) van het delict? Het tweede punt van aandacht spitst zich toe op het onderscheid tussen de vrouwenhandelgedraging en de gedraging die door inwerkingtreding van artikel 250bis strafbaar zou worden, kort gezegd: het beroepsmatig opzettelijk teweegbrengen dan wel bevorderen van ontucht. Beide onderwerpen worden in het navolgende apart van elkaar besproken. Daarbij wordt de behandeling in de Tweede en Eerste Kamer gezamenlijk besproken.

131 Deze beeldspraak is ontleend aan een uitspraak van het Tweede Kamerlid Van Doorn, die deze woorden bezigde tijdens de behandeling van de nota van wijziging. *Handelingen II* 1910/11, 28, vel 405, p. 1571.

132 Zie ook Koenders 1996, p. 158.

De reikwijdte van de vrouwenhandelgedraging in artikel 250ter: actus reus en mens rea

In het voorstel van Regout bestaat de vrouwenhandelgedraging uit twee dragende bestanddelen. Een objectief bestanddeel (*actus reus*), namelijk de 'eenige handeling', en een subjectief bestanddeel (*mens rea*), namelijk het oogmerk (*dolus specialis*) een vrouw aan de prostitutie over te leveren. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel ontstaat een principiële discussie over de vraag of het voorstel in strijd zou zijn met strafrechtelijke beginselen. Zo zijn Regouts opposanten van mening dat het bewijs van de gedraging in artikel 250ter in te grote mate afhankelijk is van de intentie van de dader.¹³³ Ter illustratie gebruikt Van Doorn de figuur van de handelaar die naar Polen reist met het doel daar vrouwen te ronselen om hen, via Amsterdam, in Buenos Aires aan de prostitutie te overleveren.¹³⁴ De handelaar voelt zich reeds in Polen 'in zijn geweten [...] geknepen' en ziet daarom van het plan af. Echter, zo redeneert Van Doorn, deze handelaar heeft reeds een handeling gepleegd met een bepaald oogmerk, en valt daarmee binnen het toepassingsbereik van het voorgestelde artikel 250ter. Van Doorn beoordeelt de inclusie van de bekeerling als 'onmenschkundig' en doet, om Regout te overreden, zelfs een beroep op diens christelijke vergevingsgezindheid in dergelijke gevallen. Er is nog een andere reden waarom Van Doorn, maar ook overigens de voorzitter van de Commissie van Rapporteurs, moeite heeft met de redactie van artikel 250ter: omdat het overleveren niet voltooid hoeft te zijn, zou het vrouwenhandeldelict in feite een preparatoire handeling (op dat overleveren) strafbaar stellen en de voorbereiding werd nu juist, anders dan heden ten dage het geval is,¹³⁵ beoordeeld als in strijd met algemene beginselen van het strafrecht.¹³⁶

Regout was niet onder de indruk van de principiële kritiek op zijn wetsvoorstel. De argumenten die onderdeel uitmaken van zijn repliek zien vooral op het grensoverschrijdende karakter van vrouwenhandel en de strafvorderlijke mogelijkheden die het materieel strafrecht om die reden zou moeten bieden.

133 In de hedendaagse literatuur placht men in dit verband wel te spreken over 'subjectivering'. Laatst actueel was deze discussie vooral rondom de schrapping, in 2007, van het bestanddeel 'kennelijk' uit artikel 46 Sr, dat de voorbereiding regelt. Subjectivering wordt vooral problematisch geacht vanuit het perspectief van het '*Gedachten sind frei*-beginsel'. Zie onder meer Gritter & Sikkema, *DD* 2006/15.

134 Dit voorbeeld ontleende Van Doorn, en later ook minister Regout, aan het voornoemde request van het Nationaal Comité.

135 Vgl. artikel 46 Sr.

136 De voorbereiding is als algemeen leerstuk eerst in 1994 in het Wetboek van Strafrecht geïntroduceerd. Het voornaamste bezwaar tegen invoering ervan in de tijd van Regout kan vooral worden gevonden in de discongruentie met het uitgangspunt van het daadstrafrecht. Hoewel overigens voor 1994 geen plek was voor de voorbereiding als algemeen leerstuk, kende het wetboek zeker wel voorbereidingsdelicten. Kelk & De Jong 2016, p. 422 e.v. Vgl. ook Van Hattum, die spreekt over niet-strafbare 'voor-pogingshandelingen'. Van Hattum 1953, p. 480 e.v. en Rutgers 1992, hfdst. 2.

Daarbij grijpt hij terug op het voorbeeld van de vrouwen die in Warschau worden geronseld met het oogmerk hen – via Amsterdam – in Buenos Aires over te leveren. Zou artikel 250ter slechts het daadwerkelijke overleveren strafbaar stellen, dan zou eerst in Buenos Aires een onderzoekshandeling kunnen worden ondernomen.

‘Met mijn artikel kan ik hier in het land optreden: nu heb ik competentie; nu heb ik voor mij een daad, die op zich zelf in dit land gepleegd is. [...] De reis van die lieden met het vereischte oogmerk, die daad op zich zelf, die niet is een acte préparatoire voor een te Buenos-Ayres te plegen delict, moet opgevat worden als een delict in het binnenland. Dit wilde ik bereiken en dit bereik ik met het voorgestelde art. 250ter’.¹³⁷

Dat zijn artikel intenties zou criminaliseren en in feite een voorbereidingsgedraging als voltooid delict zou worden strafbaar gesteld, berustte volgens Regout op een misverstand. Niet een *oogmerk* wordt door artikel 250ter volgens de minister strafbaar, maar een *handeling met een oogmerk* en wel

‘[...] elke handeling, ondernomen van het oogenblik dat men zich met de vrouw in aanraking stelt tot op het oogenblik, dat men de vrouw aan de prostitutie – wat men voornemens is – overlevert [...]’.¹³⁸

Het lijkt erop dat de deelnemers aan het Tweede Kamerdebat met strafbaarstelling van vrouwenhandel allen de goede zeden voor ogen hadden. Bovendien wordt niet ontkend dat het daadwerkelijk overleveren van een vrouw aan de prostitutie aan de goede zeden schade berokkent.¹³⁹ De meningsverschillen spitsen zich toe op de vraag of die overleveringshandeling ook daadwerkelijk moet hebben plaatsgevonden. Van Doorn leek dit standpunt wel te huldigen en verzette zich tegen strafbaarstelling van een gedraging die louter in indirecte zin op het rechtsbelang van de goede zeden zou zijn betrokken. Volgens hem zou van vrouwenhandel alleen sprake moeten zijn als de overleveringshandeling daadwerkelijk plaats zou hebben gevonden, of althans als zou zijn voldaan aan de gedraging die met het voorgestelde artikel 250bis zou worden strafbaar gesteld: een beroep of gewoonte maken van het opzettelijk teweegbrengen of bevorderen van ontucht door anderen met derden.¹⁴⁰ Strafbbaarstelling van de loutere overleveringshandeling zou niet wenselijk zijn aangezien daarmee ook geheel onschuldige gedragingen onder het bereik van de strafwet

¹³⁷ *Handelingen II* 1910/11, 28, p. 1577.

¹³⁸ *Handelingen II* 1910/11, 28, p. 1577.

¹³⁹ Van Doorn was bijvoorbeeld zonder twijfel voorstander van strafbaarstelling van het bevorderen van ontucht. *Handelingen II* 1910/11, 28, p. 1578.

¹⁴⁰ Hieronder wordt nog het onderscheid tussen artikel 250bis en artikel 250ter besproken. Van Doorn stond op het standpunt dat er geen reden was tussen deze gedragingen te onderscheiden en zag het nut van een apart artikel 250ter niet in.

zouden komen te vallen. Als iemand met twee vrouwen van Warschau over Amsterdam naar Buenos Aires reist, zo stelde bijvoorbeeld Van Doorn, kan dat heel wel zijn '[...] omdat die dames eerst Warschau, dan Amsterdam en vervolgens Buenos Ayres willen zien, en dat kan toch nooit vallen onder het begrip vrouwenhandel'.¹⁴¹ Regout staat een meer inclusieve benadering voor. Het werd reeds opgemerkt, dat het niet zozeer zuiver materieelstrafrechtelijke overwegingen zijn geweest die aan deze opstelling ten grondslag hebben gelegen. Veeleer stonden Regout de strafrechtelijke handhavingsmogelijkheden voor ogen die nodig zouden zijn om effectief tegen de vrouwenhandel op te kunnen komen. Vroegtijdig overheidsingrijpen was vereist en het materieel strafrecht zou daarvoor de ruimte moeten bieden. Vanuit deze behoefte kan ook worden begrepen waarom de minister geen moeite heeft met een gedraging die slechts indirect op het rechtsbelang van de goede zeden is betrokken. Want hoezeer ook de minister op het standpunt staat dat niet een oogmerk, maar een handeling met een oogmerk door artikel 250ter strafbaar wordt, de nadruk ligt – zeker in de moeilijke gevallen – toch vooral op het laatste bestanddeel. Door de ruime termen waarin het wetsartikel is gesteld komen ook op zich neutrale handelingen onder het bereik van de strafwet te vallen. Uit de gedraging zelf – het handelen met een overleveringsoogmerk – vloeit in elk geval de schade niet direct voort. Het te beschermen rechtsbelang – namelijk de goede zeden – wordt door een voltooiing van het delict in artikel 250ter met andere woorden niet geraakt. Artikel 250ter kan dan ook als een gevaarzettingsdelict worden beschouwd. Bovendien is het een abstract gevaarzettingsdelict aangezien het gaat om gedrag dat, met Simester & von Hirsch,

'generates risk only if certain contingencies are present, but the rule applies even if those contingencies are absent and the actor knows of their absence. In such cases [...] there is no genuine risk and, it may seem, no wrong by the actor'.¹⁴²

Te denken valt aan het voorbeeld van Van Doorn. Typisch daaraan is dat het wederrechtelijke karakter van de gedraging niet uit de daardoor opgetreden schade kan worden gedestilleerd: de bron van de schade – de *indirecte* schade – is hier de gedraging die is strafbaar gesteld zelf. Gelet op deze achtergrond is het niet verbazingwekkend dat de minister komt met een strafbaarstelling die vrouwenhandel niet opvat als krenkings-, maar als gevaarzettingsdelict. Het gaat bovendien om een formeel omschreven delict: een op zichzelf neutraal handelen met een oogmerk staat centraal, niet het gevolg daarvan, i.e. de vraag of een vrouw daadwerkelijk aan de prostitutie wordt overgeleverd.¹⁴³ Bij

¹⁴¹ *Handelingen II* 1910/11, 28, p. 1578.

¹⁴² Simester & von Hirsch 2014, p. 76.

¹⁴³ Dat dit in voorkomende gevallen wel het gevolg *kán* zijn van de gedraging doet er voor de bewijsvraag niet toe. Het daadwerkelijk intreden van het gevolg – het overleveren aan de prostitutie – behoort in de woorden van Van Hattum tot de 'accidentalia' en niet tot de 'delictessentialia'. Van Hattum 1953, p. 161.

formeel omschreven delicten wordt dikwijls gewerkt met het oogmerkbestanddeel en dat is ook hier het geval: in het oogmerk weerspiegelt zich het formele karakter van de vrouwenhandelgedraging zoals die door de minister is voorgesteld.

In de Eerste Kamer komt het niet meer tot inhoudelijk debat over de strekking van artikel 250ter, en ook de discussie over het overleveren is daarin niet terug te vinden. Veel meer heeft men in de Eerste Kamer een staatsrechtelijk bezwaar: omdat het hier gaat om een geheel nieuwe strafbaarstelling had artikel 250ter nooit door middel van een nota van wijziging mogen worden ingediend, het pad dat wel door minister Regout was bewandeld. Een meerderheid liet zich door deze constitutionele bezwaren, die vooral door Eerste Kamerlid Van der Feltz werden geuit,¹⁴⁴ niet leiden en zonder hoofdelijke stemming werd het voorstel uiteindelijk aangenomen.

De reikwijdte van de vrouwenhandelgedraging in artikel 250ter: de verhouding met artikel 250bis (het feitelijke bordeelverbod)

Naast de reikwijdte van het delict komt in de Tweede Kamer ook de vraag terug wat nu precies het onderscheid is tussen de gedraging die in artikel 250ter wordt strafbaar gesteld en die in artikel 250bis. Het is wederom Van Doorn die dit onderwerp onder woorden brengt. Blijkens de volgende passage is de parlementariër van mening dat de gedraging die minister Regout met artikel 250bis criminaliseert nauwelijks van de gedraging die met artikel 250ter strafbaar wordt, is te onderscheiden:

‘Bij mij is de vraag gerezen – en ik zal daarop gaarne een antwoord van den Minister ontvangen: wat is nu toch eigenlijk het onderscheid tusschen de feiten die vallen onder art. 250ter en die welke vallen onder art. 250bis? Ik zou deze stelling durven uiten, dat eigenlijk elk feit, dat onder art. 250bis valt, ook valt onder art. 250ter en omgekeerd [...] maar ik durf toch te vragen of iemand, die een handeling pleegt met het oogmerk om een vrouw aan de prostitutie over te leveren, niet opzettelijk te weeg brengt of bevordert de ontucht van anderen. Sluit aan den anderen kant – daargelaten nu het delict waarover wij gisteren spraken [artikel 250bis, LE] – deze laatste uitdrukking wederom eigenlijk niet in zich het overgeven van een vrouw aan prostitutie?’¹⁴⁵

In de kern komt de kritiek van Van Doorn erop neer, dat te zeer sprake zou zijn van concursus tussen de artikelen 250bis en 250ter, die als het ware onderling uitwisselbaar zouden zijn. Elk overleveren zou volgens Van Doorn ook een bevorderen van de ontucht zijn. En omvat dat bevorderen niet ook het overleveren aan de prostitutie? Hoezeer voor zijn argument taalkundig

¹⁴⁴ *Handelingen I* 1910/11, 28, vel 142, p. 537.

¹⁴⁵ *Handelingen II* 1910/11, 28, vel 405, p. 1572. Zie ook *Handelingen II* 1910/11, 28, vel 405, p. 1578.

gezien wel wat te zeggen is, problematisch is dat Van Doorn in het debat wel lijkt uit te zijn gegaan van een te ruime opvatting van artikel 250bis: daaronder vallen, zo meent hij, ook gedragingen met het oogmerk om ontucht te bevorderen. Maar artikel 250bis was nooit als een formeel omschreven delict voorgesteld: het daadwerkelijk opzettelijk teweegbrengen, het daadwerkelijk opzettelijk bevorderen wordt door de delictsomschrijving geleverd, niet slechts een oogmerk daarop.

Regout doet het bezwaar van Van Doorn in stellige bewoordingen af; volgens de minister zou concursus 'à l'ordre du jour' zijn in het Wetboek van Strafrecht:

'Dergelijke gevallen zijn bij duizenden te tellen. Concursus komt dagelijks voor. Ik zou haast zeggen: bij elk artikel van het Wetboek van Strafrecht heeft men concursus; ik geloof niet, dat men één artikel zal vinden, ten aanzien waarvan geen concursus bestaat met een ander artikel van dat Wetboek'.

Los van het feit dat Regout de vermeende overlap niet problematiseert, is hij de opvatting toegedaan dat wel degelijk onderscheid kan worden gemaakt tussen de gedragingen die in de artikelen 250bis en 250ter worden strafbaar gesteld en om dat aan te tonen gebruikt hij het eerdergenoemde voorbeeld van de vrouwen die met een man vanuit Warschau 'over Amsterdam' naar Buenos Aires reizen. Van het teweegbrengen of bevorderen is in dit voorbeeld eerst in Buenos Aires sprake. In Amsterdam evenwel bevinden we ons nog in een voorstadium daarvan; het oogmerk is aanwezig, maar de verwezenlijking daarvan is nog niet daadwerkelijk voltooid. Ook hier weer komt duidelijk het onderscheid naar voren tussen het 'mensenhandelproces' enerzijds en het einddoel daarvan anderzijds.

Het is niet dat de argumenten van Van Doorn geen weerklank vinden in de Tweede Kamer. Minister Regout liet zich door hem niet vermurwen, maar de Commissie van Rapporteurs – die tot taak had over de wetsvoorstellen van Regout te adviseren – was toch wel ontvankelijk voor enkele punten van Van Doorn. Om hem tegemoet te komen, wordt door de commissie voorgesteld om geen definitie van vrouwenhandel in de delictsomschrijving uit te schrijven, maar slechts te volstaan met het benoemen van de strafbaarheid van vrouwenhandel.¹⁴⁶ Het wordt niet goed duidelijk waarom hiermee precies aan de bezwaren van Van Doorn – die zagen op de reikwijdte van de vrouwenhandelbepaling en de overlap met artikel 250bis – zou worden voldaan. Hoe dat ook zij, wat de commissie hier voorstelt is om tot een delictsomschrijving van vrouwenhandel te komen door middel van de zogenaamde 'kwalificatiemethode', zoals we die bijvoorbeeld ook kennen van de strafbaarstelling van mishandeling in artikel 300 Sr: in de delictsomschrijving is dan uitsluitend opgenomen dat een gedraging die kwalificeert als vrouwenhandel of mishandeling straf-

146 *Handelingen II* 1910/11, 28, vel 405, p. 1579.

baar is.¹⁴⁷ Voor de nadere uitwerking van de precieze gedragingen die onder die noemer vallen, is de wetgever vervolgens afhankelijk van de rechtspraak, meer in het bijzonder de uitleg die de rechter in de loop der jaren aan de delictsomschrijving geeft.¹⁴⁸ Regout, die zich eerst geen voorstander van deze route toont, schikt even later in en besluit toch op het voorstel van de commissie in te gaan. Hij is bereid om de delictsomschrijving van vrouwenhandel in de voorgestelde vorm te schrappen en die te vervangen voor een tekst die de kwalificatie vrouwenhandel tot uitgangspunt neemt, maar wel met de wetenschap dat

‘[...] niet ééns, maar herhaaldelijk, wanneer een zaak voor tweeërlei uitlegging vatbaar is, de debatten, welke hier gevoerd zijn, den rechter den te volgen weg aanwijzen’.¹⁴⁹

Ofwel: de rechter krijgt met de ‘delictsomschrijving nieuwe stijl’ een kwalificatie aangereikt die daarmee automatisch voor interpretatie vatbaar wordt, maar duidelijk moet volgens Regout zijn, dat dan wel zijn uitleg leidend moet worden gemaakt. De explicatie van Regout kan als een poging worden gezien om de ruimte om door middel van een wetshistorische of teleologische interpretatiemethode tot een andere uitleg te komen dan de zijne tot een minimum te beperken.

Na de beraadslagingen komt een gewijzigd ontwerp van wet tot stand, waarin de voorgenomen wijzigingen worden neergelegd. De wetteksten, die gefragmenteerd in werking treden,¹⁵⁰ zien er in finale vorm als volgt uit:

Artikel 250bis

Met gevangenisstraf van ten hoogste één jaar of geldboete van ten hoogste duizend gulden wordt gestraft hij die van het opzettelijk teweegbrengen of bevorderen van ontucht door anderen met derden een beroep of eene gewoonte maakt.

Artikel 250ter

Vrouwenhandel wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaren.

In artikel 432 sub 3 Sr wordt strafbaar gesteld:

Hij die als souteneur uit de opbrengst der ontucht van eene vrouw voordeel trekt.

Met de inwerkingtreding van deze artikelen sluiten we onze bespreking van de periode 1850-1911 af. De zestig jaar die achter ons liggen, laten zien wat

¹⁴⁷ Zie over deze methode Kelk/De Jong 2016, p. 106-107.

¹⁴⁸ Wellicht was het de bedoeling om Van Doorn daarmee gerust te stellen: de nadere uitwerking van de delictsomschrijving zou in handen zijn van de rechter.

¹⁴⁹ *Handelingen II* 1910/11, 28, vel 405, p. 1581.

¹⁵⁰ Artikel 432 Sr zou op 15 juni 1911 in werking treden, artikelen 250bis en 250ter Sr zouden volgen op 1 januari 1912.

in de rechtssociologie wel de ‘sociale genese’ van het recht wordt genoemd: veranderende sociale verhoudingen – in dit geval de maatschappelijke verontwaardiging die omstreeks 1880 over de ‘handel in blanke slavinnen’ wortel schiet, leiden – uiteindelijk – tot nieuw recht.¹⁵¹ Hoewel in het Verenigd Koninkrijk al eerder, namelijk in 1885, een ruim geformuleerde strafbaarstelling van die handel tot stand komt, volgt Nederland pas in 1911. De strafwetgever van 1886 had de vrouwenhandel nog niet op zijn netvlies staan, waardoor vanaf de eeuwwisseling discussie ontstaat of het Wetboek van Strafrecht niet toch in een strafbaarstelling daarvan zou moeten voorzien. In het juridisch discours valt vooral de dissertatie van Collard op, die na juridisch-normatief onderzoek tot een formulering van een delictsomschrijving van de ‘handel in blanke slavinnen’ komt. Tegelijk komt in 1904 de Parijse Internationale regeling tot stand, waarin voor de eerste maal wordt voorzien in een definitie van vrouwenhandel die later, in 1910, in het *Verdrag* van Parijs wordt overgenomen. Wat daaruit valt op te maken, is dat ten aanzien van meerderjarigen een dwangvereiste wordt gesteld: alleen een aanwerven, vervoeren of ontvoeren met gebruikmaking van een dwangmiddel is als mensenhandel te kwalificeren. Voorts wordt een strikt onderscheid aangehouden tussen het ‘proces van mensenhandel’ enerzijds en het einddoel daarvan, namelijk het daadwerkelijke overleveren aan de prostitutie dan wel het daadwerkelijk werken in de prostitutie. Dit onderscheid vindt onder meer zijn historische *roots* in de terughoudendheid van landen om op internationaal niveau de ‘prostitutiekwestie’ te regelen; in West-Europese landen speelt dan nog de kwestie of die het beste gereguleerd kan worden of dat zo’n stelsel van overheidsreglementering beter kan worden afgeschaft. De eerste aanzet tot strafbaarstelling in Nederland, in de vorm van een wetsvoorstel van minister van Justitie Loeff, was trouw aan de uitgangspunten en de definitie in het Parijse Verdrag. Maar wat dan in de wetsgeschiedenis nog onzichtbaar is, is dat al langer sprake is van een maatschappelijke onderstroom waarin de ontvankelijkheid voor verdergaande inmenging van de staat in het zedelijk leven toeneemt. Die onderstroom was al zichtbaar in de afkalvende steun voor de reglementering van de prostitutie, maar kwam pas goed tot uiting in de strenge zedelijkheidswetten van 1911. De bepaling over vrouwenhandel die daarvan deel uitmaakte, had een ruimere reikwijdte dan internationaalrechtelijk gezien noodzakelijk: elke handeling met het oogmerk om een vrouw aan de prostitutie over te leveren, zou vanaf dat jaar als vrouwenhandel strafbaar worden, ongeacht de aanwezigheid van dwang en ongeacht de vraag of de vrouw zelf met het overleveren

151 Gebruik wordt hier gemaakt van de definitie van Schwitters. Tegenover de ‘sociale genese van het recht’ stelt Schwitters de ‘sociale werking van het recht’, een term die hij ontleent aan de Groningse hoogleraar rechtsociologie Griffiths. Bij de sociale werking van het recht gaat het niet om de vraag in hoeverre menselijk handelen invloed heeft op het recht, maar in hoeverre dat recht invloed heeft op het menselijk handelen. Zie Schwitters 2008, p. 6, p. 39 e.v.

had ingestemd. Ook het overleveren zelf hoefde nog niet plaats te hebben gevonden: in de wijze waarop minister Regout zich de gedraging voorstelt, komt heel duidelijk het formeel omschreven karakter van de vrouwenhandel-gedraging naar voren. Nederland zou qua strengheid van de zedenwetgeving overigens langere tijd vooroplopen; pas later in de twintigste eeuw is ook op internationaal niveau een beweging waarneembaar die pleit voor striktere mensenhandelwetgeving en een verbod op bordelen. Op die ontwikkelingen wordt in de volgende paragraaf de aandacht gevestigd.

3.3 EEN GEDRAGING IN BEWEGING (1912-2000)

Het zou hier wellicht voor de hand liggen om, zeker nu zonet werd vastgesteld dat de rechter een belangrijke rol zou spelen bij de interpretatie van het vrouwenhandeldelict, een blik te werpen op de ontwikkeling van artikel 250ter Sr in de jurisprudentie. Er zijn twee redenen waarom een andere route wordt gekozen. In eerste instantie is de jurisprudentie over mensenhandel tot laat in de jaren negentig van de twintigste eeuw zeer beperkt gebleven. De Hoge Raad liet zich bijvoorbeeld tot 1974 maar tweemaal over de interpretatie van het vrouwenhandeldelict uit. Daarnaast zal ook de strafwetgeving over vrouwenhandel lange tijd onbediscussieerd blijven.¹⁵² Gelet op deze achtergrond komt het logisch voor de rechtspraak op het terrein van vrouwenhandel pas weer te berde te brengen op het moment dat de jurisprudentie wordt geproblematiseerd. Die problematisering kan zo ongeveer in de jaren zeventig worden gedacht, als zowel de strafbepaling van vrouwenhandel als de wijze waarop de strafrechtshanterende actoren daarmee omgaan onder een vergrootglas komen te liggen. In het kielzog hiervan komt natuurlijk ook de jurisprudentie in beeld, speciaal de wijze waarop de Hoge Raad dat delict van nadere betekenis heeft voorzien. Om kort te gaan: niet de chronologie staat bij het aanhalen van de arresten van de Hoge Raad voorop, maar veeleer het blootleggen van de spanningen die ontstaan tussen de uitgangspunten die daarin zijn geformuleerd en de vanaf de jaren zeventig veranderende maatschappelijke denkbeelden over de regulering van het zedelijk leven en de manier waarop daarmee in het OM-beleid wordt omgegaan.

In deze paragraaf staat wederom een lange periode centraal, namelijk die tussen 1912 en 2000. En ook hier ontkomen we er natuurlijk niet aan de werkelijkheid geweld aan te doen. Onmogelijk kan binnen het bestek van dit onderzoek een behandeling van de wetgevingsgeschiedenis van mensenhandel plaatsvinden zonder soms zevenmijlslarzen aan te trekken. De bespreking van de periode 1912-2000 is gemakshalve opgedeeld in drie subperiodes. De eerste loopt ongeveer van 1912 tot 1950. In het jaar 1921 ziet op het niveau

¹⁵² Zoals opgemerkt noemt Haveman de periode na de totstandkoming van artikel 250ter Sr in 1911 tot ongeveer de jaren tachtig 'windstil'. Haveman 1998, hfdst. 4.

van de Volkenbond een nieuw verdrag het licht dat het Parijse Verdrag uit 1910 aanvult. Ook daarna staat deze subperiode in het teken van de internationale rechtsdocumenten op het gebied van mensenhandel, vooral de verdragen die in 1933 en 1949 tot stand komen. In de eerste plaats omdat Nederland zich deels wel en deels niet aan die teksten committeert en het dus voor een begrip van de ontwikkeling van de Nederlandse wetgeving van belang is hiervan kennis te nemen. Ten tweede omdat gaandeweg een opmerkelijke discrepantie begint te ontstaan tussen het denken op het internationale en Nederlandse, nationale niveau.

De tweede subperiode behandelt de tijd vanaf ongeveer de jaren zestig, waarin, mede onder invloed van de 'sexuele revolutie', de maatschappelijke opvattingen over seksualiteit, en daarmee ook over de rol van de staat bij het reguleren van de seksuele levenssfeer van zijn burgers, beginnen te wijzigen. Naar de als seksuele revolutie gedoopte maatschappelijke ontwikkelingen, en de sociale, culturele en politieke betekenis daarvan, is uitgebreid onderzoek gedaan.¹⁵³ In dit hoofdstuk komt vooral de vraag aan de orde hoe die revolutie invloed heeft gehad op het denken over strafbaarstelling van mensenhandel en aan vrouwenhandel gerelateerde delicten (artikel 250bis en artikel 432 sub 3 Sr). De verschuivingen in het maatschappelijk debat zouden onmiskenbaar invloed gaan uitoefenen op de strafwetgeving die samenhangt met de seksuele levenssfeer. De derde te behandelen subperiode gaat daarop nader in, als een wetsvoorstel wordt behandeld waarin het toepassingsbereik van het vrouwenhandeldelict in aanzienlijke mate wordt beperkt en zelfs voor het eerst de opheffing van het 'bordeelverbod' wordt voorgesteld.

3.3.1 Ontwikkelingen op internationaal niveau

In het navolgende worden drie verdragen besproken die op het niveau van de Volkenbond en, na de Tweede Wereldoorlog, de Verenigde Naties tot stand kwamen. Het gaat dan achtereenvolgens om de verdragen van 1921 en 1933, waarbij Nederland partij was, en het verdrag van 1949, waarin de meest vergaande en strenge strafwetgeving inzake mensenhandel zou worden aangenomen, maar dat Nederland nooit zou ratificeren.

Met het Verdrag van Parijs uit 1910 kwamen de activiteiten van de internationale antimensenhandelbeweging tot een voorlopig einde door het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog.¹⁵⁴ Na de afloop daarvan duurde het echter niet lang voordat die internationale beweging weer op gang kwam. Een belangrijke ontwikkeling die daaraan bijdroeg, is de oprichting van de Volkenbond, die zich nadrukkelijk bevoegd verklaarde op het terrein van de mensenhandel

¹⁵³ Vgl. bijvoorbeeld het al meermalen voorbijgekomen werk van Koenders 1996.

¹⁵⁴ Tussen 1910 en 1914 zijn er nog wel verschillende internationale congressen georganiseerd, maar nieuw recht werd niet gevormd. Zie Siller 2017, p. 63-64.

maatregelen te nemen en te waken over de uitvoering van de reeds bestaande internationale documenten.¹⁵⁵ Nadat enkele mensenhandelconferenties hadden plaatsgevonden, werd op een congres in Genève, in 1921, besloten om de bestaande instrumenten aan te passen,

‘[...] to secure more completely the suppression of the Traffic in Women and Children described in the preambles to the Agreement of May 18, 1904, and to the Convention of May 4, 1910, under the name of “White Slave Traffic”’.¹⁵⁶

De resoluties die op het congres werden aangenomen zouden resulteren in de totstandkoming van het Internationaal Verdrag ter bestrijding van de handel in vrouwen en kinderen.¹⁵⁷ De naam van wat voorheen de handel in blanke slavinnen heette, was niet het enige dat naar aanleiding van het verdrag veranderde. Zo werden nieuwe verplichtingen opgenomen ter intensivering van de internationale samenwerking. Naast voornoemde naamswijziging valt op materieelstrafrechtelijk terrein op dat de reikwijdte van de bestaande verdragen zou worden uitgebreid tot de handel in *alle* minderjarigen, dus ook die van het mannelijk geslacht. Verder voorzag het verdrag, in artikel 3, in de verplichting voor staten om strafbaar te stellen de poging en voorbereiding, dit laatste evenwel alleen ‘within the legal limits’ van de partijen.

Bepalender voor de ontwikkeling van het internationaal recht met betrekking tot mensenhandel zouden de activiteiten van de Volkenbond van na 1921 worden. In een special adviescomité over de mensenhandel, dat was opgericht om aan artikel 23, onder c, van het Volkenbondverdrag uitvoering te geven, groeide de behoefte aan feitelijke informatie over mensenhandel.¹⁵⁸ Om die reden werd een speciale commissie belast met het onderzoek naar de prevalentie en verschijningsvormen van mensenhandel en de effectiviteit van de maatregelen die daartegen werden genomen. Deze opdracht resulteerde in 1927 in een zeer omvangrijke etnografische studie, waarvan de resultaten werden neergelegd in een rapport; voor de studie spraken de onderzoekers zo’n 6.500 personen – overheidspersoneel, politieambtenaren, handelaren en prostituees zelf – in 112 steden en 28 landen, waaronder Nederland.¹⁵⁹

155 In artikel 23, onder c, van het Volkenbondverdrag werd bepaald dat de leden van de Volkenbond ‘will entrust the League with the general supervision over the execution of agreements with regard to the traffic in women and children, and the traffic in opium and other dangerous drugs’. Zie uitgebreid over de totstandkoming van de Volkenbond en het bijbehorende verdrag Walters 1952.

156 Deze passage staat in de preambule van het Internationaal Verdrag ter bestrijding van de handel in vrouwen en kinderen, uit 1921.

157 Internationaal Verdrag ter bestrijding van de handel in vrouwen en kinderen (1921).

158 Snow, *Proceedings of the Academy of Political Science in the City of New York* 1926, p. 414.

159 Limoncelli 2010, p. 77. Klepper heeft uitgebreid onderzoek gedaan naar de achtergronden en uitvoering van deze onderzoeken. Zie daarover Klepper, *Law and History Review* 2016. Zie voor een bespreking van de resultaten met betrekking tot Nederland: Pluskota 2017.

De bevindingen uit het rapport van 1927 zouden grote invloed hebben op de tekst van een nieuw verdrag, waarover de landen van de Volkenbond in 1933 in Genève overeenstemming bereikten. Het is goed om daarbij twee ontwikkelingen uit te lichten. Vanwege de bevindingen uit het rapport uit 1927 was in eerste instantie het besef gegroeid dat mensenhandel voornamelijk een grensoverschrijdend karakter had. In tweede instantie was steeds meer de gedachte gemeengoed dat de mensenhandel in stand kon worden gehouden door het bestaan van bordelen.¹⁶⁰ Het Verdrag van 1933 – voluit het Internationaal Verdrag ter bestrijding van de handel in meerderjarige vrouwen – mengde zich niet in de wijze waarop landen hun prostitutiebeleid zouden moeten inrichten, maar betekende anderszins wel een belangrijke verschuiving ten opzichte van de eerdere documenten. Daarin werd namelijk voorzien in een definitie van *internationale* mensenhandel, waarin bovendien voor het bewijs van deze vorm van mensenhandel niet zou worden vereist dat sprake was van enigerlei vorm van dwang, *ergo*: ook sprake kon zijn van mensenhandel ten aanzien van een volwassen vrouw als zij zelf met de reis en het einddoel daarvan – het werken in de prostitutie – instemde.

Artikel 1 Internationaal Verdrag ter bestrijding van de handel in meerderjarige vrouwen
Gestraft wordt ieder, die, ter voldoening van eens anders lusten, eene meerderjarige vrouw of meisje, zelfs met haar goedvinden, met het oog op het plegen van ontucht in een ander land, heeft aangeworven, medegenomen of ontvoerd, zelfs dan wanneer de verschillende handelingen, die de bestanddeelen van het strafbare feit uitmaken, in verschillende landen gepleegd zijn.

De totstandkoming van deze definitie betekende een niet te geringschatten wijziging ten opzichte van de internationale documenten uit 1904, 1910 en 1921, waarin aan het uitgangspunt van de aanwezigheid van dwang bij volwassenen nog niet was getornd. '1933' betekende een belangrijke overwinning voor de abolitionistische stroming, want hoewel de regulering van prostitutie in het Verdrag niet werd geregeld, betekende de verplichting om bij internationale handel het dwangvereiste te laten vallen dat in feite, en veel meer dan voorheen, de nadruk kwam te liggen op de aard van het prostitutiewerk in plaats van op de strafwaardigheid van het iemand daartoe dwingen. Heel verrassend kwam deze abolitionistische verschuiving overigens niet. De wetgevingsontwikkelingen in Nederland hadden al laten zien dat de bereidheid om met het strafrecht de samenleving verder te 'modifieren' toenam; ook in andere delen van de wereld kan een beweging worden waargenomen waarin de zedelijke orde steeds meer ook via het recht tot uitdrukking wordt

160 Obokata 2006, p. 16.

gebracht.¹⁶¹ En in Volkenbondverband werd in de nasleep van het rapport uit 1927 de gedachte dat de internationale wetgever zich een rol zou moeten toe-eigenen met betrekking tot de regulering van prostitutie steeds meer gemeengoed. Het verdrag uit 1933 is wat dit betreft een product van zijn tijd.

Na 1933 is het pas in 1949 weer dat op het terrein van de mensenhandel nieuw internationaal recht wordt gevormd. In 1937 waren daarvoor al de eerste stappen gezet, maar ditmaal was het de Tweede Wereldoorlog die de werkzaamheden deed stilleggen. Daarna transformeerde de Volkenbond in de Verenigde Naties. In dit kader werd al snel besloten om het conceptverdrag dat in 1937 tot stand was gekomen nieuw leven in te blazen en bij de onderhandelingen daarop voort te borduren. Het concept van 1937 was in grote mate gebaseerd op de etiologie waarvoor men op internationaal niveau steeds ontvankelijker werd: mensenhandel zou bestaan bij de gratie van de legalisering van bordelen. Waar het in de voorgaande decennia onbespreekbaar was om voorstellen te doen die zich zouden mengen in het nationale prostitutiebeleid, brak het Internationaal Verdrag tot bestrijding van de zogenaamde handel in vrouwen en meisjes, dat in 1949 het licht zag, resoluut met deze traditie. Ten opzichte van het verdrag van 1933 werd het dwangvereiste niet alleen voor de internationale, grensoverschrijdende mensenhandel uit de definitie gehaald, ook zou de dwang niet langer vereist zijn voor het bewijs van de interne, binnen de grenzen van nationale lidstaten plaatsvindende mensenhandel. Ook zou het verdrag volledig genderneutraal worden: de handel had in het vervolg betrekking op *personen*, ongeacht hun geslacht of leeftijd. Artikel 1, onder 1, van het Verdrag zou als volgt komen te luiden:

Artikel 1 Internationaal Verdrag tot bestrijding van de zogenaamde handel in vrouwen en meisjes

The Parties to the present Convention agree to punish any person who, to gratify the passions of another:

(1) Procures, entices or leads away, for purposes of prostitution, another person, even with the consent of that person.

Daarmee volstond het Verdrag van 1949 echter niet. In de preambule werd al opgemerkt dat

‘[...] prostitution and the accompanying evil of the traffic in persons for the purpose of prostitution are incompatible with the dignity and worth of the human person and endanger the welfare of the individual, the family and the community [...]’.¹⁶²

161 Kool 1999, p. 77. Kool behandelt overigens alleen de ontwikkeling in Nederland. Door haar is de periode tussen 1911 en 1960 wel aangeduid als ‘zedelijk interbellum’, waarin de grotere bereidheid om het strafrecht in te zetten als instrument om de zedelijke orde te bewaken nader wordt uitgewerkt. Zie Kool 1999, p. 77-83.

162 Deze passage komt uit de preambule van het verdrag.

Die vaststelling leidde de opstellers niet alleen tot het opnemen van een verplichting om mensenhandel strafbaar te stellen. Ook zou de exploitatie van prostitutie, het einddoel van de mensenhandelaar, apart strafbaar moeten worden, ook indien de betrokken persoon zelf met het werk in de prostitutie zou instemmen. Ook werd nog een verdergaande uitbreiding van de mogelijkheden tot strafrechtelijke aansprakelijkstelling rondom de prostitutie beoogd, die zich zou uitstrekken tot enkele 'faciliteerders'. Uiteindelijk zou dit alles terechtkomen in artikel 1, onder 2, van het Verdrag en artikel 2:

Artikel 1, onder 2

The Parties to the present Convention agree to punish any person who, to gratify the passions of another:

(2) Exploits the prostitution of another person, even with the consent of that person.

Artikel 2

The Parties to the present Convention further agree to punish any person who:

(1) Keeps or manages, or knowingly finances or takes part in the financing of a brothel;

(2) Knowingly lets or rents a building or other place or any part thereof for the purpose of the prostitution of others.

Het verdrag van 1949 zou, zo is nu wel duidelijk geworden, een aanmerkelijke breuk betekenen met het verleden, waarin in eerste instantie telkens nog ervan werd uitgegaan dat mensenhandel ten aanzien van meerderjarige personen uitsluitend strafbaar zou moeten zijn indien deze gepaard zou gaan met enigerlei vorm van dwang. Bovendien verplicht dit verdrag de lidstaten niet alleen om de mensenhandel strafbaar te stellen, maar ook het einddoel daarvan aan strikte wetgeving te onderwerpen: elk profiteren door een derde van de prostitutie door een ander zou volgens dit Verdrag moeten worden gecriminaliseerd.

Het verdrag is tot op heden slechts door 82 staten geratificeerd. Het lage aantal ratificaties is wel verklaard vanuit de zwaarwegende bezwaren die sommige staten hadden tegen de inmenging in het landelijke prostitutiebeleid: het organiseren daarvan werd door hen als een soevereine taak beschouwd.¹⁶³ Ook Nederland ratificeerde nooit. Onterecht wordt in de literatuur wel de indruk gewekt dat hieraan het liberale prostitutiebeleid ten grondslag heeft gelegen.¹⁶⁴ Daarvan was in de jaren vijftig evenwel nog geen sprake. Nederland kende met de artikelen 250bis, 250ter en 432 sub 3 Sr juist een strenge mensenhandel- en prostitutiewetgeving waardoor Nederland, als het dit Verdrag zou willen ratificeren, vermoedelijk weinig aanpassingen behoefde te doen.¹⁶⁵ Haveman zoekt de oorzaak voor niet-ratificatie dan ook in de

¹⁶³ Rijken 2003, p. 56.

¹⁶⁴ Zie bijvoorbeeld Nationaal Rapporteur 2002 en Alink & Wiarda 2010, p. 184.

¹⁶⁵ Koenders 1996, p. 595.

moelijkheden die zouden ontstaan bij het handhaven van de internationale verplichtingen op Curaçao, waar juist in 1949 besloten was een gereguleerd 'staatsbordeel' op te richten: Campo Alegre.¹⁶⁶ Pas later komt de liberalisering van het prostitutiebeleid als argument voor niet-ratificatie in zicht.¹⁶⁷

Resumerend is op internationaal niveau in de jaren tussen 1910 en 1949 sprake van een aanmerkelijke verbreding van de definitie van mensenhandel. Die zou voortaan *alle personen* omvatten, ongeacht hun leeftijd, ras of geslacht, en het vereiste van dwang zou in het vervolg niet meer nodig zijn voor het bewijs. De ontwikkelingen op internationaal niveau sluiten naadloos aan op de beweging die eerder in Nederland al waarneembaar was geweest. Waren staten in het begin nog vast ervan overtuigd geweest dat mensenhandel per definitie gepaard moest gaan met dwang, in de loop van de twintigste eeuw werd de ontvankelijkheid om de mensenhandel ook zonder dwang te denken steeds groter. Het Verdrag van 1949 laat zelfs de reserves omtrent het interveniëren van het internationaal recht in de regeling van het prostitutiebeleid varen: voor staten die het verdrag zouden ratificeren, was regulering van de prostitutie niet langer een optie. Parallel hieraan loopt bovendien een groeiende bereidheid om moreel geladen onderwerpen via het strafrecht te regelen en het strafrecht te gebruiken bij het 'vormgeven' van die morele orde. In de navolgende paragraaf zullen we ons richten op de vraag in hoeverre deze ontwikkelingen in de periode erna standhielden. Te zien zal zijn dat vooral in Nederland de denkbeelden over het strafrecht en de zeden snel beginnen te kantelen.

3.3.2 Ontzuiling, individualisering en democratisering: invloed op het strafrecht

Het tijdsgewricht dat in deze paragraaf wordt besproken kan gerust als onstuimig worden aangeduid. Toen het Verdrag van 1949 tot stand kwam, kon nog met een gerust hart worden uitgegaan van een zuiver abolitionistisch perspectief, zonder daarbij te stuiten op onoverkomelijke en principiële meningsverschillen. Weinigen hadden kunnen bevroeden dat het in Westerse landen zo snel tot een eruptie van maatschappelijke onvrede zou komen. De cesuur is

¹⁶⁶ Dit gebeurde vanuit het besef, zo schrijft Haveman, dat Curaçao de prostitutie nooit helemaal zou kunnen verbieden vanwege zijn positie als wereldhaven. Zie Haveman 1998, p. 151.

¹⁶⁷ Hierbij zal uitgebreid worden stilgestaan in paragraaf 3.3.2. Overigens is het Nederlandse standpunt omtrent de niet-ratificatie van het VN-Verdrag uit 1949 in 2014 nog eens herhaald door toenmalig minister van Buitenlandse Zaken Timmermans, in antwoord op vragen uit de Tweede Kamer. *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 940, p. 2.

groot.¹⁶⁸ Het paternalistische uitgangspunt van het VN-Verdrag – waarbij *au fond* de staat definieerde wat ‘zedelijk goed’ was (en wat niet) – was in de jaren zestig alras niet meer vanzelfsprekend. Het ligt buiten het bestek van dit onderzoek grondig in te gaan op de maatschappelijke onderstromen die aan deze ontwikkeling ten grondslag lagen. Kort kan worden gezegd dat het veelomvattende noties als ontzuiling en individualisering, en de daarmee gepaard gaande (seksuele) democratisering en (seksuele) emancipatie waren, alle met hun oorsprong in de jaren zestig van de vorige eeuw, die ook het strafrecht en het denken daarover in sterke mate beïnvloedden.¹⁶⁹ De vergaande maatschappijkritiek die in de jaren zestig ontstaat, raakt het staatsgezag onmiddellijk, en het strafrecht als uiting daarvan in het bijzonder. Het betreft dan in eerste instantie de meest zichtbare elementen van het strafrecht: de hantering ervan door strafrechtelijke actoren zoals politie, OM en rechter. ‘t Hart spreekt in dit verband in termen van een ‘legitimiteitscrisis’ en hoewel hij vooral werk heeft gemaakt van het creëren van een gemoderniseerde grondslagentheorie voor de legitimiteit van het optreden van het OM, gold deze volgens hem net zozeer de opsporing en de rechtspraak.¹⁷⁰

De snel veranderende opvattingen over de inrichting van de maatschappij, de plaats van het individu daarin en de positie van ‘het gezag’ in de breedste zin des woords, maakt dat ook de rol van het strafrecht ter discussie wordt gesteld. Hoewel de kritiek zich voor het oog vooral op het *optreden* van de strafrechtelijke actoren richt, ligt daaronder natuurlijk een materieelstrafrechtelijk systeem ten gronde dat – in elk geval vanuit een star, legalistisch perspectief bezien – de ruimte bood voor een verder dan gewenst overheidsoptreden. Het zou dan ook niet lang duren eer niet alleen de inzet en omgang met het strafrecht door strafrechtelijke autoriteiten onderwerp van debat zou worden, maar ook het materieel strafrecht zelf, meer in het bijzonder de gedragingen die daarin ‘ter handhaving’ aan de strafrechtelijke actoren werden ‘aangeboden’. Dat uit zich bijvoorbeeld in de oprichting van meerdere staatscommissies

168 Ook buiten de strafrechtelijke literatuur is er veel aandacht voor de snelheid waarmee morele opvattingen in Nederland veranderden. In zijn studie naar de jaren zestig in Nederland, relateert de historicus Kennedy de snelheid van dit proces aan de relatief summiere weerstand die de Nederlandse elites boden aan de ‘modernisering’. De typisch Nederlandse houding ten aanzien van de snelle, maatschappelijke veranderingen was er volgens Kennedy één van onvermijdelijkheid: de moderniteit – en de wijzigende opvattingen over moraal, zeden en seksualiteit – werd beschouwd als een niet te stoppen kracht en daartegen opkomen werd als vergeefse moeite gezien. De ‘buigzame elites’ zijn volgens Kennedy ook de reden waarom de jaren zestig in Nederland relatief geweldloos verliepen, vooral afgezet tegen de wijze waarop het moderniseringsproces zich in de Verenigde Staten ontwikkelde. Kennedy 1995, p. 18, p. 102.

169 Voor een uitgebreide analyse van de invloed van deze maatschappelijke verschuivingen op het Nederlands strafrecht kan men terecht bij ‘t Hart 1994, hfdst. 1. Voor studies naar de veranderingen in het Nederland van de jaren zestig zij verwezen naar Kennedy 1995 en Righart 1995.

170 ‘t Hart 1994, p. 15-84.

die zich over de wenselijkheid van strafbaarstelling van verschillende zeden-delicten zouden moeten bogen.¹⁷¹

In deze paragraaf spitsen we ons toe op de vraag welke de veranderende maatschappelijke denkbeelden waren over de strafbaarstelling van mensenhandel en daarmee verwante strafwetgeving. Vervolgens wordt bekeken hoe die veranderingen invloed hebben uitgeoefend op de plaats die het strafrecht bij de handhaving daarvan werd toegedacht, waarbij in eerste instantie de veranderende houding aan de orde wordt gesteld die waarneembaar is in de rapporten van verschillende adviescommissies, maar gaandeweg ook in het strafvorderlijk beleid. In paragraaf 3.3.3 staat apart de vraag centraal hoe deze gewijzigde maatschappelijke opvattingen uiteindelijk hebben doorgewerkt in het materieel strafrecht en in het bijzonder op de strafwetgeving van vrouwenhandel en daarmee verwante strafbaarstellingen.

De woelige jaren zestig, en met name het veranderende denken daarin over seksualiteit en seksuele relaties, maakte dat ook de strafwetgeving die daarmee samenhang ter discussie kwam te staan.¹⁷² Aan de gewijzigde opvattingen over de 'sexualiteit' zou volgens de naar haar tweede voorzitter genoemde commissie-Melai een sterk argument ontleend kunnen worden om bestaande strafbepalingen '[...] regelmatig op hun maatschappelijke aanvaardbaarheid te onderzoeken'.¹⁷³ Met die zin raakte de commissie direct ook aan haar *raison d'être*. De commissie was door de minister van Justitie ingesteld om die 'maatschappelijke aanvaardbaarheidstoets' uit te voeren voor onder meer de wetgeving inzake de filmkeuring (waarover het eerste interimrapport handelt), de pornografie (in het tweede interimrapport), de prostitutie (in het derde interimrapport) en uiteenlopende, in de zedentitel opgenomen, delicten (de analyse daarvan is opgenomen in het eindrapport van de commissie).¹⁷⁴ De behoefte aan deze commissie, die ook wel als de Commissie Zedelijkheidswetgeving bekend is komen te staan,¹⁷⁵ illustreert reeds dat de opvattingen over

171 Invloedrijk is bijvoorbeeld het advies van de Gezondheidsraad uit 1969, waarin intrekking van artikel 248bis Sr wordt aanbevolen, onder meer vanwege het discriminatoire karakter daarvan. In artikel 248bis Sr was zakelijk gezegd de meerderjarige strafbaar gesteld die met een minderjarige van hetzelfde geslacht ontucht pleegt. Zie nader over artikel 248bis Sr: Salden, *Groniek* 1980, p. 38-48; Kelk, *AA* 2015, p. 521; Koenders 1996, p. 157-158. Andere invloedrijke commissies waren die van Stoffels en Melai. Hun adviezen worden in het navolgende uitgebreid behandeld.

172 In een nog uitgebreid aan bod komend advies van de commissie-Melai wordt gesignaleerd dat sprake is van een 'toenemende – grotere – vrijmoedigheid op het gebied van de sexualiteit [...]'. Melai 1973, p. 7.

173 Melai 1977, p. 11. Zie over de achtergrond van de commissie nader Melai 1973, p. 5.

174 Het eindrapport ligt bijvoorbeeld ten grondslag aan de schrapping, in 1991, van het bestanddeel 'buiten echt' in de strafbepaling van het misdrijf verkrachting (artikel 242 Sr).

175 Niet te verwarren met de door het WODC ingestelde commissie die meer recent onderzoek heeft gedaan naar de vraag of de misdrijven tegen de zeden moeten worden herzien. Zie daarvoor Lindenberg & Van Dijk 2016.

de zeden in het algemeen, en de rol van het strafrecht als handhaver van die zeden in het bijzonder, aan verandering onderhevig was.

De opdracht aan de commissie-Melai om specifiek over de houdbaarheid van de prostitutiewetgeving te rapporteren, kan vooral worden begrepen vanuit het in de jaren zestig en zeventig ontstane gedoogbeleid omtrent de prostitutie, dat weer het gevolg was van de liberalere opvattingen omtrent het bestaan van die prostitutie en de personen die zich daaromheen bewogen. De 'detente' die rondom het prostitutiefenomeen was ingezet, en rondom degenen die aan het in stand houden daarvan bijdroegen, was reeds zichtbaar geweest in een rapport van de commissie-Stoffels uit 1964.¹⁷⁶ Ook die commissie was door de minister van Justitie ingesteld om over het vraagstuk van de prostitutie in het strafrecht te adviseren.¹⁷⁷ Ook in het rapport van deze commissie is al een zekere huiver te herkennen om het strafrecht te gebruiken om het 'zedelijk goede leven' van burgers te bevorderen.¹⁷⁸ Hoewel de commissie-Stoffels concludeert dat het stelsel van zedendelicten in het algemeen geen aanpassing behoeft, adviseert zij wel om de strafbaarstelling van de souteneur te wijzigen. Naar het oordeel van de commissie zou die strafbaarstelling te zeer worden gebruikt voor de passieve souteneurs; personen die zich de inkomsten uit het prostitutiewerk van de vrouw weliswaar lieten aanleunen, maar geen verdere, actieve rol speelden bij haar tewerkstelling en het ontvangen van opbrengsten daaruit.¹⁷⁹ Om die reden stelt de commissie voor alleen nog de actieve souteneur strafbaar te stellen.¹⁸⁰ Ook is zij voorstander van een overplaatsing van het delict: dat zou geen overtreding (van de openbare orde) moeten zijn, maar een misdrijf, en wel een misdrijf tegen de zeden.¹⁸¹

Van het zonet genoemde gedoogbeleid, dat dus de aanleiding was om de commissie-Melai ook, en zelfs met voorrang, om een advies over de houdbaarheid van de met prostitutie verwante strafwetgeving te vragen, was in feite sprake op zowel centraal als decentraal niveau. Centraal omdat nauwelijks

176 Stoffels 1964.

177 De commissie werd ingesteld bij Besluit van de minister van Justitie d.d. 21 maart 1962, Stafafdeling Wetgeving, nr. 88/662.

178 Stoffels 1964, p. 5.

179 Ten grondslag aan deze bevinding liggen volgens de commissie ervaringen '[...] van de bij opsporing, berechting en maatschappelijke benadering betrokken leden der commissie'. Stoffels 1964, p. 29. De commissie ontleende het onderscheid tussen de actieve en passieve souteneur aan Pompe, die dat introduceerde in zijn annotatie bij HR 21 september 1948, NJ 1949/13. Pompe had met de actieve souteneur het oog op degene die de vrouw tot ontucht aanzet, haar daartoe bijstaat en de geldelijke opbrengst op peil tracht te houden. De passieve souteneur is volgens Pompe de persoon die zich de geldelijke voordelen van en de stoffelijke verzorging uit de prostitutie laat aanleunen, maar die verder met het 'bedrijf der publieke vrouw' geen bemoeienis heeft.

180 De delictsomschrijving die de commissie heeft voorgesteld zou zich beperken tot de souteneur die een ander beweegt hem uit diens ontucht te bevoordelen. In het bestanddeel 'beweegt' komt het 'actieve' van de souteneur tot uitdrukking.

181 Stoffels 1964, p. 35.

nog op vervolging van de artikelen 250bis, 250ter of 432 sub 3 Sr werd ingezet.¹⁸² Decentraal in dier voege dat ook de gemeenten een belangrijke rol konden spelen bij het weren van de prostitutie binnen hun grenzen,¹⁸³ maar steeds meer overtuigd raakten van het feit dat juist ook een vorm van (beperkte) regulering, en dus toestemming, nodig was om uitwassen te voorkomen. Dat leidde tot de volgende paradox: wat de (centrale) strafwetgever strafbaar stelde – zakelijk gezegd het teweegbrengen dan wel bevorderen van ontucht – werd op het decentrale niveau in sommige gevallen toegestaan en in voorkomende gevallen zelfs bewust gefaciliteerd.¹⁸⁴ Tegelijkertijd werden gemeenten steeds vaker geconfronteerd met de overlast die het gedogen van prostitutie met zich bracht, waarbij vooral te denken is aan ruimtelijke problematiek, zoals geluidsoverlast of de aanloop van verkeer. Al snel ontstond de behoefte prostitutie door middel van lokaal beleid verder te reguleren, waarbij dan als uitgangspunt gold dat prostitutie tot op zekere hoogte gedoogd zou worden, maar wel nader gereguleerd om uitwassen als uitbuiting, maar ook de openbare-ordeproblematiek, te voorkomen.¹⁸⁵ Tegelijkertijd waren gemeenten zich al te goed bewust van de ruime reikwijdte van de strafbepalingen ter zake. Vanwege aanhoudende problemen in de Rotterdamse wijk Katendrecht ontstond aldaar de behoefte om een zogenaamd 'eroscentrum' op te richten dat, gemodelleerd naar buitenlands voorbeeld, de prostitutie in de stad zou concentreren en dus beter beheersbaar zou maken.¹⁸⁶ Maar direct kwam dan artikel 250bis Sr in zicht: zagen we hier niet een gemeente die opzettelijk de prostitutie bevorderde dan wel teweegbracht?¹⁸⁷

Het rapport van de commissie-Melai gaat, gelet op deze achtergrond, niet alleen over de strafwetgeving omtrent prostitutie, maar ook over de verhouding daarvan met gemeentelijke verordeningen. Volgens Melai c.s. was in

182 Haveman 1998, hfdst. 4. Elders zegt Haveman dat de periode vanaf de Eerste Wereldoorlog tot de jaren zeventig gekarakteriseerd wordt door 'een zekere mate van desinteresse' in vrouwenhandel, onder meer tot uiting komend in het lage aantal zaken dat voor de rechter werd gebracht. Haveman, *JV* 1996, afl. 1, p. 27. In zijn dissertatie uit 1998 noemt hij de periode, zoals eerder al werd opgemerkt, 'windstil'.

183 Volgens Melai c.s. berustte het in 1977 vigerende stelsel 'op een landelijke strafbepaling die plaatselijk wordt aangevuld met gemeentelijke politieverordeningen'. Melai 1977, p. 15.

184 Zoals Scholtes opmerkt werd de beleidsruimte op gemeentelijk niveau '[...] ernstig beperkt doordat het bevorderen van prostitutie in artikel 250bis Wetboek van Strafrecht strafbaar is gesteld. Het gevoerde beleid kenmerkt zich dan ook door ad hoc beslissingen met een beperkte strekking, bijvoorbeeld alleen tot doel hebbend de overlast te beperken'. Scholtes, *JV* 1987, afl. 1, p. 49.

185 Vgl. ook Haveman 1998, p. 174: 'Prostitutie staat vanaf het midden van de jaren zeventig hoog op de politieke agenda, niet het minst naar aanleiding van problemen waarmee verschillende gemeenten worden geconfronteerd wanneer zij een prostitutiebeleid willen ontwikkelen. Prostitutie blijkt een niet uit de stad weg te denken verschijnsel dat men, vooral vanuit het perspectief van de openbare orde redenerend, beter dan te bestrijden, wil reguleren'.

186 Haveman 1998, p. 174.

187 *Kamerstukken II* 1983/84, 18202, 4, p. 7.

Nederland in 1977 sprake van een 'selectief bestrijdend' beleid op het terrein van de prostitutie, waarbij dan werd bedoeld op zowel de strafbepalingen daarover als de daarmee samenhangende lokale regelgeving. Hoewel de tentakels van het materieel strafrecht in potentie ver reikten – en vanuit een strikt legalistisch perspectief niets een repressief beleid in de weg stond – was in de praktijk ook sprake van een selectief beleid. De 'verwezenlijking' van het strafrecht beperkte zich tot excessen: het strafrechtelijk beleid was inmiddels zo ingericht dat eerst dan met het strafrechtelijk instrumentarium zou worden ingegrepen als sprake was van, kort gezegd, een beperking van de wilsvrijheid aan de kant van de prostituee. Samenvattend was eind jaren zeventig sprake van een onderlaag van tamelijk ruim geformuleerde strafbepalingen waarin veel gedragingen omtrent de prostitutie in beginsel als strafbaar konden worden geëtiketteerd, maar vormde de bovenlaag van maatschappelijke overtuigingen en het daaruit voortkomende selectieve strafvorderlijke beleid daarop een belangrijke, mitigerende factor.

Het wordt in het rapport over de prostitutie al snel duidelijk hoe de commissie-Melai zich tot deze maatschappelijke stand van zaken verhoudt. Vooral de door haar genoemde, en ook in haar andere rapporten aangehangen, 'principiële uitgangspunten' zijn wat dit betreft belangrijke graadmeters voor de aanbevelingen die de commissie uiteindelijk formuleert. In die uitgangspunten is duidelijk een gewijzigd denkpatroon te herkennen, voornamelijk als dat wordt afgezet tegen het denkkader van de strafwetgever van 1911. Volgens de commissie 'behoort het niet tot de taak van de staat zijn opvattingen omtrent het zedelijk goed leven met behulp van het strafrecht af te dwingen'.¹⁸⁸ In alle van de hand van de commissie verschenen rapporten klinkt primair de verticale rechtsbeschermingsidee door, die daarin vooral wordt ontleend aan de in 1948 tot stand gekomen Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (UVRM) en het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden uit 1950 (EVRM). Volgens de commissie waarborgen beide documenten een privésfeer van de burger die in beginsel onaantastbaar is, wat tevens de erkenning inhoudt

'dat de uitingen welke in die sfeer aan de beleving van de eigen seksualiteit worden gegeven zich aan de waardering daarvan door de staat of zijn organen behoren te onttrekken'.¹⁸⁹

Melai c.s. vereenzelvigen zich waar het gaat om de rol van het strafrecht met de uitgangspunten die bij de opstelling van het strafwetboek van 1886 door minister Modderman werden gehuldigd: strafrecht is het *ultimum remedium* en dient niet te worden gehanteerd op de wijze waarop de strafwetgever van 1911 dat voor ogen had. In de woorden van de commissie: niet het door Regout

188 Melai 1980, p. 9.

189 Melai 1980, p. 9.

voorgestane herstel van een 'bovenpersoonlijke "zedelijke" orde'¹⁹⁰ moet met dat strafrecht worden gehandhaafd, maar vooral toch de vrijheid van het individu.¹⁹¹ De staat is, zo klinkt het, geen *arbiter morum*.¹⁹² Boutellier spreekt in dit verband treffend over de 'ontmoralisering' van de seksualiteit.¹⁹³

Vanuit de verticale beschermingsgedachte past het de overheid niet uitsluitend een repressief beleid te voeren, zo luidt de slotsom van de commissie. Melai c.s. beschouwen zowel de bevordering van als de profijttrekking uit de prostitutie als een gegeven en onthouden zich in beginsel van een waardeoordeel daaromtrent. In beginsel zou een al te strikte toepassing van het materieel strafrecht aldus leiden tot inbreuken op vrijheden die juist door het internationaal recht worden gegarandeerd, zo lijkt de commissie te stellen. Het bevorderen en voordeel trekken worden eerst dan problematisch als bepaalde grenzen worden overschreden. Op zoek naar de vraag waar deze grenzen precies te trekken, stelt de commissie zich een model voor waarin:

'[...] aan de ene kant wordt geplaatst de prostitutie, bedreven door iemand die daarbij onafhankelijk is van derden en die daartoe ook niet door derden wordt aangespoord of aangedreven. Aan de andere kant hebben wij van doen met de prostitutie die wordt bedreven in een door anderen geëxploiteerd bordeel. In dat laatste geval bevindt de prostituee zich in een afhankelijke positie, omdat de ruimtelijke gelegenheid waarvan gebruik wordt gemaakt en de exploitatie van de prostituee zelf doorgaans in handen is van derden en de individuele zeggenschap van de prostituee over haar positie doorgaans zeer beperkt is of tot nul is gereduceerd. Tussen deze twee gevallen ligt een groot aantal verschijningsvormen van prostitutie. Het eerste geval acht de commissie toelaatbaar, het laatste zal onder bezwarende bijkomende omstandigheden als ontoelaatbaar kunnen worden aangemerkt'.¹⁹⁴

De commissie-Melai gaat dus uit van een liberaal beginsel, namelijk dat het strafrecht uiterst redmiddel is. Bevordering van de prostitutie – strafbaar gesteld in artikel 250bis Sr – en de profijttrekking daaruit komen eerst dan voor strafrechtelijke handhaving in aanmerking indien de onafhankelijkheid en de individuele zeggenschap van de prostituee in gevaar komen. De bevordering van prostitutie, die door de commissie ook wel 'exploitatie' wordt genoemd, is naar het oordeel van de commissie pas problematisch 'in die gevallen waarin onaanvaardbare kanten van de exploitatie (bevordering) van de prostitutie dat gebieden of wenselijk maken'.¹⁹⁵ Verderop zegt de commissie

190 Melai 1973, p. 9.

191 Melai 1973, p. 9.

192 Melai 1977, p. 19.

193 Boutellier, *JV* 1987, afl. 1, p. 22. Zie meer uitgebreid Boutellier 1993, hfdst. 6.

194 Melai 1977, p. 12.

195 Melai 1977, p. 27.

dat bescherming van de overheid onder meer geëigend is bij 'het tegengaan van uitbuiting van personen die zich bij de exploitatie (bevordering) van prostitutie kan voordoen'.¹⁹⁶ En elders meent de commissie dat

'de functie – die de prostitutie in het maatschappelijk leven vervult – gepaard kan gaan met zodanige (waarneembare) omstandigheden of situaties, dat het vermoeden of de conclusie van bedenkelijke economische of morele uitbuiting en exploitatie van bij de prostitutie betrokken [...] personen gewettigd is'.¹⁹⁷

Het lastige is evenwel dat in het rapport niet wordt geëxpliciteerd wat met die 'uitbuiting' precies wordt bedoeld en hoe die term zich bijvoorbeeld verhoudt tot het thema van de wilsvrijheid of de gedragingen die in artikel 250bis Sr en artikel 250ter Sr zijn strafbaar gesteld. Ook maakt de commissie niet duidelijk of het uitgangspunt van de vrijheid impliceert dat artikel 250bis Sr in wezen een dwangbestanddeel zou moeten herbergen. Wel zegt de commissie dat het beleid inzake de bestrijding van uitbuiting vooral moet worden gericht op het

'voorkomen van machtsconcentratie binnen de wereld die het onderwerp is van dit rapport. Macht is immers een voedingsbodem voor machtsmisbruik en dus voor uitbuiting'.¹⁹⁸

De kern van uitbuiting ligt, de commissie zo lezend, dus in het misbruik dat wordt gemaakt van een machtspositie, een element dat we eerder als bestanddeel zagen langskomen in de vrouwenhandeldefinitie uit het Verdrag van Parijs uit 1910. Het gaat de commissie heel duidelijk om het misbruik dat binnen de prostitutiebranche kan worden gemaakt van bestaande afhankelijkheden van de prostituee tot een derde, waarbij moet worden opgemerkt dat 'dwang' door de commissie breed lijkt te worden opgevat; uit de passages hierboven lijkt voort te vloeien dat die ook kan bestaan in de 'ruimtelijke afhankelijkheid' die ontstaat indien een prostituee binnen een bordeel werkzaam is.

Gelet op de *ultimum remedium*-gedachte die door de leden van de commissie wordt gehuldigd verbaast het niet dat de commissie adviseert de met prostitutie gepaard gaande uitwassen vooreerst door middel van het bestuursrecht aan te pakken, bijvoorbeeld door op lokaal niveau de mogelijkheid te creëren panden te sluiten indien daar ontoelaatbare vormen van prostitutie plaatsvinden. De commissie heeft daarbij overigens niet alleen oog voor de voornoemde uitbuitingsproblematiek, maar ook voor de meer ruimtelijke problemen die de prostitutie met zich kan brengen, zoals geluidsoverlast of de, in de

196 Melai 1977, p. 27.

197 Melai 1977, p. 11.

198 Melai 1977, p. 21.

woorden van de commissie, ‘vulgarisering’ van de buurten waar prostitutie plaatsheeft. Het strafrecht speelt slechts een rol in de ‘tweede linie’ van het beleid.¹⁹⁹ Ofwel ter sanctionering van de zojuist opgeworpen sluitingsmaatregel ofwel als preventiemiddel: controles op strafrechtelijke grondslag, uitgevoerd door de politie, zouden volgens de commissie kennelijk vaak al volstaan gelet op hun afschrikwekkend effect. Pas indien de gemeentelijke maatregelen ontoereikend zouden blijken, zou er plaats zijn voor strafrechtelijke handhaving op basis van artikel 250bis Sr. In grote lijnen volgden Melai c.s. daarmee de reeds bestaande situatie, waarin het officieuze overheidsbeleid zo was ingericht dat de prostitutie en de bevordering daarvan alleen werden getolereerd zodra die niet tot al te grote problemen (overlast) leidden. Ook de commissie-Melai staat een fijnmazig beleid voor waarin continue afstemming plaatsvindt tussen gemeenten, die primair aan zet zijn, politie en OM. De commissie pleit voor het behoud van het repressief-selectieve beleid en zorgt er daarmee tevens voor dat het karakter van het beleid omtrent de prostitutie niet zozeer geregeerd wordt door het materieel strafrecht, maar veeleer door de keuzes die de strafrechtshanterende instanties maken op basis van beleidsoverwegingen en, dat komt steeds naar voren, in nauw overleg met gemeenten.²⁰⁰ Vandaar ook dat de ruime reikwijdte van artikel 250bis Sr en artikel 432 sub 3 Sr verder niet wordt geproblematiseerd. In het rapport van de commissie wordt gepleit voor het behoud van artikel 250bis Sr in de bestaande vorm en de gedachte daarachter lijkt te zijn geweest om ‘de rechtshandhaving’ voldoende ruimte te geven om naar eigen inzicht, conform de eigen overwegingen, beleid te voeren. We zien hier dus een focus op strafvorderlijk beleid. Bovendien een gedecentraliseerd strafvorderlijk beleid, waarbij een door de centrale wetgever aangereikt instrument – namelijk de strafwet – door middel van de werking van het strafvorderlijk beleid lokaal anders kan worden gehanteerd en in voorkomende gevallen als correctief daarop dient. In feite zag de commissie-Melai in de beleidsvrijheid van de officier van justitie – die onder meer tot uitdrukking komt in een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel²⁰¹ – de mogelijkheid om gemeenten beleid te laten voeren waarin het nader reguleren van prostitutie mogelijk werd zonder te hoeven vrezen voor vervolging op grond van artikel 250bis Sr. In dit verband is ook begrijpelijk waarom de commissie het zogenaamde ‘driehoeksoverleg’ naar voren schuift als belangrijk gremium om afstemming en uniformiteit in het te voeren beleid te creëren.

In deze paragraaf is er nog geen aandacht geweest voor de wijze waarop de commissie-Melai de strafbaarstelling van artikel 250ter Sr beoordeelt. Die

199 Melai 1977, p. 20.

200 Melai 1977, p. 20.

201 De positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel is door het OM voor het eerst bevestigd in 1970. Buruma 1999, p. 20. Zie daarover nader Geelhoed 2013, p. 103 e.v.; ‘t Hart 1994, p. 117 e.v.

doet dat onderwerp betrekkelijk kort af, namelijk in een hoofdstuk van nog geen twee pagina's. Daarin komt de commissie, zonder omhaal van woorden, tot de slotsom dat

'[...] artikel 250ter niet kan worden gemist, en dat heroverweging van de internationale verplichtingen die eraan ten grondslag liggen niet behoeft plaats te hebben'.²⁰²

De commissie is de opvatting toegedaan

'[...] dat de verhandelbaarheid van mensen volstrekt in strijd is met de menselijke waardigheid, en al daarom inbreuk maakt op de juist heden ten dage met klem onderstreepte fundamentele vrijheden en rechten van de mens: in het bijzonder van kwetsbare jonge mensen'.²⁰³

Voorts:

'De commissie ziet de vrouwenhandel als een zeer verwerpelijke uitwas in verband met de prostitutie en zij meent op die grond dat de hogere strafbedreiging ten opzichte van die van artikel 250bis gerechtvaardigd is'.²⁰⁴

Haveman heeft er terecht op gewezen, dat de interpretatie van het standpunt van de commissie wordt bemoeilijkt omdat niet duidelijk wordt welke definitie van vrouwenhandel de commissie voor ogen had staan. Had zij de ruime lezing van artikel 250ter Sr van Regout op het netvlies of veeleer de ontstane praktijk van het OM-beleid, waarin de strengheid van dat wetsartikel in voorkomende gevallen door het voeren van een selectief strafvorderlijk beleid kon worden gecorrigeerd? Los daarvan is het ook opmerkelijk dat de commissie artikel 250ter Sr vooral in de sleutel plaatst van de bescherming van het rechtsbelang van de vrijheid, van de volgens de commissie in beginsel onaantastbare privésfeer van de burger, daar waar de strafwetgever van 1911 niet zozeer die vrijheid tot uitgangspunt nam, maar toch vooral de goede zeden die door de vrouwenhandel zouden worden beschadigd. Wat ook bevreemdt, is dat de commissie-Melai de strafbaarstelling van vrouwenhandel niet problematiseert in het licht van de beperkingen die deze zou kunnen opwerpen voor de vrijheid. Juist door het ontbreken van een dwangmiddel in artikel 250ter, zou men kunnen stellen, werden ook vrouwen die van hun vrijheid wilden gebruik maken om in de prostitutie te werken, beperkt in hun mogelijkheden.²⁰⁵

202 Melai 1977, p. 26.

203 Melai 1977, p. 26.

204 Melai 1977, p. 26.

205 Kritisch over de verhouding tussen de door Melai c.s. geformuleerde uitgangspunten en de uiteindelijk door de commissie voorgestelde aanbevelingen is Hulsman 1983, p. 244. Die uitgangspunten zijn volgens Hulsman 'in de demarche van het eindrapport niet

Waar de commissie-Melai dus een aanzienlijke correctie voorstelt op de hardheid van artikel 250bis Sr laat zij de strekking van artikel 250ter Sr verder intact, zonder dat overigens duidelijk wordt welke definitie van vrouwenhandel de commissie op het oog had. Wat uit het advies over artikel 250bis Sr evenwel valt op te maken, is dat heel duidelijk het strafvorderlijk beleid wordt aangesproken. De commissie had immers ook wijziging van artikel 250bis Sr kunnen voorstellen, maar richt zich in plaats van de strafwetgever op het OM en het door haar te voeren beleid, dat vooral in samenspraak met politie en gemeenten tot stand zou moeten komen en dientengevolge kon worden toegesneden op de *couleur locale*.²⁰⁶ Theoretisch kan dit ook wel zo worden geïnterpreteerd: niet het proces van primaire criminalisering werd aangesproken – de commissie richt zich niet tot de strafwetgever – maar vooral de actoren die op het niveau van de secundaire criminalisering een rol spelen. In die laag van secundaire criminalisering bevinden zich de ‘direct betrokkenen’ die belast zijn met het maken van dagelijkse beslissingen in de strafrechtsketen, waaronder dus politie, OM en rechter. ‘t Hart, waarnaar hierboven al kort werd verwezen, heeft dit voeren van bewust, strafvorderlijk beleid in het kader van strafvorderlijke legitimiteit geplaatst. Vooral de gezagscrisis van de jaren zestig maakte volgens ‘t Hart duidelijk dat de hantering van het strafrecht, los van de wet, op eigen, legitimerende termen moest zijn gebaseerd. Deze opvatting vloeit bij ‘t Hart voort uit de, door hem aangehangen, relationele rechtstheorie, waarbinnen de legitimiteit van de strafrechtstoepassing nooit alleen uit de wet zelf voortvloeit, maar de ‘maatschappelijke geïndiceerdheid’ ervan in elk concreet geval steeds weer hard moet worden gemaakt.²⁰⁷ De voorstellen

gevolgd’. Om die reden is volgens hem ‘[...] (1) de uiterste terughoudendheid met strafbaarstelling niet in acht genomen, (2) wordt de seksuele zelfbepaling van de groepen die als zwak worden aangemerkt beknot zonder dat aannemelijk is dat zij daardoor beter beschermd worden, (3) daardoor worden ook degenen die het slachtoffer zijn geworden van een inbreuk op hun seksuele zelfbepaling bovendien ook nog eens het slachtoffer van een inbreuk op hun vrijheid om op dat gebeuren te reageren op de wijze die zij willen en daarvoor de faciliteiten te mobiliseren die zij wenselijk achten’. In de kern komt de kritiek van Hulsman erop neer, dat de commissie onder het mom van het bieden van (verticale) rechtsbescherming aan burgers op grondslag van de grondrechtencatalogus die in zowel de UVRM als het EVRM is opgenomen, in feite die rechten door vergaande criminalisering juist beperkt. Later zou Van Kempen zulks ook wel ‘repressie door mensenrechten’ noemen. Van Kempen 2008.

206 Overigens richt de commissie-Melai zich evenmin tot de rechter. Dit is niet heel opvallend, aangezien structurele veranderingen in de inzet van het strafrecht liefst ‘aan de voorkant’ worden geregeld, zodat de rechter niet onnodig wordt geadieerd. Tegelijk kenmerken de jaren zeventig en tachtig zich juist ook door een hernieuwd debat over de rechtsvinding door de rechter en de grenzen daarvan, vooral vanwege de rol van de Hoge Raad bij het nader inkaderen van de abortus- en euthanasiewetgeving.

207 Hier zien we hoezeer de relationele rechtstheorie is verbonden met de reeds bij Montesquieu en Beccaria vindbare gedachte dat de wet niet moet worden beschouwd als een ‘afbeelding’ van de werkelijkheid. Het begrip ‘contrafacticiteit’ staat bij ‘t Hart – ook in zijn eerdere werk met Foqué – in de sleutel van de legitimiteit, in die zin dat moet worden voorkomen dat de wet al te zeer als ‘de werkelijkheid’ wordt afgespiegeld (het zgn. ‘afbeeldingsden-

van de commissie-Melai kunnen vanuit dit perspectief gezien als een poging worden beschouwd het strafrecht meer in overeenstemming te brengen met de veranderde sociale verhoudingen in de maatschappij en het gewijzigde denken over de rol van het strafrecht bij het reguleren van de zeden, ofwel: als een manier om de maatschappelijke aanvaardbaarheid van strafwetgeving te vergroten middels het strafprocesrecht. In het navolgende komt nog aan bod in hoeverre deze lijn ook daadwerkelijk in het strafvorderlijk beleid is te herkennen.

De dominantie van het strafvorderlijk perspectief, zoals we dat hierboven gewaar zijn geworden, is overigens ook terug te zien in adviezen aangaande een ander met prostitutie en vrouwenhandel samenhangend thema: het souteneursverbod. In artikel 432 sub 3 Sr was sinds 1911 strafbaar gesteld degene die als souteneur uit de ontucht van een vrouw voordeel trekt. In de zedenwetgeving van 1911 had, zoals al te zien is geweest, vooral de bescherming van de goede zeden voorop gestaan. De souteneur werd afgeschilderd in opmerkelijk negatieve kwalificaties en hem werd verweten met zijn gedrag niet enkel de zeden, maar ook de openbare orde te schaden (het verbod was dan ook, als overtreding, opgenomen in de titel waarin de overtredingen tegen de openbare orde waren verzameld).²⁰⁸ De vermeende arbeidsschuwheid van de souteneur leidde bovendien ertoe dat overtreding van artikel 432 sub 3 Sr werd bedreigd met de bijkomende straf van plaatsing in een rijkswerkinrichting.

De commissie-Stoffels evenwel pleitte voor een vergaande nuancering van de wetgeving ter zake. Het toelaten van de idee van de onafhankelijke prostituee, die ook zelf voor haar werk kon kiezen, maakte dat zij ook vrijelijk moest kunnen bepalen wie daarvan wel en niet zou profiteren. Dat profiteren *an sich* maakte volgens de commissie-Stoffels nog niet dat een souteneur strafbaar was. Daarvoor was, naar het oordeel van de commissie, nodig dat sprake is van 'actief souteneurschap', waaronder dan in elk geval moest worden verstaan de persoon die de prostituee beweegt om de uit prostitutie gegenereerde verdiensten (ten dele) af te staan. Een dergelijk inkrimpen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid op grondslag van het souteneursverbod zou tevens

ken'). Zo'n benadering past logischerwijs niet in het kader van de pluriforme, open samenleving die men in veel westerse landen na de Tweede Wereldoorlog binnen het raamwerk van de democratische rechtsstaat beoogde te ontwikkelen. 't Hart 1994, hfdst. 1. Zo bekeken verzet zo'n visie zich tegen het classicistisch-essentialistische denken waarbij wordt uitgegaan van de historicistische gedachte van een orde van ideeën die reeds 'in de kosmos' bestaat en daarin alleen nog gevonden moet worden, daarover Popper (1945), 2009 deel 1, hfdst. 1. In de denkwereld van 't Hart wordt het beeld van 'de maatschappij', en hoe deze zich organiseert en definieert, juist opengehouden, zodat aan de kant van het strafrechtelijk systeem ruimte bestaat zich aan de maatschappij aan te passen. Een gebrek aan dat adaptief vermogen was nu juist de oorzaak geweest, zo oordeelt 't Hart, van de legitimiteitscrisis waarmee het strafrecht in de jaren zestig van de twintigste eeuw van doen had. 't Hart 1994, hfdst. 1 en 3.

208 Stoffels 1964, p. 27-28.

voorkomen, dat de passieve souteneurs zouden worden aangepakt: degenen die weliswaar profiteerden, maar daarbij geen actieve rol hadden.

Het advies van de commissie-Melai geeft blijk, evenals het advies van de commissie-Stoffels, van een verschuiving in het denken over de rechtsbelangen die met de strafbaarstelling van vrouwenhandel en de aanverwante wetgeving beschermd zouden moeten worden. Waar de strafwetgever van 1911 zich primair en voor het oog in elk geval uitsluitend had bekommerd om de bescherming van de goede zeden, eiste nu vooral de bescherming van de persoonlijke vrijheid de aandacht op. In eerste instantie ligt daar het verticaal rechtsbeschermingsdenken aan ten grondslag, dat zich ontwikkelde in reactie op de Tweede Wereldoorlog, maar pas echt vaste voet aan de grond kreeg door de grote, maatschappelijke verschuivingen in de jaren zestig.²⁰⁹ De seksuele revolutie maakte daar onder meer deel van uit, en betekende over het algemeen een versoepeling in het denken over seksualiteit. Tevens kwam in diezelfde jaren zestig een omvangrijke emancipatiebeweging op gang, die streefde naar de gelijkwaardigheid van mannen en vrouwen in alle facetten van het leven. In dit kader werd steeds vaker ook het recht om de eigen seksualiteit te beleven opgeëist, waaronder dan ook viel de vrijheid om zelf voor de prostitutie te kiezen.²¹⁰ Tegen deze achtergronden ontwikkelde zich, opnieuw, de idee dat strafrecht slechts *ultimum remedium* zou moeten zijn en vooral terughoudendheid zou passen bij het regelen van onderwerpen die de individuele zedelijke sfeer raakten. Noties van vrijheid, en van rechtsbescherming van het verdachte individu tegen de staat, beginnen in de jaren zestig en zeventig dan ook de overhand te krijgen en het is, deze ontwikkelingen indachtig, niet verbazingwekkend dat de strafwetgeving met betrekking tot vrouwenhandel, het bordeelverbod en het souteneursverbod al snel onderwerp van politiek debat wordt.

3.3.3 Sociale genese van het recht: van strafvorderlijk beleid naar nieuw materieel strafrecht

Zojuist is al te zien geweest dat de maatschappelijke opvattingen over de prostitutie in de jaren zestig beginnen te kantelen en ook hoezeer het geliberaliseerde of 'ontmoraliserende' wereldbeeld invloed heeft gehad op het denken over de rol van het strafrecht bij het handhaven van de zeden. In deze paragraaf wordt gezien in hoeverre de besproken ontwikkelingen hebben door-

209 In dit kader moet ook worden gedacht aan de steeds groter wordende rol van het EVRM en EHRM.

210 Overigens betreft het hier slechts één stroming in het pluriforme landschap van vrouwelijke emancipatiebewegingen. De radicaal feministen waren namelijk fel gekant tegen elke vorm van vrouwenhandel, ook al stemde de vrouw daar zelf mee in. Later, bij de totstandkoming van het VN Palermo Protocol, zou deze stroming nog grote invloed trachten uit te oefenen op het onderhandelingsproces. Zie daarover paragraaf 3.4.1.

gewerkt in het materieel strafrecht, hoe met andere woorden in de loop der tijd is getracht de strafwetgeving in overeenstemming te brengen met de gewijzigde maatschappelijke opvattingen. Deze exercitie begint met het voorstel van minister van Justitie Korthals Altes om het souteneursverbod aan te passen (1983). Dit voorstel, dat bij aanvang nog deze beperkte strekking heeft, geeft uiteindelijk de klarenstoot voor een meeromvattend debat over de strafbaarstelling van de 'bordeelhouder' en vrouwenhandelaar.²¹¹ Vanwege de omvang van dit debat, waarin onder meer ook verschillende aspecten van het normaliseren van het prostitutieberoep centraal staan, is het zaak hier een scherpe focus aan te brengen. Om die reden wordt een bespreking van de wetsgeschiedenis van de aanpassing van het souteneursverbod en, uiteindelijk, de opheffing van het bordeelverbod, beperkt tot de onderdelen die van direct belang zijn voor het verkrijgen van een goed begrip van de ontwikkeling van de strafbaarstelling van vrouwenhandel in deze periode.

3.3.3.1 *De wens tot aanpassing van het souteneursverbod*

In 1983 komt Korthals Altes met een wetsvoorstel dat voorziet in de aanpassing van het nog steeds in artikel 432 sub 3 Sr neergelegde souteneursverbod. De directe aanleiding daarvoor is de afschaffing van de bijkomende straf van plaatsing in een rijkswerkinrichting die, mede door ontwikkelingen in het penitentiair recht, obsoleet was geraakt.²¹² Maar ook lag er natuurlijk het advies van de commissie-Stoffels, die zo'n twintig jaar eerder al tot de slotsom was gekomen dat het souteneursverbod zich zou moeten beperken tot de figuur van de 'actieve souteneur'.²¹³ Korthals Altes deelt de uitgangspunten die destijds door de commissie zijn opgesteld, maar acht de in het advies voorgestelde term 'beweegt', waarmee Stoffels c.s. het onvrijwillige karakter van de bevoordeling tot uitdrukking wilden brengen, te vaag.²¹⁴ Indachtig de door de commissie-Melai geformuleerde uitgangspunten, waardoor Korthals Altes zich zichtbaar en uitdrukkelijk heeft laten beïnvloeden, en de door haar

211 Alink & Wiarda 2010, p. 186-187.

212 *Kamerstukken II* 1983/84, 18202, 3, p. 11 (memorie van toelichting); *Kamerstukken II* 1983/84, 18202, 4 (voorlopig verslag). Alink & Wiarda 2010, p. 185-186; Lindenberg 2014, p. 24. Vanaf ongeveer de jaren zestig klinkt de roep om humanere, meer op resocialisatie gerichte straffen steeds luider, niet in de laatste plaats vanuit de Internationale Kriminalistische Vereniging (IKV). Deze ontwikkeling leidt in de jaren tachtig tot enkele experimenten waarbij veroordeelde delinquenten 'werkzaamheden ten algemenen nutte' uitvoeren in plaats van het uitzitten van een vrijheidsbenemende straf. Zie Van Kalmthout 1990, p. 202-213. Door de ontwikkeling van de taakstraf werd de bijkomende straf van plaatsing in een rijkswerkinrichting overbodig, zoals ook te zien is aan het dalend aantal opleggingen. Vgl. *Kamerstukken II* 1983/84, 18202, 3, p. 6 (memorie van toelichting).

213 Stoffels 1964, p. 31-32, p. 35-38. Zoals al te zien was, ontleende Stoffels het onderscheid tussen de actieve en passieve souteneur aan Pompe, die dat introduceerde in zijn annotatie bij HR 21 september 1948, NJ 1949/13, m.nt. W.P.J. Pompe.

214 *Kamerstukken II* 1983/84, 18202, 3, p. 11 (memorie van toelichting).

geïntroduceerde evocatief van de 'glijdende schaal' van vrijwillige naar onvrijwillige prostitutie, staat het de minister voor in de delictsomschrijving van het nieuwe souteneursverbod een dwangbestanddeel op te nemen: alleen soutenage die gepaard gaat met dwang zou volgens hem in het vervolg strafbaar moeten zijn.²¹⁵ Voor de redactie van de nieuwe delictsomschrijving laat de minister zich vervolgens inspireren door het reeds in het Wetboek van Strafrecht opgenomen dwangdelict (artikel 284 Sr). Daarvan 'leent' hij de bestanddelen 'geweld of enige andere feitelijkheid' en 'bedreiging met geweld of enige andere feitelijkheid', de dwangmiddelen die ook in artikel 284, eerste lid, sub 1 Sr zijn neergelegd. Dwang omvat volgens de minister niet enkel (bedreiging met) geweld, '[...] maar ook elk ander pressiemiddel of bedreiging daarmee'.²¹⁶ De tekst van de voorgestelde delictsomschrijving, die volgens de minister in een nieuw artikel 250ter zou moeten komen te staan,²¹⁷ ziet er als volgt uit:

Artikel 250ter

Hij die als souteneur een ander door geweld of een andere feitelijkheid of door bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid dwingt hem uit de opbrengst van diens seksuele handeling te bevoordelen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste achttien maanden of geldboete van de vierde categorie.

De beperking van de beschikkingsvrijheid van de betrokken prostituee komt in het voorstel centraal te staan.²¹⁸ Strafbbaar als souteneur is in het vervolg alleen nog degene die door gebruikmaking van dwang zichzelf bevoordeelt uit de opbrengst van seksuele handelingen die door een ander zijn verricht. Korthals Altes volgt daarmee de lijn van de commissie-Melai, die immers had geconcludeerd dat in het algemeen '[...] niet bepalend voor het seksuele misdrijf [is] de feitelijke seksuele gedraging, maar de omstandigheid dat zij geschiedt tegen de wil van het slachtoffer'.²¹⁹ De minister beschouwt het souteneursverbod als een *specialis* van het dwangdelict.²²⁰ Het karakter van de souteneursgedraging wijzigt daarmee, en dat wordt onder meer tot uitdrukking gebracht

215 *Kamerstukken II* 1983/84, 18202, 3, p. 12 (memorie van toelichting).

216 *Kamerstukken II* 1983/84, 18202, 3, p. 12 (memorie van toelichting). Later zou de minister nog andere middelen van dwang opnemen, namelijk 'misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht' en 'misleiding'. Daarover in het navolgende meer.

217 Het vrouwenhandelartikel zou dan worden verplaatst naar een nieuw artikel 250quater.

218 *Kamerstukken II* 1983/84, 18202, 3, p. 13 (memorie van toelichting).

219 Melai 1980, p. 10. *Kamerstukken II* 1983/84, 18202, 3, p. 12 (memorie van toelichting). Op zich is het aanhalen van deze passage opmerkelijk aangezien het dwangmiddel in de voorgestelde delictsomschrijving niet ziet op het verrichten van de seksuele handeling zelf.

220 Het souteneursverbod 'nieuwe stijl' verhoudt zich volgens de minister tot het dwangdelict in artikel 284 Sr '[...] als een bijzondere strafbepaling tot een algemene strafbepaling'. *Kamerstukken II* 1985/86, 18202, 5, p. 8 (memorie van antwoord). Het voornaamste onderscheid is, nog steeds de minister, gelegen in het specifieke doel waarvoor de dwang wordt aangewend (bevoordeling uit de opbrengst van seksuele handelingen).

in i) een gedaanteverwisseling – van overtreding naar misdrijf –, ii) een verhuizing – van de titel met overtredingen gericht tegen de openbare orde naar de zedentitel (uiteraard nu dus in Boek II) – en, als logische gevolgtrekking, iii) een verhoging van de strafmaat. Overigens is het opmerkelijk dat de souteneursgedraging niet werd verplaatst naar de titel waarin de misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid waren opgenomen, nu deze door de minister immers als een *specialis* van het algemene dwangdelict in artikel 284 Sr wordt beschouwd. Dit artikel was reeds sinds 1886 ondergebracht in de vrijheidstitel.

Wat Korthals Altes niet had voorzien, is dat het parlementair debat over het souteneursverbod al snel leidt tot de vraag hoe de invoeging van een dwangbestanddeel in het souteneursverbod zich verhoudt tot het bestaande artikel 250bis Sr, waarin de exploitatie van prostitutie is strafbaar gesteld, het, zakelijk gezegd, beroepsmatig teweegbrengen dan wel bevorderen van ontucht. Het is de CDA-fractie in de Tweede Kamer die dit punt voor het eerst uitgebreid uiteenzet.²²¹ De CDA-fractie vraagt zich in eerste instantie af in hoeverre de strafbaar te stellen souteneursgedraging, het *bevoordelen door dwang*, niet reeds het bevorderen dan wel teweegbrengen van prostitutie ex artikel 250bis Sr oplevert. Daarnaast signaleert de CDA-fractie dat talrijke overtredingen van artikel 432 sub 3 Sr dan wel artikel 250bis Sr in de praktijk niet meer worden gehandhaafd, waarbij de fractie vooral het oog heeft op het gedogen van overtredingen van artikel 250bis Sr.²²² De fractie stelt de vraag centraal in hoeverre het nog opportuun is artikel 250bis Sr in zijn huidige vorm te behouden. Daarbij speelt volgens de partij ook een rol dat het wetsartikel in de weg staat aan '[...] een gemeentelijk beleid [...] dat de prostitutieproblematiek tracht te beheersen'.²²³ Nog tijdens de opstelling van de vragen van het CDA komt de minister met een antwoord. Zonder dat uit de stukken duidelijk wordt waarom, is die er inmiddels van overtuigd geraakt dat artikel 250bis Sr inderdaad geschrapt kan worden. Daarop reageren de christendemocraten weer met een voorstel een nieuw artikel 250bis zo in te richten dat dit alle vormen van prostitutiebevoordering insluit en waarin het begrip 'dwang' – gemodelleerd naar het voorgestelde souteneursverbod – een centrale plaats zou innemen.²²⁴ Het souteneursverbod zou dan als aparte strafbepaling komen te vervallen of, in elk geval, worden 'opgeslokt' door een nieuw artikel 250bis.

221 *Kamerstukken II* 1983/84, 18202, 4, p. 3-5 (voorlopig verslag).

222 Zo noemt de CDA-fractie bijvoorbeeld degene die per advertentie seksuele diensten aanbiedt of degene die aan prostituees een kamer verhuurt. Ook heeft de partij uiteraard aandacht voor gemeenten die trachten te voorzien in een soortement van officieuze regulering van de prostitutie. *Kamerstukken II* 1983/84, 18202, 4, p. 4.

223 *Kamerstukken II* 1983/84, 18202, 4, p. 4 (voorlopig verslag). Desalniettemin was in meer gemeenten wel degelijk een officieus prostitutiebeleid van de grond gekomen. Hierboven kwam de situatie in Rotterdam al aan de orde (Katendrecht).

224 *Kamerstukken II* 1983/84, 18202, 4, p. 5 (voorlopig verslag).

De minister komt met een gewijzigd voorstel van wet.²²⁵ Interessant om te zien, is dat de minister de rol van de strafwetgever bij het reguleren van de zeden nog eens scherp neerzet. Volgens de minister behoort het niet tot de taak van de wetgever door middel van strafbepalingen bepaalde levenswijzen of vormen van seksueel gedrag waarvan derden geen schade of hinder ondervinden, te weren of een moreel oordeel daaromtrent tot uitdrukking te brengen.²²⁶ Voorts schrijft de minister:

‘Een bijkomende overweging is dat een strafrechtelijke benadering van de hier aan de orde zijnde verschijnselen niet past in een pluriforme samenleving. De pluriformiteit brengt met zich mee dat een maatschappelijke consensus over de onaanvaardbaarheid van bepaalde levenswijzen en vormen van seksueel gedrag ontbreekt. Onder die omstandigheden kan een strafbepaling geen doelmatige functie vervullen. De taak van de strafwetgever is op dit terrein beperkt tot het tegengaan van inbreuken op het zelfbeschikkingsrecht van de bij intieme relaties betrokken personen en het bieden van bescherming aan jeugdige en anderszins in het maatschappelijk verkeer kwetsbare personen.’²²⁷

Vanuit deze positie is goed te begrijpen waarom ook in het door Korthals Altes gewijzigde artikel 250bis dwang een centrale plaats toebedeeld krijgt. De tekst van de strafbepaling is gemodelleerd naar het voorgestelde artikel 250ter, waarin dus het aangepaste souteneursverbod was voorzien.²²⁸

Artikel 250bis

Degene die een ander door geweld of andere feitelijkheid of door bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid dwingt, dan wel door misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of door misleiding beweegt hem of haar uit de opbrengst van zijn of haar seksuele handelingen te bevoordelen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste achttien maanden of geldboete van de vierde categorie.

In artikel 250bis, waarin voorheen de exploitant, de bordeelhouder, was strafbaar gesteld – degene die, zakelijk gezegd, beroepsmatig ontucht teweegbrengt dan wel bevordert – is nu dus een in sterke mate aan de soutenage ontleende gedraging opgenomen, hoewel de term ‘souteneur’ daarin niet meer voorkomt. Het draait bij deze gedraging, net als bij de soutenage, om de bevoordeling door dwang, ‘[...] het zich op onrechtmatige wijze doen bevoordelen uit seksuele handelingen van anderen met derden [...]’.²²⁹ De dwangmiddelen staan hier dus in verbinding met het voordeeltrekken uit de op-

225 *Kamerstukken II* 1985/86, 18202, 6-7 (nota van wijziging en gewijzigd voorstel van wet).

226 *Kamerstukken II* 1985/86, 18202, 5, p. 2 (memorie van antwoord).

227 *Kamerstukken II* 1985/86, 18202, 5, p. 2 (memorie van antwoord).

228 *Kamerstukken II* 1985/86, 18202, 5, p. 4 (memorie van antwoord).

229 *Kamerstukken II* 1985/86, 18202, 5, p. 4 (memorie van antwoord).

brengrt van handelingen die op zichzelf bezien niet strafbaar zijn of behoeven te hebben plaatsgevonden onder strafbare omstandigheden; de seksuele diensten kunnen heel wel vrijwillig zijn verricht. Verwarrend aan deze voorgestelde wijziging van artikel 250bis is dat de vroegere exploitatiegedraging daarin niet te herkennen is. Het had, indachtig de bepaling die sinds 1912 in het Wetboek van Strafrecht stond, voor de hand gelegen als de minister hierin, bijvoorbeeld, het door dwang teweegbrengen dan wel bevorderen van prostitutie had opgenomen. Maar dit doet de minister dus niet. Dat wil niet zeggen dat hij met de wijziging van artikel 250bis niet het vizier had op de exploitant. Nadrukkelijk vermeldt de minister dat de nieuw geformuleerde delictomschrijving zowel is gericht tot de souteneur als de bordeelhouder '[...] voorzover zij inbreuk maken op de beschikkingsbevoegdheid van de prostituee'.²³⁰ Nog steeds ziet artikel 250bis dus op de exploitant, maar ditmaal is deze meer voordeeltrekker dan degene die de prostitutie teweegbrengt dan wel bevordert. Het onderscheid tussen souteneur en exploitant is door het voorgestelde artikel dus in sterke mate gerelativeerd en, in elk geval juridisch gezien, niet langer van betekenis. Anders bekeken kan hier ook wel worden gezegd dat de souteneursgedraging de exploitatiegedraging heeft opgeslokt, anders dan eerder door de CDA-fractie aan de minister was meegegeven.

De minister neemt, naast de dwangmiddelen uit artikel 284 Sr, in het nieuwe artikel 250bis ook de door hem genoemde 'middelen van bewegen' op, te weten het 'misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht' en 'misleiding'.²³¹ Daarmee wordt volgens hem de strafrechtelijke bescherming van prostituees uitgebreid.²³² Overigens benadrukt de minister wederom dat bij het redigeren van het nieuwe artikel 250bis aansluiting is gezocht bij het dwangartikel (artikel 284 Sr), een artikel, zo benadrukt hij, dat '[...] blijkens de wetsgeschiedenis [is] geschreven ter bescherming van de beschikkingsvrijheid van de burger in het algemeen'.²³³ Het bestanddeel 'misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht' (hierna: misbruik van overwicht) ontleent de minister aan artikel 248ter (oud) Sr, dat sinds 1936 ook aan een dergelijk bestanddeel onderdak bood.²³⁴ Daarin was, tot 2000, de verleiding van minderjarigen (vanaf 16 jaar) strafbaar gesteld.²³⁵ Het misbruik van overwicht werd in artikel 248ter (oud) Sr ingevoegd ter

230 *Kamerstukken II 1985/86, 18202, 5, p. 4* (memorie van antwoord). *Kamerstukken II 1986/87, 18202, 10, p. 5* (nota naar aanleiding van het eindverslag). Zie ook Alink & Wiarda 2010, p. 188.

231 *Kamerstukken II 1985/86, 18202, 5, p. 4*.

232 *Kamerstukken II 1985/86, 18202, 6, p. 2*.

233 *Kamerstukken II 1985/86, 18202, 6, p. 2*.

234 Zoals hierboven te zien was, stond reeds in de vroegste internationale rechtsdocumenten over vrouwenhandel een dwangbestanddeel 'abuse of power', dat grote gelijkenissen met het bestanddeel 'misbruik van overwicht' heeft.

235 Zie daarover onder meer Van Bemmelen 1954, p. 468.

vervanging van het bestanddeel 'misbruik van gezag, geweld of bedreiging'.²³⁶ Volgens toenmalig minister Van Schaik van Justitie zou 'uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht' staan tegenover

'[...] onmiddellijk uit het rechtsstelsel voortvloeiend overwicht, dus tegenover gezag [...] Het begrip omvat ieder uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht. Motieven, met de dienstbetrekking verband houdende (vrees voor ontslag of bijv. hoop op aangenamer verhoudingen in den werkkring), behoeven dus niet in het geding te zijn. Wat het bewegen tot de ontuchtige handelingen betreft, is [...] voorts niet vereischt, dat alle initiatief van den dader is uitgegaan'.²³⁷

Met andere woorden gaat het niet uitsluitend om het overwicht dat uit een formele rechtsbetrekking voortvloeit, maar ook om een *de facto* overwicht waaraan niet *per se* een wettelijke basis ten grondslag hoeft te liggen. Korthals Altes beschouwt misbruik van overwicht en misleiding overigens niet als *dwangmiddel*, maar onderscheidt 'middelen van dwang' van 'middelen van bewegen'.²³⁸ Het wordt niet duidelijk hoe dit onderscheid precies moet worden begrepen, maar het is aannemelijk dat de minister met het invoegen van de 'beweegmiddelen' tot uitdrukking heeft willen brengen dat elke vorm van onvrijwilligheid rondom het werken in de prostitutie in beginsel voor een strafrechtelijke benadering in aanmerking komt.

In de Tweede Kamer wordt wetsvoorstel 18202 uiteindelijk aangenomen, al blijft de weerstand van de kleinere, bevindelijke fracties intact. Wat evenwel in de Eerste Kamer verbaast, is dat *mirabile dictu* het CDA – waarvan de Tweede Kamerfractie *nota bene* de discussie over het opheffen van het bordeelverbod had aangezwengeld – zich over het wetsvoorstel zeer kritisch toont. Het debat overziend, rijst vooral het beeld van een partij die de implicaties van het voorstel niet goed had doordacht.²³⁹ Zorgen zijn er vooral over de doorwerking van het legaliseren van de exploitatie van prostitutie voor de rechtsbetrekkingen in het bestuurs- en privaatrecht, waarbij in het bijzonder moet worden gedacht aan de rechtsrelatie tussen exploitant en overheid. Zou de exploitant in aanmerking kunnen komen voor subsidies van overheidswege? Zou hij een vrijstelling van militaire dienst kunnen krijgen als hij zou kunnen aantonen

236 Machielse, in: NLR, artikel 248a Sr, aant. 2 (online).

237 *Kamerstukken II* 1935/36, 85, 2, p. 4 (memorie van antwoord).

238 *Kamerstukken II* 1985/86, 18202, 5, p. 4; *Kamerstukken II* 1985/86, 18202, 6, p. 2. Het onderscheid is ook terug te zien in de nota naar aanleiding van het eindverslag, *Kamerstukken II* 1986/87, 18202, 10, p. 5. Vgl. ook de voorgestelde wettekst zelf, waarin de misleiding en het misbruik van overwicht zijn gekoppeld aan het werkwoord 'beweegt' en de overige middelen aan het werkwoord 'dwingt'. Gemakshalve wordt in het navolgende steeds de term 'dwangmiddelen' gebruikt ter aanduiding van zowel de middelen van dwang als middelen van bewegen. Ook zal zo nu en dan de term 'middelen' worden gebezigd.

239 Haveman merkt op dat de CDA-fractie met het voorstel om artikel 250bis van dwangbestanddelen te gaan voorzien een 'Paard van Troje' had binnengehaald. Haveman 1998, p. 181.

onmogelijk in het ‘bedrijf van thuis’ gemist te kunnen worden?²⁴⁰ In de Eerste Kamer ontspint zich een lang debat over het ‘beroep’ van de prostituee en de gevolgen van het normaliseren daarvan voor de rechtsbetrekkingen tussen, vooral, overheid en exploitant. De omvang van dit debat, dat nog zeker vijftien jaar zou aanhouden, is te groot en het bestek van dit onderzoek te eng om daaraan op deze plek nog verder aandacht te besteden. De behandeling van het wetsvoorstel 18 202 wordt in het navolgende pas weer opgepakt op het moment dat de weg van dit voorstel zou gaan kruisen met een ander voorstel, namelijk om ook de strafbaarstelling van vrouwenhandel aan te passen.

Parallel aan de behandeling van wetsvoorstel 18202 in de Eerste Kamer was de belangstelling voor vrouwenhandel in het algemeen en de strafbaarstelling daarvan in het bijzonder namelijk groeiende. Haveman spreekt in dit verband ook wel over een ‘tweede vrouwenhandelgolf’.²⁴¹ Daaraan ligt hoofdzakelijk de toenemende zorg over de positie van uit het buitenland afkomstige vrouwen ten grondslag. Die was reeds rond het begin van de jaren tachtig ontstaan. Zo werden in die tijd enkele grote conferenties over het onderwerp belegd. Ook nam de bemoeienis met vrouwenhandel vanuit feministische organisaties toe, waarbij met name de nadruk lag op – wederom – het uitbuitingskarakter van de prostitutie *an sich*.²⁴² De hernieuwde belangstelling voor vrouwenhandel kan bovendien ook wel als een correctieve reactie worden beschouwd op het liberaliseringsdenken dat sedert de zestiger jaren dominant was geworden, waardoor wellicht te weinig aandacht was uitgegaan naar de bescherming van kwetsbare groepen.²⁴³ Vanuit het rechtsbeschermende perspectief kan deze ontwikkeling ook wel worden omschreven in termen van een accentverschuiving, van verticale naar meer horizontale rechtsbescherming, d.i. bescherming van de rechtsbelangen van de burger tegen andere burgers door de overheid.²⁴⁴ Naast de nieuwe abolitionistische belangstelling voor het mensenhandelthema en de opleving van de beschermingsgedachte in het strafrecht kan ten slotte worden gewezen op de groeiende zorgen over de

240 *Kamerstukken I* 1986/87, 18202, 180a, p. 2.

241 Haveman 1998, hfdst. 4.

242 Gallagher 2010, p. 16.

243 Buruma 1999, p. 20. Ook de commissie-Melai had al nadrukkelijk het perspectief van afhankelijke groepen personen geïntroduceerd, waaronder bijvoorbeeld minderjarigen worden verstaan, personen die in een inrichting verblijven of personen die zijn onderworpen aan het gezag van een ambtenaar. Hoewel door de commissie het zelfbeschikkingsrecht tot uitgangspunt wordt genomen – en diensgevolge alleen de *afgedwongen* seksuele handelingen worden geproblematiseerd – wordt ten aanzien van kwetsbare groepen een ander standpunt ingenomen. Zie Melai 1980, hfdst. 4 en 5 en Melai 1977, hfdst. 4.

244 Cleiren spreekt in dit verband van een verschuiving van verticale naar meer horizontale verhoudingen in het strafrecht, zie Cleiren 2010. Deze ‘horizontalisering’ is vooral in het formeel strafrecht zichtbaar geweest – onder meer door de toegenomen aandacht voor de positie van het slachtoffer in het strafproces (vgl. bijvoorbeeld de ‘Wet Terwee’) – maar heeft, zoals nog te zien zal zijn, zeker ook doorgewerkt in de wijze waarop de nieuwe strafbepaling over mensenhandel zou worden geconstrueerd, en dus op het materieel strafrecht.

negatieve effecten van globalisering. Betrokken op Nederland zouden de open interne grenzen die als gevolg van het Akkoord van Schengen (1985) zouden ontstaan, ook geproblematiseerd worden in het licht van de mogelijkheden die daardoor werden geboden aan vrouwen afkomstig uit derdewereldlanden en arme, Oost-Europese landen. In de logica van critici waren deze vrouwen per definitie kwetsbaar voor mensenhandel. Deze benadering kon overigens vanuit meer academische disciplines op stevige kritiek rekenen, niet in de laatste plaats vanwege het stereotiepe beeld van afhankelijke en onwetende vrouwen dat daaronder schuil zou gaan.²⁴⁵

Onmiskenbaar hebben de negatieve percepties die ook bestonden van globalisering bijgedragen aan maatregelen die de negatieve gevolgen ervan zouden moeten compenseren. Tekenend in dit verband is dat een in het navolgende nog aan de orde komende OM-werkgroep zich, buiten het mandaat van zijn opdracht, zou laten ontvallen dat het wegvallen van persoonscontroles aan de binnengrenzen, zonder uniform visabeleid en zonder goede controle aan de buitengrenzen van het Schengengebied, '[...] tot een toename van het aantal gevallen van vrouwenhandel [zal] kunnen leiden en de opsporing en vervolging bemoeilijkt kunnen worden'.²⁴⁶

Tegen deze achtergrond kan ook het ontstaan van een nieuw overheids-beleid ten aanzien van seksueel geweld tegen vrouwen en meisjes worden begrepen. Vrouwenhandel kreeg daarin een aparte plek als een van de 'uitingsvormen' van seksueel geweld.²⁴⁷ Een rapport dat in opdracht van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid was opgemaakt, bevestigde de zorg. De auteurs, Buijs en Verbraken, kunnen daarin weliswaar geen harde uitspraken doen over de omvang van het vrouwenhandelprobleem, zij concluderen wel dat vrouwenhandel '[...] niet een in omvang marginaal verschijnsel is'.²⁴⁸ Vooral worden in het rapport zorgen geuit over de positie van in Nederland werkzame prostituees afkomstig uit derdewereldlanden. Buijs en Verbraken merken op dat deze vrouwen zich dikwijls in een afhankelijke positie bevinden, die vaak wordt veroorzaakt door de armoede in het land van herkomst. Ook wordt gewag gemaakt van de vormen van misleiding waarmee de vrouwen

245 Zie bijvoorbeeld Doezeema, *Gender Issues*, afl. 1, 2000, p. 23, die beargumenteert dat '[...] the narratives of innocent, virginal victims purveyed in the 'trafficking in women' discourse are a modern version of the myth of 'white slavery'. These narratives [...] reflect persisting anxieties about female sexuality and women's autonomy.' En: 'Through the denial of migrant sex workers' agency, these discourses serve to reinforce notions of female dependence and purity that serve to further marginalize sex workers and undermine their human rights'.

246 OM-werkgroep Vrouwenhandel 1988, p. 19-20. Deze zorg zag overigens ook op andere vormen van georganiseerde criminaliteit, vgl. Van der Woude, Brouwer & Dekkers 2016, p. 51.

247 *Kamerstukken II* 1983/84, 18542, 2, p. 33-35; Buijs & Verbraken 1985, p. 1; Buijs 1987, p. 95; Altink, Haveman & Wijers 1991, p. 360; Boutellier, *JV* 1987, afl. 1, p. 24.

248 Buijs & Verbraken 1985, p. 47. Zie voor de kabinetsreactie op dit rapport *Kamerstukken II* 1986/87, 20034, 1.

worden overgehaald naar Nederland te komen, waarbij speciaal het schijnhuwelijk en de belofte van een goed betaalde baan worden genoemd.²⁴⁹

De informatie die over vrouwenhandel naar boven komt, leidt tot zorg in de Tweede Kamer, *inter alia* over de vraag of de strafwetgeving ter zake nog wel zou volstaan. In een uitgebreide vergadering van de Vaste Commissie voor het Emancipatiebeleid tonen de Kamerleden zich met name ook ongerust over het ontbreken van een omschrijving van de vrouwenhandelgedraging in de wet.²⁵⁰ Voorts is in de vergadering aandacht voor de incongruentie tussen enerzijds het nieuw voorgestelde artikel 250bis, waarin de middelen van dwang en bewegen²⁵¹ een prominente plaats hebben, en artikel 250ter Sr, waarin nu juist geen sprake hoeft te zijn van enigerlei vorm van dwang: juist in 1986 had de Hoge Raad nog geoordeeld, in lijn met de overwegingen van Regout uit 1911, dat het bewezenverklaarde in de betreffende zaak terecht was gekwalificeerd als 'vrouwenhandel' nu hieronder dient te verstaan 'elke daad die ertoe strekt een vrouw over te leveren aan de prostitutie'.²⁵² Naast het punt van de inconsistentie tussen artikel 250bis (nieuw) en artikel 250ter Sr,²⁵³ signaleren de commissieleden dat de ruim gestelde delictsomschrijving van vrouwenhandel in de praktijk tot problemen leidt. Hoewel enerzijds wordt erkend dat de formulering van artikel 250ter Sr kans biedt aan een in potentie ruim vervolgingsbeleid, wordt die formulering anderzijds juist ook geproblematiseerd vanwege het brede spectrum van gedragingen dat daaronder zou kunnen vallen, en het gebrek aan prioritering dat daardoor bij de opsporing en vervolging in de hand zou worden gewerkt.²⁵⁴ Ook wordt het gebrek aan jurisprudentie over artikel 250ter Sr als probleem ervaren. In de vergadering wordt aangedrongen op een scherpere omschrijving van de vrouwenhandelgedraging in de wet, die politie en OM duidelijker zou moeten maken waar in het opsporings- en vervolgingsbeleid het zwaartepunt zou moeten liggen. Eerder overigens had de minister al aangegeven daartoe de noodzaak niet in te zien. In de kabinetsreactie op het rapport van Buijs en Verbraken is hij

249 Buijs & Verbraken 1985, p. 23-24; Buijs 1987, p. 99. Het zij hier opgemerkt hoezeer deze *modi operandi* gelijkenissen kennen met de gevalsbeschrijvingen van de vrouwenhandel uit de late negentiende en begin twintigste eeuw.

250 *Handelingen II* 1987/88, UCV 32 (1 februari 1988).

251 Omwille van de leesbaarheid wordt in het vervolg gesproken over 'dwangmiddelen'. Daarmee worden zowel de door Korthals Altes onderscheiden middelen van dwang en middelen van bewegen verstaan.

252 HR 11 maart 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC1906, NJ 1986/737. Zie voor de overweging van Regout die aan deze uitleg ten grondslag ligt *Handelingen II* 1910/11, 28, p. 1577.

253 Zie daarover overigens ook Buijs 1987.

254 Haveman noemt deze situatie 'paradoxaal': 'Paradoxaal wordt daarbij de ruime uitleg die aan het delict vrouwenhandel wordt gegeven eerder als een obstakel bij opsporing en vervolging gezien dan juist als een voordeel. Een ruime delictsomschrijving zou weliswaar voordelen hebben maar de praktijk laat zien dat mede als gevolg van onzekerheid bij het openbaar ministerie over de interpretatie er maar weinig wordt vervolgd'. Haveman 1998, p. 184.

de opvatting toegedaan dat de jurisprudentie in voldoende mate duidelijk is, dat de gespecialiseerde onderdelen van de politie voldoende deskundig zijn om te weten op welke aspecten bij de opsporing dient te worden gelet en dat over de problematiek tussen politie en OM regelmatig overleg plaatsheeft.²⁵⁵

De Tweede Kamer lijkt niet overtuigd van dit 'Melaiaanse', op het 'absorptievermogen' van de strafvorderlijke kolom toegespitste antwoord en dringt aan op een scherpere definitie van vrouwenhandel. Het werd steeds duidelijker dat ook het OM daaraan behoefte had. De vergadering van Procureurs-Generaal²⁵⁶ was een jaar eerder ertoe overgegaan een werkgroep in te stellen, die werd belast met onderzoek naar de aard en omvang van vrouwenhandel en naar de wenselijkheid te komen tot richtlijnen²⁵⁷ ter zake van de opsporing en vervolging daarvan.²⁵⁸ In het rapport van deze 'Werkgroep Vrouwenhandel' wordt een 'eigen' definitie van vrouwenhandel opgeworpen, die uiteindelijk bepalend is geweest voor de latere redactie van de nieuwe mensenhandelbepaling. Het is ook de definitie die later in de vrouwenhandelrichtlijn van het OM zou worden opgenomen. Daarin is de vrouwenhandelaar:

'degene die een ander door geweld of een andere feitelijkheid of door bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid dan wel door misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of door misleiding tot prostitutie brengt dan wel onder voornoemde omstandigheden enige handeling onderneemt waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de ander daardoor in de prostitutie belandt.'

De werkgroep zoekt in vergaande mate aansluiting bij het voorgestelde artikel 250bis, voor zover het in elk geval de daarin geïntroduceerde dwangmiddelen betreft. Van strafrechtelijke aansprakelijkstelling is eerst sprake indien komt vast te staan dat de een door gebruikmaking van dwangmiddelen de ander tot prostitutie heeft gebracht. Bovendien wordt in de definitie voor het eerst voorzien in een vrouwenhandelgedraging waarbij de schuldvorm *culpa* een

²⁵⁵ *Kamerstukken II* 1986/87, 20034, 1, p. 3-4.

²⁵⁶ Los van een andere bestuurlijke inbedding vergelijkbaar met het huidige College van Procureurs-Generaal.

²⁵⁷ Anno nu zou men de hier genoemde richtlijnen aanduiden als aanwijzing, waarin de beleidsregels van het OM op verschillende terreinen zijn opgenomen. De huidige richtlijnen voor strafvordering zien specifiek op de vraag welke straf door de officier van justitie in bepaalde categorieën van gevallen moet worden geëist. Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 36-37.

²⁵⁸ OM-werkgroep Vrouwenhandel 1988. De werkgroep werd voorgezeten door Maria Koers-van der Linden, die destijds werkzaam was als advocaat-generaal bij het Gerechtshof Amsterdam.

rol speelt ('redelijkerwijs moet vermoeden').²⁵⁹ Hoewel de voornoemde gedragingen nog steeds zien op het proces waarin een ander tot prostitutie wordt gebracht, lijkt vooral de doleuze variant (het door een dwangmiddel iemand tot prostitutie brengen) dicht op de daadwerkelijke werkzaamheden te zijn gezet, en ook het ontbreken van een oogmerkbestanddeel wijst daar op. Niet langer is meer strafbaar elke daad met overleveringsoogmerk (ongeacht de vraag of dat overleveren daadwerkelijk plaatsheeft): bewezen moet worden dat iemand tot prostitutie is gebracht. Daarmee lijkt de door het OM voorgestelde vrouwenhandelgedraging in grote mate op de oorspronkelijke gedraging in artikel 250bis, waarin het ging om het teweegbrengen dan wel bevorderen van ontucht, en dat van oudsher als de 'exploitatiegedraging' te boek stond. We zien hier niet voor het laatst dat de vrouwenhandel en de (gedwongen) exploitatie van prostitutie met elkaar verweven raken. Op het veranderende karakter van de mensenhandelgedraging, die door de definitie van de werkgroep werd ingeluid, wordt in het navolgende nog teruggekomen.

Hoewel de OM-werkgroep pas in november 1988 zijn rapport publiceert, loopt de minister in de voornoemde commissievergadering – in februari van dat jaar – op zijn bevindingen al vooruit.²⁶⁰ Bij de beantwoording van de in de vergadering gestelde vragen sluit de minister zich bij de definitie van de werkgroep aan.²⁶¹ Hoewel hij constateert dat wetgeving en jurisprudentie niet in de weg staan aan vervolging voor vrouwenhandel, ook al is geen sprake van onvrijwilligheid – en het verdragsrecht (1933) daartoe zelfs verplicht! – observeert de minister tegelijkertijd dat het OM

'[...] in de praktijk [...] niet erg geneigd [is] om strafvervolging in te stellen, indien niet op enigerlei wijze blijkt van misbruik, bij voorbeeld van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht, of van misleiding'.²⁶²

Bovendien wijst hij erop dat

'[...] juist wanneer het gaat om vrouwen uit het buitenland, vooral als zij afkomstig zijn uit ontwikkelingslanden met een veel lager welvaartspeil, naar mijn stellige

259 De *culpa* ziet in de door de werkgroep voorgestelde omschrijving louter op het gevolg van de door een dader te verrichten 'enige handeling', namelijk het in de prostitutie belanden. Later, als de minister zich bij de omschrijving van de werkgroep aansluit, zou worden geëxpliciteerd dat in het aanwenden dan wel gebruikmaken van dwangmiddelen, dat ook bij deze 'culpoze variant' van vrouwenhandel een vereiste vormt, opzet ligt besloten. De minister acht beide vormen, zowel de doleuze als culpoze, om die reden even strafbaar. *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 5, p. 6.

260 De minister had zich namelijk voorafgaand aan het Tweede Kamerdebat door de leden van de werkgroep laten informeren. Zie OM-werkgroep Vrouwenhandel, p. 1. Zie ook *Handelingen II* 1987/88, 32, p. 20.

261 *Handelingen II* 1987/88, 32, p. 20. Vgl. ook *Kamerstukken II* 1988/89, 21027, 3, p. 3.

262 *Handelingen II* 1987/88, 32, p. 20. Vgl. ook Buijs 1987, p. 104-105.

opvatting al gauw sprake is van misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht'.²⁶³

De ten aanzien van de vrouwenhandel door het OM geformuleerde uitgangspunten, waarbij dus, net als in artikel 250bis (nieuw), dwangmiddelen een centrale plek krijgen toebedeeld, zorgen volgens de minister niet alleen voor de nodige consistentie met dat nieuwe artikel 250bis, maar weerspiegelen in wezen ook het reeds gevolgde strafvorderlijke beleid; de minister spreekt in dit verband zelfs van 'bestaand recht'.²⁶⁴ Overigens is de minister de mening toegedaan dat de aan de OM-werkgroep ontleende interpretatie van vrouwenhandel niet in strijd is met het Verdrag uit 1933, maar deze (discutabele) stelling wordt door hem verder niet toegelicht.²⁶⁵ Uiteindelijk besluit hij de vergadering met de mededeling nieuwe wetgeving voor te bereiden, waarin – ook naar de wens van de Kamer – de op vrouwenhandel gestelde strafmaat wordt verhoogd van vijf naar zes jaar, en de term 'vrouwenhandel' wordt vervangen door de 'sekseneutrale' term 'mensenhandel'.²⁶⁶ Het zou naar het oordeel van de minister nog steeds niet nodig zijn de nieuw ontstane mensenhandeldefinitie in een delictsomschrijving in de wet op te nemen: een goede uitleg daarvan in de memorie van toelichting zou politie en OM voldoende handvatten geven.²⁶⁷

3.3.3.2 Een nieuwe strafbaarstelling van mensenhandel

Al snel dient Korthals Altes een nieuw wetsvoorstel in dat tot herziening van de bestaande strafbaarstelling van vrouwenhandel in artikel 250ter Sr moet leiden. En anders dan aangekondigd komt hij daarin wél tot een uitgeschreven

²⁶³ *Handelingen II* 1987/88, 32, p. 20.

²⁶⁴ *Handelingen II* 1987/88, 32, p. 20. Vgl. ook *Kamerstukken II* 1988/89, 21027, 3, p. 3 en *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 5, p. 6.

²⁶⁵ Discussabel omdat het betreffende verdrag, zoals hierboven is besproken, nu juist verplicht (een vorm van) vrouwenhandel strafbaar te stellen zonder opnemings van een dwangvereiste. Hoewel de OM-werkgroep daarvan op de hoogte is (vgl. p. 3-4), wordt de spanning met het verdrag door hem verder niet geproblematiseerd.

²⁶⁶ *Handelingen II* 1987/88, 32, p. 20. Daartoe strekte ook een aanbeveling van de OM-werkgroep Vrouwenhandel (zie p. 22). Later draagt de minister twee redenen aan voor het uitbreiden van de strafbaarstelling van vrouwenhandel tot mensenhandel. In eerste instantie beroept hij zich op het toenemende aantal zaken waarin sprake is van mannelijke slachtoffers van mensenhandel. In tweede instantie wijst hij op het gelijkheidsbeginsel. *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 5, p. 9.

²⁶⁷ *Handelingen II* 1987/88, 32, p. 21. De minister was van oordeel dat het opstellen van een geheel nieuw artikel 250ter te veel tijd zou kosten, tijd bovendien waarin een onzekere situatie zou worden gecreëerd over de betekenis van de vrouwenhandelgedraging in de periode dat het wetsvoorstel onderweg is.

delictsomschrijving van de vrouwenhandelgedraging.²⁶⁸ Bovendien is ook voorzien in een aparte delictsomschrijving waarin de gedraging uit het Verdrag van 1933 is uitgeschreven. De strafbaarstelling in artikel 250ter (nieuw) zou volgens de minister als volgt eruit moeten komen te zien:

Artikel 250ter

1. Degene die een ander door geweld of een andere feitelijkheid of door bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid dan wel door misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of door misleiding tot prostitutie brengt, dan wel onder voornoemde omstandigheden enige handeling onderneemt waarvan hij of zij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de ander daardoor in de prostitutie belandt, wordt als schuldig aan mensenhandel gestraft hetzij met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren en geldboete van de vijfde categorie, hetzij met één van deze straffen.
2. Onverminderd het bepaalde in het eerste lid wordt als schuldig aan mensenhandel met dezelfde straf gestraft degene die een persoon aanwerft, medeneemt of ontvoert met het oogmerk die persoon tot prostitutie te brengen.
3. Hetzij met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren en geldboete van de vijfde categorie, hetzij met één van deze straffen wordt gestraft:
 - a. mensenhandel door twee of meer verenigde personen;
 - b. mensenhandel ten aanzien van een persoon die de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt.
4. Mensenhandel door twee of meer verenigde personen ten aanzien van een persoon die de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, wordt gestraft hetzij met gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren en geldboete van de vijfde categorie, hetzij met één van deze straffen.

De ‘naam van het feit’ – mensenhandel – wordt hier dus gegeven aan twee te onderscheiden gedragingen.²⁶⁹ Het eerste lid valt uiteen in, zakelijk gezegd, het door een dwangmiddel tot prostitutie brengen en het verrichten van enige handeling waardoor een ander in de prostitutie belandt. In het tweede lid is de rechtstreeks uit het Verdrag van 1933 voortvloeiende gedraging gecodificeerd. In het derde en vierde lid zijn uiteenlopende strafverzwarende omstandigheden opgenomen, die hier verder niet worden behandeld. In het navolgende wordt nader stilgestaan bij de aard en reikwijdte van de gedragingen in het eerste en tweede lid. Later wordt bij nota van wijziging ook nog een specifieke bepaling voor minderjarigen opgenomen. Die wordt na de behandeling van leden 1 en 2 apart besproken.

²⁶⁸ De minister achtte de vrees van rechtsonzekerheid in de periode waarin het wetsvoorstel aanhangig zou zijn achteraf gezien ‘ongegrond’ aangezien hij in artikel 250ter Sr wilde regelen wat getuige het OM-beleid inmiddels reeds bestaand recht was. Overigens geldt dit niet de culpoze mensenhandelvorm, waarop in het navolgende nog wordt teruggekomen.

²⁶⁹ De hier gehanteerde terminologie is ontleend aan de titel van de dissertatie van Pelser uit 1995. Zie Pelser 1995.

De mensenhandelmodaliteit(en) in artikel 250ter lid 1 (nieuw)

De eerste variant van de in lid 1 opgenomen gedraging ziet, kort en goed, op het door een dwangmiddel iemand tot prostitutie brengen. Enkele kernbegrippen uit de delictsomschrijving zijn door de minister van een nadere betekenis voorzien. Onder ' prostitutie ' moet worden verstaan: het zich beschikbaar stellen tot het tegen betaling verrichten van seksuele handelingen.²⁷⁰ Onder het ' tot prostitutie brengen ' wordt vervolgens verstaan: iemand er toe brengen zich beschikbaar te stellen tot het tegen betaling verrichten van seksuele handelingen met derden.²⁷¹

Anders dan de gedraging die in het bestaande artikel 250ter Sr is opgenomen, die reeds sinds Regout werd uitgelegd als een formeel omschreven gedraging, wordt in het nieuwe artikel het intreden van een gevolg geveegd, het brengen van een ander tot prostitutie, waardoor de mensenhandelgedraging een materieel karakter verkrijgt. Zonet werd bij de bespreking van de gelijken-de definitie van de OM-werkgroep al opgemerkt dat de mensenhandelgedraging daardoor in feite het karakter van de vroegere exploitatiegedraging zou krijgen. Mensenhandel en exploitatie zijn termen die door de gehanteerde constructie niet altijd meer scherp van elkaar te scheiden zijn. Het ' oude ' onderscheid, waarin de mensenhandelaar de bordelen voorzag van ' aanwas ' en de bordeelhouders c.q. exploitant de vrouw vervolgens tewerkstelde, heeft hierdoor veel van zijn betekenis verloren.

Het moge duidelijk zijn dat de strafbaarstelling van vrouwenhandel in de optiek van de minister niet langer ziet op het enkel iemand ertoe brengen zich voor de prostitutie beschikbaar te stellen. Sterker, dit zou een legale gedraging worden. Artikel 250ter zou zich in het vervolg uitsluitend moeten richten op degene die door dwang weet te bewerkstelligen dat de ander tot prostitutie wordt gebracht. Dwang wordt aldus, net als in het voorgestelde artikel 250bis, een centraal onderdeel van de strafbaarstelling. De dwangmiddelen die in het voorgestelde artikel 250ter worden genoemd zijn integraal overgenomen uit artikel 250bis. Die dwangmiddelen:

' [...] beïnvloeden de wil waaronder is begrepen de keuzemogelijkheid van het slachtoffer, in die zin dat zij leiden tot het ontbreken van vrijwilligheid waartoe ook behoort het ontbreken of de vermindering van de mogelijkheid een bewuste keuze te maken. De omstandigheid dat het slachtoffer reeds eerder bij prostitutie betrokken was, vormt op zich geen aanwijzing inzake vrijwilligheid.'²⁷²

Het is duidelijk dat de minister hier een breed dwangbegrip heeft voorgestaan. Elke vorm van onvrijwilligheid leidt reeds tot het aannemen van dwang en,

270 *Kamerstukken II 1990/91, 21027, 5, p. 7* (memorie van antwoord).

271 *Kamerstukken II 1988/89, 21027, 3, p. 8* (memorie van toelichting).

272 *Kamerstukken II 1988/89, 21027, 3, p. 8* (memorie van toelichting).

bijgevolg, tot het voltooien van het mensenhandeldelict. Deze constellatie, waarin zelfbeschikking (vrijheid) het uitgangspunt vormt, maar de beschermende aspecten van het strafrecht alras tevoorschijn komen, klinkt in welhaast alle parlementaire stukken over de strafbaarstelling van mensenhandel door en is sterk verbonden met de in de jaren tachtig opkomende horizontale rechtsbeschermingsidee, waaraan zonet al werd gerefereerd.

Zulks is ook duidelijk terug te zien in de wijze waarop de minister nader betekenis verleent aan het dwangmiddel 'misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht'. Over dit bestanddeel, dat dus zowel deel uitmaakt van artikel 250bis (nieuw) als 250ter (nieuw), werd al opgemerkt dat aan het overwicht niet *per se* een rechtsbetrekking ten grondslag hoeft te liggen. Ook had de minister tijdens de besproken commissievergadering opgemerkt dat ten aanzien van vrouwen afkomstig uit ontwikkelingslanden al snel sprake is van misbruik van overwicht. Een voor de uitleg van dit dwangmiddel nog belangrijker toelichting ontleent de minister wederom aan de OM-werkgroep Vrouwenhandel:

'Zoals reeds in de eerder genoemde uitgebreide commissievergadering is uiteengezet, wordt «misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht» verondersteld, indien de prostitué(e) in een situatie verkeert of komt te verkeren die niet gelijk is aan de omstandigheden waarin een mondige prostituté(e) in Nederland pleegt te verkeren.

Misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht wordt verondersteld indien de prostituee in een situatie verkeert die niet gelijk is aan de omstandigheden waarin een mondige prostituee in Nederland pleegt te verkeren (uitbuitingssituatie). Het enkele feit van het aantreffen van een prostituee in een uitbuitingssituatie levert al een redelijk vermoeden van schuld op aan overtreding van artikel 250ter (en na invoering van artikel 250bis nieuw) van het Wetboek van Strafrecht.'

Vanwege het belang van het misbruikbestanddeel en de centrale plek die dat zou gaan innemen in latere rechtspraak, is het goed hier enkele aspecten nader uiteen te zetten. Ten eerste de vraag wat onder overwicht in de zin van dit bestanddeel moet worden verstaan. Ten tweede wanneer iemand daarvan volgens de minister misbruik maakt. In het kader van deze tweede vraag wordt ook bekeken welke de betekenis is van de term 'uitbuitingssituatie', die in de passage hierboven wordt gebruikt als synoniem voor het misbruik van overwicht.

Met het invoegen van de figuur van de 'mondige prostituee'²⁷³ heeft de minister naar eigen zeggen tot een objectivering van het misbruikbestanddeel willen komen. De parlementaire stukken geven ervan blijk dat hij met deze

273 Gemakshalve is ervoor gekozen, zoals in hoofdstuk 1 al is aangekondigd, één term te gebruiken om zowel de prostitué (mannelijk) als de prostituee (vrouwelijk) aan te duiden, namelijk 'prostituee'.

criteriumfiguur een referentie heeft willen opwerpen waaraan in concrete zaken de situatie van mogelijke slachtoffers zou kunnen worden beoordeeld. Die objectivering blijkt voorts uit het feit dat de minister op meer plekken heeft toegelicht in welke situatie sprake is van omstandigheden die niet gelijk zijn aan die van een mondige prostituee. Daarbij kan volgens hem onder meer worden gedacht aan schulden, aangegaan om de reis naar Nederland te betalen, het niet kunnen beschikken over eigen financiële middelen, het niet kunnen beschikken over een eigen paspoort of het verlopen zijn van een visum.²⁷⁴ Daarnaast noemt de minister als voorbeelden ook nog een drugs-, gok- en alcoholverslaving en later, als de bewindsman ook is overgegaan tot het ontwerpen van een speciale, op minderjarigen toegesneden mensenhandel-gedraging, merkt hij op '[...] dat in het algemeen aan de exploitatie van prostitutie van minderjarigen misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht inherent is'.²⁷⁵

Wanneer nu maakt iemand *misbruik* van overwicht dat uit feitelijke verhoudingen voortvloeit? In de passage hierboven is al te zien dat dit misbruik wordt verondersteld indien een prostituee in een situatie verkeert die niet gelijk is aan de omstandigheden waarin een mondige prostituee in Nederland pleegt te verkeren. Het betreft hier een wat merkwaardige constructie. De term 'misbruik' verwijst in deze passage terug naar de feitelijke omstandigheden waarin iemand kan verkeren. Tegelijk impliceert de term 'misbruik' een actief en bewust handelen door de dader. De term 'uitbuitingssituatie', die wordt gehanteerd als synoniem voor het misbruik van overwicht, maakt de zaken op eendere wijze nog ingewikkelder, want: hoe kan een (uitbuitings)situatie synoniem zijn van *misbruik*? Een extra handeling die ziet op dit misbruik wordt niet vereist, of is althans niet verder uitgewerkt in de wetsgeschiedenis. De minister merkt ten aanzien van de prostituee met een verslaving weliswaar op dat over '[...] de vraag of in een concreet geval misbruik is gemaakt van de omstandigheid dat de betrokkene in verband met zijn verslaving geld nodig had [...]' de rechter zal moeten oordelen, maar lijkt in een overtal van passages nu juist geen verdere bewijsvereisten aan dit misbruik te willen stellen.²⁷⁶

Meer inzicht in de strekking van het misbruik van overwicht kan worden verkregen indien de feitelijke verhoudingen die dit overwicht constitueren in samenhang worden gezien met de overige bestanddelen van de in het eerste lid genoemde gedraging. Zoals reeds aan de orde kwam, vergt deze gedraging, zakelijk gezegd, dat iemand door een dwangmiddel tot prostitutie wordt gebracht. Heeft de minister bedoeld elk in de prostitutie brengen strafbaar te stellen indien sprake is van verhoudingen die een overwicht opleveren? En zou in dat geval kunnen worden gezegd dat van de actieve handeling die

274 *Kamerstukken II* 1988/89, 21027, 3 (memorie van toelichting); *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 5 (memorie van antwoord).

275 *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 8, p. 2 (nota naar aanleiding van het eindverslag).

276 *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 5, p. 4 (memorie van antwoord).

in de term ‘misbruik’ besloten lijkt te liggen sprake is als – ondanks zijn wetenschap omtrent het overwicht – de dader tóch besluit iemand tot prostitutie te brengen? Een dergelijke benadering zou inhouden dat het ‘autonoom’ bewijzen van het *misbruik* van overwicht niet mogelijk is, anders dan bij de andere dwangmiddelen, zoals geweld of misleiding. In deze situatie kan het misbruikaspect van dit delictsbestanddeel eerst dan worden bewezen indien het in samenhang met een ander bestanddeel uit lid 1, het ‘tot prostitutie brengen’, wordt gezien, en is het bewijs van dit bestanddeel daarvan dus afhankelijk. Anders geformuleerd: eerst indien sprake is van een voltooid delict in de zin van lid 1 is ook het misbruik van het overwicht op de prostituee gegeven. Het strafrechtelijk verwijt dat iemand wordt gemaakt is zo gezien dus geconcentreerd op het *sec* iemand tot prostitutie brengen onder bepaalde omstandigheden. Het, ondanks de wetenschap daaromtrent, tóch iemand tot prostitutie brengen, levert de mensenhandel op.

Het misbruikelement in het dwangmiddel ‘misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht’ werkt bepaald verwarring in de hand en het gebruik van het synoniem ‘uitbuitingssituatie’ is ook niet verhelderend. Veeleer lijkt die term terug te slaan op de (objectiveerbare) omstandigheden waarin prostituees kunnen verkeren. Indachtig het vorenoverwogene ziet de strafbare gedraging mensenhandel aldus op het misbruik maken van personen die zich in zo’n uitbuitingssituatie bevinden. Het lijkt er inderdaad op dat de minister precies deze uitleg van het misbruikbestanddeel heeft voorgestaan. Niet alleen de achtergrond – de wens tot bescherming van vooral buitenlandse vrouwen – kan voor het stutten van deze stelling worden aangedragen, ook de terminologie die de minister bij herhaling hanteert als hij dit bestanddeel van een nadere uitleg voorziet, wijst daarop. Reeds in de memorie van toelichting merkt hij op dat de

‘hier bedoelde uitbuitingssituaties [...] zich onder meer nogal eens [zullen] voordoen ten aanzien van personen die uit het buitenland komen, personen die verslaafd zijn aan verdovende middelen en zeer jonge personen’.²⁷⁷

En:

‘Voorts wordt door deze objectivering van het bestanddeel misbruik justitieel optreden in het geldend recht mogelijk gemaakt tegen personen die, gebruik makend van een uitbuitingssituatie, iemand in de prostitutie brengen dan wel gebruikmakend van een uitbuitingssituatie enige handeling ondernemen met het oogmerk iemand in de prostitutie te brengen. Onder de toepassing van het nu voorgestelde artikel 250ter Sr. zullen bovendien ook diegenen vallen die gebruik makend van een uitbuitingssituatie enige handeling ondernemen waarvan zij weten

²⁷⁷ Kamerstukken II 1988/89, 21027, 3, p. 4.

of redelijkerwijs moeten vermoeden dat de ander daardoor in de prostitutie belandt [cursivering: LE].²⁷⁸

Anders dan bij de andere dwangmiddelen – zoals (dreiging met) geweld of misleiding – lijkt het misbruik hier dus geen nader handelen van de verdachte te vergen: het ertoe brengen in deze omstandigheden ‘is’ het *gebruiken* en daarmee *misbruiken* van iemands uitbuitingssituatie.²⁷⁹ Jaren later zou het UNODC, dat vanuit de VN de implementatie van het nog te bespreken Palermo Protocol monitort, met een verhelderend onderscheid komen tussen *reeds bestaande* (‘pre-existing’) en *gecreëerde* (created) overwichtsituaties.²⁸⁰ De minister had in 1990 met het misbruik van overwicht vooral het oog op het gebruik van de reeds bestaande overwichtsituaties. Daarvan zou door een dader ook zonder verder handelen actief gebruik kunnen worden gemaakt indien hij althans de overige delictsbestanddelen vervult met de wetenschap van de verhoudingen die het feitelijk overwicht constitueren, i.e. het tot prostitutie brengen van de ander.²⁸¹ Met het synoniem ‘uitbuitingssituatie’ lijkt de minister vooral op die omstandigheden te hebben gedoeld, en minder op het eigenlijke *misbruik* daarvan: hij wijst daarmee de positie aan waarin iemand kwetsbaar is om slachtoffer van mensenhandel te worden.²⁸² Het *gebruik* van die situatie, die dus een uitbuitingssituatie ‘heet’, geschiedt door het, ondanks zijn wetenschap daaromtrent, de ander toch tot prostitutie te brengen. En dat gebruik is dus tegelijk het misbruik.

In het eerste lid is ook nog een tweede variant van de mensenhandelgedraging opgenomen. Naast het tot prostitutie brengen door dwang ziet dit onderdeel van de regeling namelijk ook op degene die onder bepaalde omstandigheden – het artikel verwijst hier terug naar de dwangmiddelen – enige handeling onderneemt waarbij hij of zij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de ander daardoor in de prostitutie belandt. In de memorie van toelichting licht de minister toe dat daardoor niet alleen het (concrete) brengen in de prostitutie strafbaar is, ‘[...] maar ook elke handeling die er toe leidt dat het

278 *Kamerstukken II* 1988/89, 21027, 3, p. 4.

279 Het zij opgemerkt dat de hier aangehaalde passage wederom niet uitblinkt in helderheid. Zo lijkt het erop alsof het gebruikmaken van een uitbuitingssituatie een aparte handeling vergt los van het brengen tot prostitutie. Toch is zulks niet aannemelijk; veeleer lijkt de wetgever hier bedoeld te hebben dat degene die iemand tot prostitutie brengt strafbaar is als mensenhandelaar indien hij op de hoogte is van zijn overwicht op de prostituee: het ‘brengen tot’ is hier dan bestanddeel, maar belichaamt in wezen ook het ‘gebruik’ dat de dader maakt van een bestaande uitbuitingssituatie.

280 Overigens ten aanzien van het later geïntroduceerde dwangmiddel ‘misbruik van een kwetsbare positie’. UNODC 2013, p. 3.

281 De Hoge Raad zou in 2002 met een, gelet op de voornoemde achtergrond, goed te begrijpen uitleg langs deze lijnen komen. HR 5 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5235, NJ 2002/546.

282 Zie Nationaal Rapporteur 2012, p. 77-78. De auteur dezes heeft aan deze publicatie meegewerkt.

slachtoffer in de prostitutie belandt [...].²⁸³ Het tweede deel van het eerste lid is dus formeler van karakter in die zin dat iemand nog niet in de prostitutie hoeft te zijn belandt. Zoals te zien, is door de minister ook een culpoos bestanddeel opgenomen: niet alleen degene die *weet* dat de ander door zijn handeling in de prostitutie belandt, is strafbaar als mensenhandelaar, maar ook degene die zulks redelijkerwijs moet vermoeden. In de memorie van antwoord expliciteert de minister dat de *culpa* hier ziet op het gevolg van de handeling (het redelijk vermoeden dat de ander in de prostitutie belandt). In het aanwenden van de dwangmiddelen, ook bij deze variant een vereiste, ligt opzet besloten, ook indien ten aanzien van het gevolg van een handeling onder die omstandigheden slechts *culpa* aangetoond kan worden. De strafwaardigheid wordt ook hier dus gekenmerkt door het gebruik van een uitbuitingssituatie. Vandaar ook dat de minister voor beide gedragingen uitgaat van eenzelfde strafbedreiging.²⁸⁴

De mensenhandelmodaliteit in artikel 250ter lid 2 (nieuw)

Tot dusver is nog geen aandacht uitgegaan naar de andere zelfstandige gedraging die in artikel 250ter (nieuw) is opgenomen, namelijk in het tweede lid. Daarin wordt strafbaar gesteld degene die een persoon aanwerft, medeneemt of ontvoert met het oogmerk die persoon tot prostitutie te brengen. Het gaat hier om de direct uit het Verdrag van 1933 voortvloeiende verplichting ook de 'internationale vrouwenhandel'²⁸⁵ strafbaar te stellen, zelfs als die geschiedt met goedvinden van de vrouw. Later wordt de redactie van deze mensenhandelmodaliteit nog aangepast om het grensoverschrijdende aspect te benadrukken.²⁸⁶ De delictsomschrijving luidt dan:

Degene die een persoon aanwerft, medeneemt of ontvoert met het oogmerk die persoon in een ander land in de prostitutie te brengen.²⁸⁷

De minister licht in de memorie van toelichting toe dat de strafbaarheid van deze gedraging niet afhangt van de aanwezigheid van dwang of ongeoorloofde beïnvloeding.²⁸⁸ Het aanwerven van vrouwen in het buitenland met het

283 *Kamerstukken II* 1988/89, 21027, 3, p. 7 (memorie van toelichting). Volgens de minister kan daarbij bijvoorbeeld worden gedacht aan degene die bemiddelt voor werkzaamheden aan de bar in bepaalde inrichtingen, als animeermeisje of striptease-danseres. *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 5, p. 6 (memorie van antwoord).

284 *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 5, p. 6 (memorie van antwoord).

285 De terminologie is ontleend aan de minister, die spreekt van 'internationale handel'. *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 5, p. 12 (memorie van antwoord).

286 Door invoeging van het bestanddeel 'in een ander land'. *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 6, p. 1 (nota van wijziging).

287 *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 6 (nota van wijziging).

288 *Kamerstukken II* 1988/89, 21027, 3, p. 9 (memorie van toelichting); *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 5, p. 12 (memorie van antwoord).

oogmerk hen hier in de prostitutie te brengen, acht hij zonder meer onaanvaardbaar.²⁸⁹ Onder het in 1989 vigerende artikel 250ter Sr, dat dus zijn oorsprong had in de wetgeving van 1911, had deze gedraging steeds naadloos gepast, zijnde enige daad die ertoe strekt een vrouw aan de prostitutie over te leveren.²⁹⁰ Maar het voorstel deze gedraging in een aparte, zelfstandige bepaling op te nemen, frappeert natuurlijk wel nu de minister het zelfbeschikingsrecht bij het optuigen van de nieuwe wetgeving juist een centrale plaats had toebedeeld, onder meer resulterende in een belangrijke plek voor de dwangmiddelen in lid 1.²⁹¹ In de parlementaire stukken geeft de minister bovendien aan dat de bepaling een 'beperkte betekenis' heeft, aangezien de gedraging volgens hem moeilijk zal zijn aan te tonen.²⁹² Meer verwacht hij wat dit betreft van het eerste lid, omdat daarin niet alleen het aanwerven, medenemen en ontvoeren is opgenomen, maar in wezen

'[...] allerlei handelingen, ondernomen onder aanwending van ongeoorloofde middelen, waardoor een ander tot prostitutie wordt gebracht of kan worden gebracht'.²⁹³

Het is opvallend hoe de minister het toepassingsbereik van lid 1, waarin dwangmiddelen een bestanddeel vormen, ruimer lijkt te achten dan dat van lid 2, waarin die middelen juist niet zijn opgenomen, temeer daar ook de handelingen in lid 2 ruim zijn geformuleerd. Cryptisch wordt het helemaal als de minister na de voornoemde overwegingen nog eens herhaalt dat met

'[...] deze ruime omschrijving van gedragingen die als mensenhandel worden gekwalificeerd, [...] naar hedendaagse maatschappelijke opvattingen niet verenigbaar [is] het geheel afzien van de wil van de zich prostituerende'.²⁹⁴

Maar doelt de minister hier nu uitsluitend op het eerste of ook op het tweede lid? Haveman merkt terecht op dat de juiste interpretatie toch lijkt te zijn dat

289 *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 5, p. 2 (memorie van antwoord).

290 *Handelingen II* 1910/11, 28, p. 1577. Zie ook HR 11 maart 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC1906, NJ 1986/737.

291 Later, tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel, leidt dit nog tot vragen van de zijde van de VVD- en GroenLinks-fracties. Tweede Kamerlid Rempt-Halmmans de Jongh (VVD) merkt op: 'Aangezien volgens de toelichting zelfs de eventuele vrijwilligheid van welke buitenlandse prostituée dan ook geen gewicht in de schaal legt, is de vraag gerechtvaardigd waarom de minister vrijwilligheid nog als een van de kernpunten ziet. Of geldt dat slechts voor Nederlanders? In ieder geval is het verbod van werving en selectie in het buitenland handig voor het openbaar ministerie. Voor die categorie behoeft de mensenhandel niet meer bewezen te worden. Het is per definitie mensenhandel'. Zie ook Haveman 1998, p. 213.

292 *Kamerstukken II* 1988/89, 21027, 3, p. 9 (memorie van toelichting).

293 *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 5, p. 12 (memorie van antwoord).

294 Geheel terecht merkt Haveman over deze passage op dat die een rookgordijn opwerpt. Haveman 1998, p. 206.

bij grensoverschrijding van een algeheel verbod sprake is, ook als geen geweld, misbruik of misleiding zijn gebruikt.²⁹⁵ Latere overwegingen van de minister wijzen daar ook op. Zo spreekt de bewindsman in reactie op vragen van de VVD-fractie van een ‘absoluut verbod’ op het aanwerven, medenemen of ontvoeren van een persoon met het oogmerk deze in een ander land in de prostitutie te brengen en lijkt hij zich, ter verdediging van het strafbaar stellen daarvan, te verschuilen achter de uit 1933 stammende en ‘[...] voor Nederland geldende internationale verplichting’.²⁹⁶

Lid 2 zou in het verdere verloop van het wetsvoorstel 21027 een terugkerend onderwerp van debat blijven, in de eerste plaats vanwege het ontbreken van een dwangvereiste en de verhouding daarvan met het uitgangspunt van zelfbeschikking. Tevens om de reden dat hier in wezen een uitzonderingspositie werd gecreëerd voor mensenhandel ten aanzien van buitenlandse vrouwen. Alink en Wiarda hebben de strafbaarstelling in lid 2 terecht wel een ‘vreemde eend in de bijt van de strafbaarstelling van mensenhandel’ genoemd.²⁹⁷ De minister spreekt over de in lid 1 opgenomen modaliteit in termen van een primaire strafbaarstelling en beschouwt lid 2 dus kennelijk als een secundaire. En hoewel de minister in de Tweede Kamer vooral het verplichte karakter van het strafbaar stellen van lid 2 benadrukt, komt hij na een nieuwe vragenreeks in de Eerste Kamer uiteindelijk tot de slotsom dat het gaat om een delictsomschrijving met een

‘[...] nuttige aanvullende betekenis naast de overige strafbepalingen in dit artikellid. Wanneer de in het eerste onderdeel genoemde strafbare feiten moeilijk bewezen kunnen worden, kan strafrechtelijk optreden tegen vrouwenhandel subsidiair worden gegrond op het tweede onderdeel’.²⁹⁸

Anders dan eerder dus, toen de minister juist van mening was dat het eerste lid ruimere mogelijkheden tot strafvervolgning zou bieden.

De mensenhandelmodaliteit in artikel 250ter lid 3 (nieuw)

Daartoe aangespoord door de CDA-fractie, stelt Korthals Altes bij nota van wijziging voor een aparte, op minderjarigen toegesneden strafbepaling in het leven te roepen waarin wordt strafbaar gesteld.²⁹⁹

²⁹⁵ Haveman spreekt in dit verband over een ongeclausuleerde strafbaarstelling van mensenhandel, in het bijzonder met het oog op de werving van buitenlandse vrouwen. Haveman 1998, p. 205-206.

²⁹⁶ *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 8, p. 2 (nota naar aanleiding van het eindverslag).

²⁹⁷ Alink & Wiarda 2010, p. 193.

²⁹⁸ *Kamerstukken I* 1992/93, 21027, 54, p. 4.

²⁹⁹ *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 6 (nota van wijziging).

degene die een ander tot prostitutie brengt, dan wel ten aanzien van een ander enige handeling onderneemt waarvan hij of zij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander daardoor in de prostitutie belandt, indien die ander minderjarig is.

De minister is van mening dat een minderjarige over het algemeen te weinig inzicht en ervaring heeft om de gevolgen te kunnen overzien van de keuze om in de prostitutie te werken. Onder de leeftijd van 18 jaar kan volgens hem dan ook niet worden gesproken van een vrijwillige keuze voor de prostitutie, waardoor het tot prostitutie brengen in deze gevallen 'zonder meer' als mensenhandel moet worden aangemerkt: 'De wil van de betrokkene [minderjarige, LE] is niet relevant'.³⁰⁰ Ook overweegt de minister dat '[...] in het algemeen aan de exploitatie van prostitutie van minderjarigen misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht inherent is'.³⁰¹

Artikel 250ter treedt uiteindelijk in werking op 1 februari 1994 en luidt dan als volgt:

1. Als schuldig aan mensenhandel wordt gestraft hetzij met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren en geldboete van de vijfde categorie, hetzij met één van deze straffen:

1°. degene die een ander door geweld of een andere feitelijke of door bedreiging met geweld of een andere feitelijke dan wel door misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of door misleiding tot prostitutie brengt, dan wel onder voornoemde omstandigheden enige handeling onderneemt waarvan hij of zij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander daardoor in de prostitutie belandt;

2°. degene die een persoon aanwerft, medeneemt of ontvoert met het oogmerk die persoon in een ander land in de prostitutie te brengen;

3°. degene die een ander tot prostitutie brengt, dan wel ten aanzien van een ander enige handeling onderneemt waarvan hij of zij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander daardoor in de prostitutie belandt, indien die ander minderjarig is.

2. Hetzij met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren en geldboete van de vijfde categorie, hetzij met één van deze straffen wordt gestraft:

1°. mensenhandel door twee of meer verenigde personen;

2°. mensenhandel ten aanzien van een persoon die de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt;

3°. mensenhandel, indien geweld of een andere feitelijke als bedoeld in het eerste lid, zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft.

Mensenhandel door twee of meer verenigde personen onder de omstandigheden, bedoeld in het tweede lid, onder 2° en 3°, wordt gestraft hetzij met gevangenisstraf

300 *Kamerstukken II 1990/91, 21027, 5, p. 11* (memorie van antwoord).

301 *Kamerstukken II 1990/91, 21027, 8, p. 2* (nota naar aanleiding van het eindverslag).

van ten hoogste tien jaren en geldboete van de vijfde categorie, hetzij met één van deze straffen.

3.3.3.3 De opheffing van het bordeelverbod: eerst niet, daarna wel

Hoewel artikel 250ter op 1 februari 1994 in werking zou treden, gold dat niet voor artikel 250bis, hoewel dat dus wel gezamenlijk met artikel 250ter was behandeld. Zoals in paragraaf 3.3.3.1 ter sprake kwam, was consensus over de vorm waarin tot opheffing van het souterneurs- en bordeelverbod zou moeten worden gekomen veel minder vanzelfsprekend. Een bij tweede nota van wijziging voorgestelde aanpassing door de inmiddels aangetreden minister van Justitie Hirsch Ballin voorzag het wetsvoorstel, en het debat daarover, van een geheel nieuwe dimensie die uiteindelijk zou leiden tot de intrekking van het wetsvoorstel.

In die nota van wijziging had de bewindsman voorgesteld om naast, kort gezegd, de bevoordeling door dwang ook het opzettelijk teweegbrengen of bevorderen van prostitutie strafbaar te maken indien in de gemeente waar zulks zou plaatsvinden de prostitutie zou zijn verboden of daarbij zou worden gehandeld in strijd met de betreffende, door de gemeente bepaalde vergunningsvoorwaarden.³⁰² Ook had de minister in een voorgesteld artikel 250bis, eerste lid, sub 3 apart opgenomen dat ook diegene strafbaar zou zijn die personen in de prostitutie laat werken die een tewerkstellingsvergunning nodig hebben in de zin van de toenmalige Wet arbeid buitenlandse werknemers.³⁰³ De discussie zou nu in sterke mate bepaald worden door de uitzonderingspositie voor buitenlandse personen en het gegeven dat voor het bepalen van strafbaarheid op grond van artikel 250bis gemeenten een doorslaggevende stem zouden krijgen³⁰⁴; immers zou de situatie ontstaan

‘[...] dat exploitatie van prostitutie in de ene gemeente een misdrijf is, terwijl het in de andere gemeente is toegestaan en zelfs door haar ter hand kan worden genomen’.³⁰⁵

In het licht van artikel 107 Gw, waarin het zogeheten codificatieartikel is neergelegd, werd deze vorm van ‘territoriale differentiatie’ door veel Eerste Kamerleden als onwenselijk gezien.³⁰⁶ De minister zag dat anders en zou – zoals hij later zou zeggen – de opheffing van het bordeelverbod onverdedig-

302 *Kamerstukken II* 1991/92, 21027, 10 (tweede nota van wijziging). Met de introductie van de termen ‘teweegbrengen’ en ‘bevorderen’ sluit de minister dus weer aan bij de terminologie die in het oorspronkelijke artikel 250bis Sr vindbaar is.

303 De tegenwoordige Wet arbeid vreemdelingen (Wav).

304 Alink & Wiarda 2010, p. 195.

305 Haveman, *NJB* 1993, p. 631.

306 Haveman, *NJB* 1993, p. 630-631.

baar vinden zonder de door hem voorgestelde wijzigingen.³⁰⁷ Omdat een meerderheid in de Eerste Kamer daarmee uiteindelijk niet instemt, trekt hij het voorstel daadwerkelijk in.³⁰⁸

Met het intrekken van het wetsvoorstel 18202 is de wijziging van artikel 250bis en die van artikel 432 sub 3 Sr van de baan: de strafbaarstellingen daarin – van de ‘bordeelhouder’ en de ‘souteneur’ – blijven onverkort bestaan, en dit zou tevens inhouden dat gemeenten niet de ruimte zouden krijgen om formeel prostitutiebeleid te kunnen voeren. De onwenselijkheid hiervan heeft ervoor gezorgd dat het niet lang heeft geduurd vooraleer de opheffing van het bordeelverbod voor de tweede maal ter hand zou worden genomen, ditmaal door de inmiddels aangetreden minister van Justitie Sorgdrager (D66).³⁰⁹ Opnieuw was de inzet tot een moderne strafrechtelijke regeling omtrent de exploitatie van prostitutie te komen, die aansluiting zou zoeken bij het in de praktijk geldende gedoogbeleid. En waar bij de eerdere behandeling van de wetsvoorstellen 18202 en 21027 de samenhang tussen mensenhandel en ongeoorloofde soutenance c.q. exploitatie – de bevoordeling door dwang – al duidelijk zichtbaar was geworden, trekt Sorgdrager die lijn nu door met een voorstel waarin mensenhandelgedraging en de bevoordeling door dwang naast elkaar zijn gezet. De voorgestelde wettekst luidt voor zover hier relevant:

Artikel 250a (nieuw)

1. Met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft:

1°. degene die een ander door geweld of een andere feitelijke of door bedreiging met geweld of een andere feitelijke dwingt dan wel door misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of door misleiding beweegt zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met een derde tegen betaling, dan wel onder voornoemde omstandigheden enige handeling onderneemt waarvan hij of zij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander zich daardoor tot het verrichten van die handelingen beschikbaar stelt;

2°. degene die een persoon aanwerft, medeneemt of ontvoert met het oogmerk die persoon in een ander land ertoe te brengen zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met een derde tegen betaling;

3°. degene die een ander ertoe brengt zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met een derde tegen betaling, dan wel ten aanzien van een ander enige handeling onderneemt waarvan hij of zij weet of redelijkerwijs

³⁰⁷ *Kamerstukken I 1993/94, 18202, 127, p. 2.*

³⁰⁸ Bij brief van 16 november 1993. *Kamerstukken I 1993/94, 18202, 127.*

³⁰⁹ In een motie die al snel na het intrekken van het wetsvoorstel tot wijziging van artikel 432 sub 3 en 250bis Sr door enkele Eerste Kamerleden was ingediend, was de regering reeds verzocht wetgeving in voorbereiding te nemen die tot rechtstreekse regulering van de exploitatie van prostitutie zou moeten kunnen leiden. *Kamerstukken I 1993/94, 18202 en 21027, 127a.*

moet vermoeden dat die ander zich daardoor tot het verrichten van die handelingen beschikbaar stelt, terwijl die ander minderjarig is;

4°. degene die opzettelijk voordeel trekt uit seksuele handelingen van een ander met een derde tegen betaling, terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander zich onder de onder 1° genoemde omstandigheden beschikbaar stelt tot het plegen van die handelingen;

5°. degene die opzettelijk voordeel trekt uit seksuele handelingen van een ander met een derde tegen betaling, indien die ander minderjarig is.

De subleden 1 tot en met 3 van lid 1 betreffen in subtiel gewijzigde vorm de gedragingen die sinds 1994 in artikel 250ter lid 1 Sr waren opgenomen. Subtiel omdat het nu niet meer gaat om het door een dwangmiddel brengen van iemand in de prostitutie, maar om het door een dwangmiddel iemand dwingen dan wel bewegen zich daarvoor beschikbaar te stellen. Het daadwerkelijk werken is hier niet vereist, voldoende is dat iemand zich voor prostitutie beschikbaar heeft gesteld.

Subleden 4 en 5 zijn nieuw en zien op het opzettelijk voordeel trekken uit de prostitutie van *i)* ofwel een meerderjarige, waarbij geldt dat de ‘voordeel-trekker’ wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat de prostituee zich door dwang tot het werk in de prostitutie heeft beschikbaar gesteld, *ii)* ofwel een minderjarige, waarbij verder geen vereisten worden gesteld. Deze gedragingen worden door de minister de ‘ongeoorloofde vormen van exploitatie van prostitutie’ genoemd. Net als in de eerdere voorstellen van Korthals Altes om artikel 250bis Sr te herzien, is de betekenis van exploitatie van prostitutie in dit voorstel veranderd. Waar in het oorspronkelijke artikel 250bis Sr uit 1911 de exploitatiehandeling zag op het beroepsmatig teweegbrengen dan wel bevorderen van ontucht,³¹⁰ is het zwaartepunt nu verlegd naar het voordeeltrekken uit de gedwongen prostitutie. Wat evenwel een groot verschil is met het wetsvoorstel van Korthals Altes is dat het bij sublid 4 niet gaat om de bevoordeling *door* dwang, maar om de bevoordeling uit gedwongen prostitutie (ofwel: de bevoordeling *uit* dwang). Het dwangbestanddeel ziet niet op het voordeeltrekken. Het gaat erom dat voordeel wordt getrokken uit prostitutie waarvoor een ander zich door gebruikmaking van dwangmiddelen heeft beschikbaar gesteld. Anders gezegd: subleden 4 en 5 stellen het voordeeltrekken uit mensenhandel strafbaar.

In artikel 250a Sr wordt evident dat de gedraging mensenhandel en wat de minister dus de ongeoorloofde exploitatie van prostitutie noemt met elkaar zijn verweven. Zelfs is het zo dat de minister zo nu en dan moeite heeft met het onderscheiden van beide; Haveman heeft in dit verband opgemerkt dat het onderscheid in het wetsvoorstel ‘in de mist verdwenen is’.³¹¹ Een aantal

310 Het gaat hier om een zakelijke weergave van de gedraging die in het oorspronkelijke artikel 250bis Sr is strafbaar gesteld.

311 Haveman 1998, p. 241.

jaar eerder had ook de Hoge Raad daaraan een bijdrage geleverd, door in een arrest te overwegen dat, naast het brengen in de prostitutie, artikel 250ter Sr ook ziet op

‘[...] iedere gedraging gericht tegen een vrouw die zich vrijwillig heeft verbonden tot prostitutie, ertoe strekkende haar te belemmeren in haar vrijheid met prostitutie op te houden’.³¹²

Door deze overweging waren zowel het door dwang *brengen* als het door dwang *houden* onder de vigore van artikel 250ter Sr gebracht, en waren mensenhandelgedraging en verboden exploitatie verstrengeld geraakt. Zulks leidde onder meer het College van Procureurs-Generaal als de Raad van State ertoe de vraag te stellen waarom aparte voordeeltrekkersbepalingen nog nodig waren. Volgens de minister daar ‘[...] het niet volstrekt zeker is of met behulp van deelnemingsconstructies in voldoende mate effectief kan worden opgetreden tegen achtergrondaders [...]’.³¹³ Kennelijk beschouwt de minister de mensenhandelgedragingen in artikel 250a als de grondmisdriven, en voorzagen de voordeeltrekkersbepalingen slechts in de articulatie van de strafbaarheid van enige personen ‘om’ die mensenhandel ‘heen’ (dat zijn dan de achtergrondaders). Ofwel: met subleden 4 en 5 heeft de wetgever duidelijk een andere normadressaat op het oog dan de mensenhandelaar.

Overigens vervalt de kwalificatie ‘mensenhandel’ in artikel 250a Sr, vermoedelijk omdat de minister toch zoveel mogelijk een onderscheid heeft willen behouden tussen handel enerzijds en exploitatie anderzijds. Toch komt dit in de wetsgeschiedenis nauwelijks uit de verf en worden zelfs soms verwarrende passages opgenomen:

‘Kern van het voorgestelde artikel 250a is de bestrijding van vormen van exploitatie van prostitutie waarbij personen zich onvrijwillig prostitueren en waarbij minderjarigen zijn betrokken. De bepaling richt zich tegen personen die personen tegen hun zin of minderjarigen in de prostitutie brengen of houden, en tegen degenen die voordeel trekken uit die prostitutie.’

Hier lijkt mensenhandel als een vorm van exploitatie te worden gezien, terwijl net al bleek dat subleden 4 en 5 vanuit dogmatisch oogpunt veeleer als vormen van deelneming aan mensenhandel moeten worden beschouwd. Overigens komt Korthals, die vanaf 1998 minister van Justitie zou worden, in een later stadium van het wetgevingsproces tot het inzicht dat, juist vanwege het afhankelijke karakter van de bevoordelingsbepalingen in sublid 4 en 5, het wenselijk is in artikel 250a lid 1 een aparte bepaling op te nemen die ziet op de bevoordeling uit prostitutie door dwang, dus zonder dat die prostitutie

312 HR 19 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:AD1669, NJ 1992/716.

313 *Kamerstukken II* 1996/97, 25437, 3, p. 9 (memorie van toelichting).

met een vorm van onvrijwilligheid gepaard hoeft te gaan.³¹⁴ Daarmee wordt het oude voorstel van Korthals Altes dus nieuw leven ingeblazen, keert de souteneursgedraging in wezen in een nieuwe hoedanigheid in artikel 250a terug en wordt dus een onderscheid aangebracht tussen de bevoordeling uit mensenhandel en de gedwongen bevoordeling uit prostitutie. De gedraging komt uiteindelijk via een nota van wijziging terecht in een toegevoegd sublid 6³¹⁵:

degene die een ander door geweld of een andere feitelijkheid of door bedreiging van geweld of een andere feitelijkheid dwingt dan wel door misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of door misleiding beweegt hem of haar uit de opbrengst van zijn of haar seksuele handelingen met een derde te bevoordelen.

Naast de bijzondere verhouding tussen de nieuwe subleden 4 en 5 en subleden 1 en 3 en het nieuwe sublid 6, wordt tijdens de parlementaire behandeling van wetsvoorstel 25437 wederom gedebatteerd over de houdbaarheid van de strafbaarstelling van de in sublid 2 opgenomen gedraging. Opnieuw staat de vraag centraal of de strafbaarstelling van de daarin vervatte gedraging niet haaks staat op het uitgangspunt van zelfbeschikking. Tweede Kamerlid Halsema (GroenLinks) dient zelfs een amendement in om voorafgaand aan de in sublid 2 genoemde werkwoorden (aanwerven, medenemen en ontvoeren) een bestanddeel 'bedrieglijk' in te voegen, waardoor het dwangmiddel 'misleiding' in feite onderdeel van dit sublid zou gaan uitmaken.³¹⁶ In een brief laat de minister weten daar geen heil in te zien. Opnieuw staat in zijn overweging de onwenselijkheid centraal van het opzeggen van het Verdrag uit 1933. Dat zou volgens hem een verkeerd signaal zijn in de strijd tegen mensenhandel. De inconsistentie met de andere bepalingen in artikel 250a neemt hij voor lief; volgens hem is dit verschil 'in het licht van de bestrijding van mensenhandel' verantwoord.³¹⁷ Het amendement kan overigens op weinig steun rekenen; op GroenLinks na wordt het niet gesteund.³¹⁸

Het wetsvoorstel tot opheffing van artikel 250bis Sr wordt uiteindelijk aangenomen in beide Kamers.³¹⁹ Op 1 oktober 2000 treedt de wet in werking. Artikel 250a Sr luidt dan:

314 Alink & Wiarda 2010, p. 198-199.

315 *Kamerstukken II 1997/98, 25437, 5-6* (nota naar aanleiding van het verslag en nota van wijziging).

316 *Kamerstukken II 1998/99, 25437, 15*.

317 *Kamerstukken II 1998/99, 25437, 17, p. 4*.

318 *Handelingen II 1998/99, 46, p. 3179*.

319 *Handelingen II 1998/99, 46, p. 3179-3180. Handelingen I 1999/00, 26 oktober 1999, 2, p. 29*.

Artikel 250a Sr

Met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft:

1°. degene die een ander door geweld of een andere feitelijkheid of door bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid dwingt dan wel door misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of door misleiding beweegt zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met een derde tegen betaling, dan wel onder voornoemde omstandigheden enige handeling onderneemt waarvan hij of zij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander zich daardoor tot het verrichten van die handelingen beschikbaar stelt;

2°. degene die een persoon aanwerft, medeneemt of ontvoert met het oogmerk die persoon in een ander land ertoe te brengen zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met een derde tegen betaling;

3°. degene die een ander ertoe brengt zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met een derde tegen betaling, dan wel ten aanzien van een ander enige handeling onderneemt waarvan hij of zij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander zich daardoor tot het verrichten van die handelingen beschikbaar stelt, terwijl die ander minderjarig is;

4°. degene die opzettelijk voordeel trekt uit seksuele handelingen van een ander met een derde tegen betaling, terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander zich onder de onder 1° genoemde omstandigheden beschikbaar stelt tot het plegen van die handelingen;

5°. degene die opzettelijk voordeel trekt uit seksuele handelingen van een ander met een derde tegen betaling, indien die ander minderjarig is;

6°. degene die een ander door geweld of een andere feitelijkheid of door bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid dwingt dan wel door misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of door misleiding beweegt hem of haar uit de opbrengst van zijn of haar seksuele handelingen met een derde te bevoordelen.

De schuldige wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie, indien:

1°. de feiten, omschreven in het eerste lid, worden gepleegd door twee of meer verenigde personen;

2°. de minderjarige de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt;

3°. geweld of een andere feitelijkheid als bedoeld in het eerste lid zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft.

De feiten, omschreven in het eerste lid, gepleegd door twee of meer verenigde personen onder de omstandigheden, bedoeld in het tweede lid, onder 2° en 3°, worden gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren of geldboete van de vijfde categorie.

3.3.3.4 Resumé

In het voorgaande is aan de orde gekomen hoe het veranderende denken over de zeden in het algemeen en de rol van het strafrecht bij de beheersing daarvan in de jaren zestig en zeventig in het bijzonder, uitmondt in concrete voorstellen om de strafwetgeving ter zake aan te passen. De ‘seksuele revolutie’, een term

waarmee de voornoemde ontwikkelingen gemakshalve gebundeld kunnen worden, zou in grote mate de genese van de strafbaarstelling van vrouwenhandel bepalen vanaf ongeveer de jaren zeventig tot het eind van de twintigste eeuw. Die genese is niet het verhaal van de strafwetgever alleen. Juist het Openbaar Ministerie zou een bepalende invloed uitoefenen op de betekenis van de strafbaarstelling van vrouwenhandel. Die invloed deed zich voor in de vorm van een op de gewijzigde maatschappelijke opvattingen afgestemd strafrechtelijk beleid, waarbij het zelfbeschikkingsrecht van de prostituee tot uitgangspunt werd genomen. Niet het beschermen van de zeden was uitgangspunt van het vervolgingsbeleid van het OM, maar het beschermen van de persoonlijke vrijheid van de prostituee: alleen indien de prostituee door gebruikmaking van enigerlei vorm van dwang tot prostitutie werd gebracht, zou sprake zijn van een vorm van vrouwenhandel die voor vervolging in aanmerking komt. De operatie om tot een gewijzigd artikel 250ter Sr te komen, liep parallel aan het proces waarin het OM-beleid steeds meer aan de oppervlakte begon te geraken en de minister spreekt in dit verband dan ook in termen van 'codificatie van bestaand recht'.³²⁰ In de gewijzigde delictsomschrijving was dwang een centraal onderdeel geworden, overigens in precies dezelfde vorm als de door het OM ontwikkelde doctrine, waarin alleen nog zou worden vervolgd degene die een ander door geweld of door een andere feitelijke of door bedreiging of een andere feitelijke dan wel door misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of door misleiding tot prostitutie brengt dan wel onder de voornoemde omstandigheden enige handeling onderneemt waarvan hij of zij redelijkerwijs moet vermoeden dat de ander daardoor in de prostitutie belandt.

De strekking van de gedraging die in 1994 in een nieuw artikel 250ter zou worden strafbaar gesteld ziet op het tot prostitutie brengen van een ander, terwijl de vrijwilligheid door het bestaan van enig dwangmiddel beschadigd is. Voor de strafwetgever van 1911 deed de dwang er niet toe: elke handeling met het oogmerk een vrouw aan de prostitutie over te leveren, was strafbaar als vrouwenhandel. Het formele karakter van dit delict kwam eerder ter sprake. Het accent ligt op de gedraging, ongeacht het gevolg, hoezeer ook de gedraging ingevolge het oogmerkbestanddeel een specifieke gerichtheid moet hebben.³²¹ Er hoeft geen gevolg bewezen te worden, *ergo*: het overleveren aan de prostitutie hoeft niet al plaats te hebben gevonden. De mensenhandelgedraging in artikel 250ter Sr, dat in 1994 in werking trad en in iets gewijzigde vorm tot 2005 dienst zou blijven doen in artikel 250a Sr, is anders geconstrueerd. Dat is reeds zichtbaar door het ontbreken van het oogmerkbestanddeel. Toegesneden op de *dolus*-variant in lid 1 wordt een tot prostitutie brengen door dwang gevergd. Onder 'tot prostitutie brengen' wordt verstaan het

320 *Kamerstukken II* 1988/89, 21027, 3, p. 3, p. 6. Vgl. ook *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 5, p. 6.

321 Van Hattum 1953, p. 160-161; Kelk/De Jong 2016, p. 60-61.

feitelijk iemand er toe brengen zich beschikbaar te stellen tot het tegen betaling verrichten van seksuele handelingen met derden.³²² Opgemerkt zij dat ook hier het daadwerkelijk werken in de prostitutie nog niet hoeft te hebben plaatsgevonden om te spreken van het voltooide delict mensenhandel, het gaat 'slechts' om een beschikbaar stellen. Toch zien we hier dat de gedraging in potentie dichterbij de daadwerkelijke werkzaamheden ligt dan een handeling met overleveringsoogmerk. Voor de voltooiing van het in artikel 250ter, eerste lid, strafbaar gestelde delict moet ofwel sprake zijn van het tot prostitutie brengen ofwel een weten of redelijkerwijs moeten vermoeden dat iemand door het verrichten van een bepaalde handeling in de prostitutie belandt. Nu heeft deze laatste gedraging, de *culpa*-variant, een formeler karakter, aangezien het gaat om een gedraging zonder dat hoeft komen vast te staan dat iemand ook daadwerkelijk in de prostitutie belandt. De *dolus*-variant evenwel kan veeleer als een materieel omschreven delict worden begrepen in die zin dat veel meer dan in de vrouwenhandelgedraging van 1911 een gevolg centraal staat, namelijk dat de ander ook daadwerkelijk, door dwang, zich beschikbaar heeft gesteld. Het valt op, en vandaar dat er hier ook wat uitvoeriger bij wordt stilgestaan, hoe de gedaante van de mensenhandelgedraging door de ontwikkelingen in de jaren zestig en zeventig is veranderd en als het ware een 'beweging naar achteren' heeft gemaakt, i.e. 'dichter' op het einddoel is gaan kleven. Niet het proces, dat aan het begin van de twintigste eeuw nog zo dominant op de voorgrond trad – het gehele voorstadium om bordelen van 'aanwas' te voorzien – staat nog langer centraal, maar vooral de manier waarop iemand in meer directe zin tot werken in de prostitutie wordt gemaand. De strafbare gedraging 'mensenhandel' verliest daardoor haar formele karakter en gaat in sterke mate lijken op de gedraging die vanaf 1 januari 1912 in artikel 250bis Sr had gestaan; daarin was degene strafbaar gesteld die beroepsmatig ontucht teweegbrengt dan wel bevordert. De vermenging van handel en exploitatie is ook terug te zien in de in 1997 ingezette wetgevingsoperatie om alsnog tot de opheffing van het bordeelverbod te komen. In de voorgestelde wetswijziging worden de voordeeltrekkersbepalingen neergezet als deelnemingsbepalingen van de mensenhandelgedraging, met uitzondering van lid 1 sublid 6 overigens, waarin in gewijzigde vorm de strafbaarstelling van souteneurschap is opgenomen.

Naast het veranderende karakter van de mensenhandelgedraging is ook sprake van een verschuiving van de met mensenhandel gemoeide rechtsbelangen. Cleiren en Ten Voorde hebben in dit verband ook wel gesproken over 'rechtsbelangen in beweging'.³²³ De wetgevingsoperatie die uitmondde in het gewijzigde artikel 250ter Sr markeerde deze beweging, door bij het strafrechtelijk optreden ter zake de zelfbeschikking van prostituees tot uitgangspunt te nemen. Pas indien het tot prostitutie brengen gepaard gaat met dwang is

322 *Kamerstukken II* 1988/89, 21027, 3, p. 8 (memorie van toelichting).

323 Cleiren & Ten Voorde 2016.

strafrechtelijke interventie gegeven (bij meerderjarigen). Eenzelfde doctrine was ook (en eerder) zichtbaar bij de wetgeving omtrent de souteneur en de exploitant. Hoewel de wilsonvrijheid bij de nieuw tot stand gebrachte wetgeving de centrale plaats inneemt, is het wetsartikel waarin mensenhandel zou worden opgenomen – eerst in artikel 250ter, daarna in artikel 250a Sr – overigens nooit van plek veranderd. Het is in beide artikelen steeds ‘misdrijf tegen de zeden’ gebleven, hoezeer ook de uitgangspunten omtrent de inzet van het strafrecht waren gewijzigd en hoezeer ook de zelfbeschikking start- en eindpunt van denken was.

Eén belangrijke kanttekening op het uitgangspunt van zelfbeschikking is de in artikel 250a, eerste lid, sub 2 opgenomen gedraging, waarvan de strafbaarstelling voortvloeit uit het Verdrag uit 1933. Ontegenzeggelijk druist de strafbaarstelling van deze gedraging in tegen de gemoderniseerde grondgedachten van het Nederlands prostitutiebeleid en de uitgangspunten die zijn aangehouden bij het wijzigen van de strafwetgeving over mensenhandel. Het wordt in de wetsgeschiedenis duidelijk dat de wetgever zich bewust is geweest van deze inconsistentie, maar tegelijkertijd voor het wegnemen daarvan niet een internationaal verdrag heeft willen opzeggen. Daarmee zou Nederland internationaal een verkeerd signaal afgeven; de inconsistentie in artikel 250a Sr is volgens de minister bovendien verantwoord ‘in het licht van de bestrijding van mensenhandel’.³²⁴

Na deze uitgebreide bespreking van deze specifieke periode uit de geschiedenis van de mensenhandelbepaling in Nederland is het tijd de bakens te verzetten naar het internationale niveau. Ook op dit niveau was in de jaren negentig opnieuw aandacht ontstaan voor het thema van de mensenhandel. Die mondde onder meer uit tot de poging van de Verenigde Naties om een nieuw, en specifiek op de mensenhandel gericht rechtsdocument te ontwikkelen. Dit proces, en wat daarop volgde, vormt het onderwerp van de volgende paragraaf.

3.4 VERDERE INTERNATIONALISERING VAN HET MENSENHANDELTHEMA (2000-HEDEN)

De betrokkenheid van de Verenigde Naties met het mensenhandelthema kende al een langere geschiedenis, zoals hierboven al duidelijk is geworden, maar na het in paragraaf 3.3.1 besproken Verdrag van 1949 waren geen rechtsdocumenten meer tot stand gekomen. De hernieuwde aandacht, die zich in de loop van de jaren negentig ontwikkelde, kan vooral in de sleutel worden geplaatst van de vanaf die tijd steeds nadrukkelijker geworden wens om op VN-niveau tot een omvattend verdrag inzake de bestrijding van de georganiseerde crimi-

³²⁴ *Kamerstukken II 1998/99, 25437, 17, p. 4.*

naliteit te komen. Parallel daaraan was sprake van een groeiende behoefte om de mensenhandelproblematiek op internationaal niveau, naast het mensenrechtelijk, ook vanuit een strafrechtelijk perspectief te benaderen.³²⁵

De kiem daarvoor werd reeds in de jaren zeventig en tachtig gelegd, waarin de VN al meer congressen over georganiseerde criminaliteit hadden georganiseerd. In 1994 komt het uiteindelijk tot een grote conferentie in Napels, waaruit een door de Algemene Vergadering aangenomen resolutie voortvloeit waarin de noodzaak wordt onderstreept van

‘[...] strengthened and improved international cooperation at all levels and for more effective technical cooperation to assist States in their fight against organized transnational crime’.³²⁶

‘Napels’ wordt gevolgd door meer bijeenkomsten, met verschillende formele statuten.³²⁷ Uiteindelijk leidden die tot een resolutie die de grondslag zou vormen voor de onderhandelingen over een ‘comprehensive international convention against transnational organized crime’.³²⁸ Daarin was ook de wens opgenomen voor bepaalde fenomenen tot aparte internationale instrumenten te komen, waaronder de ‘illicit manufacturing of and trafficking in firearms, illegal trafficking in and transporting of migrants, including by sea’ en de ‘trafficking in women and children’.³²⁹ Niet mensenhandel in het algemeen is dus al deel van het plan van aanpak, maar de ‘trafficking in women and children’. Pas verderop in de onderhandelingen werd het werkterrein ook verschoven naar de mensenhandel van mannen, hoewel onderhandelaars het erover eens waren dat ‘[...] particular attention should be given to the protection of women and children’.³³⁰

325 Gallagher 2010, p. 68 meent dat de jaren negentig ‘[...] marked an important shift in the international legal framework around trafficking as the issue began to be considered from perspectives other than human rights’.

326 Resolutie 49/159 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (23 december 1994), *Naples Political Declaration and Global Action Plan against Organized Transnational Crime*, UN Doc A/RES/49/159.

327 Voor een uitgebreid overzicht van de bijeenkomsten die de opmaat vormden voor de onderhandelingen over een verdrag ter bestrijding van de georganiseerde criminaliteit zie UNODC 2006, p. ix-xxvi. Zie ook McClean 2007, p. 4-31.

328 Resolutie 53/111 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (9 december 1998), *Transnational Organized Crime*, UN Doc A/RES/53/111.

329 Resolutie 53/111 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (9 december 1998), *Transnational Organized Crime*, UN Doc A/RES/53/111, o. 10. Overigens was op een apart rechtsdocument ten aanzien van mensenhandel al eerder aangedrongen door Argentinië. Zie UNODC 2006, p. xxiv.

330 UNODC 2006, p. 322. Terug te zien in de volledige benaming van het protocol: ‘Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime’. Daarover kritisch Ditmore & Wijers, *Nemesis* 2003, afl. 4, p. 82, die erop wijzen dat alleen het Mensenhandelprotocol deze speciale focus op vrouwen en kinderen heeft en daarmee

Deze paragraaf gaat niet tot in detail in op de veelheid aan documenten die voorafgingen aan de onderhandelingen om tot een specifiek, op de handel in mensen toegespitst protocol te komen, maar vangt aan bij de start van de onderhandelingen in januari 1999. Bovendien zal in deze paragraaf uitsluitend aandacht worden besteed aan de onderhandelingen over de definitie van mensenhandel. Deze paragraaf is minder omvattend dan de paragrafen 3.2 en 3.3. Dit heeft ermee te maken dat het rechtsdocument waartoe de onderhandelingen zouden leiden, het VN Palermo Protocol over mensenhandel (hierna: Protocol), grote invloed zou gaan uitoefenen op de vormgeving van de strafbaarstelling van mensenhandel in het Wetboek van Strafrecht zoals die vanaf 2005 zou komen te luiden. Deze wordt uitgebreid behandeld in de hoofdstukken 4 en 5. Om bij de behandeling van beide onderwerpen al te veel overlap te voorkomen, is ervoor gekozen in deze paragraaf vooral de achtergronden te laten zien waartegen de nieuwe mensenhandeldefinitie tot stand is gekomen. De bespreking van de meer inhoudelijke aspecten van die definitie – en de behandeling van de daarin opgenomen bestanddelen – is vervolgens ingekapseld in de uitgebreide studie van de Nederlandse strafbaarstelling in de hoofdstukken 4 en 5. In paragraaf 3.4.2 is er nog kort aandacht voor de rechtsdocumenten die na de totstandkoming van het Protocol op het niveau van de EU onderscheidenlijk de Raad van Europa werden ontworpen.

3.4.1 De ontwikkeling van een nieuwe mensenhandeldefinitie door de VN

In literatuur en in beleidsdocumenten wordt bij tijd en wijle de indruk gewekt dat het eindproduct van de onderhandelingen die in het navolgende besproken worden – het Mensenhandelprotocol van de VN uit 2000 – zou voorzien in de eerste, op mondiaal niveau geformuleerde mensenhandeldefinitie. Hierboven is al te zien geweest dat deze veronderstelling op een misverstand berust: het *track record* van de VN op het terrein van de mensenhandel gaat immers al veel langer terug, in het bijzonder als de jaren waarin de organisatie nog door het leven ging als de Volkenbond (League of Nations), gedurende het *interbellum*, worden meegeteld.³³¹ Gallagher meent dat de onderhandelingen over een verdrag op dit terrein '[...] represented the first serious attempt by the international community to invoke international law as a weapon against transnational organized crime',³³² maar een landenoverstijgende aanpak van 'white slave traffic' was reeds aan het eind van de negentiende eeuw de natuurlijke reflex geweest, juist vanwege het feit dat de 'buitenlandse

een bepaald stereotype – van vrouwen die eerder dan mannen slachtoffer worden – in stand houdt.

331 Zo ook Siller 2017, p. 30, die terecht opmerkt dat deze veronderstelling '[...] discounts over a century's worth of international trafficking instruments'.

332 Gallagher 2010, p. 70.

handel' als de meest excessieve vorm van vrouwenhandel werd beschouwd, zoals Collard het destijds verwoordde.³³³

Natuurlijk kan worden gediscussieerd over de effectiviteit van de maatregelen die destijds werden voorgesteld en genomen, maar nieuw is de betrokkenheid van het internationaal recht bij de beheersing van georganiseerde criminaliteit, en mensenhandel in het bijzonder, dus niet. De inspanningen van de VN aan het eind van de jaren negentig kenmerkten zich door de grote betrokkenheid van een veelheid aan landen. Kennelijk werd een breed gedeelde behoefte gevoeld om een nieuw internationaal instrument het licht te laten zien dat geschikt zou zijn voor de uitdagingen waarvoor staten zich rond het millennium gesteld zagen.³³⁴ Daarnaast is bij die onderhandelingen een opmerkelijk aantal belangengroeperingen en intergouvernementele organisaties aangesloten geweest.³³⁵

Voor het tot stand brengen van het Mensenhandelprotocol werd in 1998 een *ad hoc*-comité ingesteld dat in de twee jaar daarop verantwoordelijk zou worden voor de inhoudelijke invulling van de aanvullende protocollen bij het verdrag. In die jaren zou een groot deel van de vergadertijd worden opgeslokt door onderhandelingen over de juiste definitie van mensenhandel.³³⁶ Duidelijk was dat er een nieuwe definitie moest komen. Daarvoor waren inmiddels, vooral in niet-bindende documenten, te veel omschrijvingen in omloop geraakt. Bovendien was duidelijk dat de definitie uit het VN-verdrag van 1949 problemen opleverde in het licht van de maatschappelijke verschuivingen die zich in de jaren zestig en zeventig hadden voorgedaan.

De onderhandelingen over de definitie van mensenhandel werden ingeleid door twee voorstellen, gedaan door Argentinië en de VS. Over beide voorstellen werd in meerdere informele werkgroepen, die aan het *ad hoc*-comité adviseerden, gediscussieerd. De definitie van de VS zou uiteindelijk voor de verdere discussie tot uitgangspunt worden genomen. Het Amerikaanse voorstel werd vanaf het begin gekenmerkt door het formele karakter daarvan: duidelijk werd een onderscheid aangehouden tussen het mensenhandelproces enerzijds en het einddoel daarvan anderzijds. Over dit einddoel is tijdens de onderhandelingen lang en uitvoerig gediscussieerd. Een van de meest voorname discussiepunten was de vraag naar de relatie tussen mensenhandel en het einddoel prostitutie.³³⁷ Volgens een veelheid aan landen en *ngo's* konden beide fenomenen niet los van elkaar worden gezien en zou de mensenhandeldefinitie

333 Collard 1900, p. 16, p. 176.

334 Overigens was het enthousiasme in 1994 nog getemperd, toen in Napels. Niet alle staten waren ervan overtuigd dat de VN een rol moesten spelen bij de aanpak van georganiseerde criminaliteit.

335 Gallagher 2010, p. 71-72. Gallagher besteedt uitgebreid aandacht aan de onderscheiden belangengroeperingen die op de onderhandelende landen invloed hebben proberen uit te oefenen. Zie ook Ditmore & Wijers, *Nemesis* 2003, afl. 4.

336 Siller 2017, p. 80.

337 Zie daarover Gallagher 2010, p. 71 en Ditmore & Wijers, *Nemesis* 2003, afl. 4.

tekortschieten als die niet ook erop gericht zou zijn (de regulering van) de prostitutie als zodanig tegen te gaan (het abolitionistische of prohibitionistische perspectief).³³⁸ Om die reden werd ervoor gepleit de definitie zo in te richten dat staten zouden worden verplicht de handel met als einddoel het ‘werken in de prostitutie’ strafbaar te maken, ongeveer in de brede vorm waarin justitieminister Regout en de verdragsopstellers van ‘1949’ dat voor zich hadden gezien.³³⁹ Deze opvattingen werden bestreden door landen waarin prostitutie was gereguleerd. Zij vreesden een overinclusieve bepaling die de aandacht zou afleiden van de verschijningsvormen van mensenhandel die echt zouden moeten worden aangepakt.³⁴⁰ Een tweede discussiepunt dat zich in het kielzog van deze kwestie ontwikkelde, zag op de vraag *waarop* precies het proces van de mensenhandel zou moeten zijn gericht. Al vanaf het begin van de onderhandelingen bestond er consensus over dat mensen ook buiten de seksindustrie kunnen worden uitgebuit en dat een nieuwe definitie ook die niet-seksuele verschijningsvormen zou moeten omvatten. Hoe precies de afbakening van uitbuitingsvormen eruit zou moeten komen te zien, was evenwel tot in een ver stadium van de onderhandelingen onduidelijk. Ten grondslag hieraan lag mede het ontbreken van een definitie van uitbuiting in het internationaal recht. Volgens Allain, die naar het uitbuitingsconcept uitgebreid onderzoek heeft gedaan, is uitbuiting in het internationaal recht niet gedefinieerd, maar vormt het daarin veeleer een categorie waaronder meerdere, bestaande internationaalrechtelijke concepten kunnen worden ondergebracht, zoals slavernij of gedwongen of verplichte arbeid.³⁴¹ Een derde discussiepunt dat tijdens de onderhandelingen veel aandacht opeiste, was de positionering van het concept van dwang in de mensenhandeldefinitie. In het bijzonder stonden daarbij twee vragen centraal, namelijk *i)* of het bewijs van dwang ook altijd de vrijwilligheid van de gedwongene zou doen opheffen, en *ii)* in welke vormen dwang zich buiten de gebruikelijke verschijningsvormen – zoals geweld of de bedreiging daarmee – zou kunnen voordoen.

Vanwege het bestek van dit onderzoek wordt er op deze plek voor gekozen de onderhandelingen niet verder chronologisch te behandelen, maar meteen de uiteindelijke definitie te poneren. Aan de hand daarvan kan direct worden gezien hoe de discussies over bovenstaande vragen zijn beslecht. Bij de verdere behandeling wordt dan teruggegrepen op de overwegingen die aan de uiteindelijke keuzes ten grondslag hebben gelegen. De uiteindelijke definitiebepaling zou als volgt komen te luiden:

338 Ditmore & Wijers, *Nemesis* 2003, afl. 4.

339 Zie paragraaf 3.2.4.2.

340 Gallagher 2010, p. 27.

341 Allain 2013, p. 3.

Artikel 3 VN Mensenhandelprotocol

Voor de toepassing van dit Protocol wordt verstaan onder:

- a. "mensenhandel": het werven, vervoeren, overbrengen van en het bieden van onderdak aan of het opnemen van personen, door dreiging met of gebruik van geweld of andere vormen van dwang, ontvoering, bedrog, misleiding, machtsmisbruik of misbruik van een kwetsbare positie of het verstrekken of in ontvangst nemen van betalingen of voordelen teneinde de instemming van een persoon te verkrijgen die zeggenschap heeft over een andere persoon, ten behoeve van uitbuiting. Uitbuiting omvat mede: ten minste de uitbuiting van prostitutie van anderen of andere vormen van seksuele uitbuiting, gedwongen arbeid of diensten, slavernij of praktijken die vergelijkbaar zijn met slavernij, onderworpenheid of de verwijdering van organen;
- b. de instemming van een slachtoffer van mensenhandel met de beoogde uitbuiting, bedoeld in onderdeel a van dit artikel, is irrelevant indien een van de in onderdeel a bedoelde middelen zijn gebruikt;
- c. het werven, vervoeren en overbrengen van, het bieden van onderdak aan of het opnemen van een kind met het oogmerk van uitbuiting wordt beschouwd als "mensenhandel", ook indien hierbij geen van de in onderdeel a van dit artikel bedoelde middelen zijn gebruikt;
- d. "kind": iedere persoon jonger dan achttien jaar.

Duidelijk is dat de definitie in het Protocol formeel omschreven is: het proces dat mensenhandel heet, is strafbaar gesteld om te voorkomen dat het einddoel van de mensenhandelaar wordt verwezenlijkt: de uitbuiting. Dat die uitbuiting daadwerkelijk intreedt, is geen vereiste; de plicht om mensenhandel strafbaar te stellen, strekt zich ook uit tot situaties waarin wel de handelingen – het werven, vervoeren c.a. – hebben plaatsgehad (met gebruikmaking van een dwangmiddel), maar geen uitbuiting heeft plaatsgevonden.

Bezien we de drie discussiepunten die gedurende de onderhandelingen over het Mensenhandelprotocol centraal hebben gestaan opnieuw, dan valt in eerste instantie op dat 'uitbuiting' ook in het protocol als categorie is neergezet. In de laatste volzin van artikel 3, onder a, wordt dat duidelijk. Hier is sprake van een niet-limitatieve lijst van uitbuitingsvormen. Grof gezegd kunnen deze uitbuitingsvormen in twee types worden onderverdeeld. Het eerste is het type uitbuitingsvorm dat verwijst naar een reeds in het internationaal recht bestaand concept of bestaande definitie. Met betrekking tot de uitbuitingsvorm van slavernij wordt aangehaakt bij de definitie van slavernij zoals die is opgenomen in het uit 1926 stammende *Verdrag inzake de slavernij*, dat onder auspiciën van de Volkenbond tot stand werd gebracht. Daarin wordt onder slavernij verstaan '[...] de staat of toestand van een persoon over wien eigendomsrechten, hetzij in vollen omvang, hetzij in beperkte mate, worden uitgeoefend'.³⁴² Ook de uitbuitingsvorm 'gedwongen arbeid of diensten' was al gedefinieerd; de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO) had al in 1930 het *Verdrag*

342 Artikel 1 van het *Verdrag inzake de slavernij* uit 1926.

betreffende de gedwongen of verplichte arbeid tot stand gebracht, waaronder werd verstaan:

elken arbeid of dienst, welke van een persoon wordt gevorderd onder bedreiging met een of andere straf en waarvoor bedoelde persoon zich niet vrijwillig heeft aangeboden.³⁴³

Ook de ‘praktijken vergelijkbaar met slavernij’ waren al nader gedefinieerd, ditmaal in het in 1956 tot stand gebrachte *Verdrag ter aanvulling op het Slavernij-verdrag*. Dit aanvullend verdrag bevestigde niet alleen de in 1926 en, door de IAO, in 1930 beoogde doelstellingen, maar had ook als doel de met slavernij gelijk te stellen ‘instellingen en praktijken’ aan te pakken. Daaronder kunnen ingevolge artikel 1 van het aanvullend verdrag worden verstaan het pandelschap (*debt bondage*), het lijfeigenschap, het gedwongen huwelijk en de uitbuiting van kinderen; het verdrag zag er nadrukkelijk op dat staten deze fenomenen ook zouden criminaliseren als zij strikt genomen niet aan de hoge bewijsdrempel van de slavernij zouden voldoen.³⁴⁴

Over de definitie van de uitbuitingsvorm van ‘onderworpenheid’, in Nederland ook wel vertaald als dienstbaarheid, bestaat in het internationaal recht geen overeenstemming. Allain beschouwt de onderworpenheid als synoniem voor de instellingen en praktijken vergelijkbaar met slavernij.³⁴⁵ Het EHRM heeft in zijn *Siliadin*-arrest overwogen dat [...] “servitude” means an obligation to provide one’s services that is imposed by the use of coercion, and is to be linked with the concept of “slavery” [...].³⁴⁶

Het tweede type uitbuitingsvorm dat vindbaar is in de mensenhandeldefinitie verwijst niet naar een al bestaande definitie in het internationaal recht. De discussie over de vraag of mensenhandel gelijk moet worden gesteld aan prostitutie is met opnemings van de uitbuitingsvorm ‘uitbuiting in de prostitutie’ niet beslecht. Deze vorm is niet van een nadere betekenis voorzien en in een *interpretative note* in de *travaux préparatoires* wordt overwogen dat het protocol

‘[...] addresses the exploitation of the prostitution of others and other forms of sexual exploitation only in the context of trafficking in persons. The terms “exploitation of the prostitution of others” or “other forms of sexual exploitation” are not defined in the protocol, which is therefore without prejudice to how States parties address prostitution in their respective domestic laws’.³⁴⁷

343 Artikel 2, eerste lid.

344 Zie over deze uitbuitingsvormen uitgebreid Allain 2013.

345 Allain 2013, hfdst. 4.

346 EHRM 26 juli 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0726JUD007331601 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 124.

347 UNODC 2006, p. 347.

De door sommige landen gevreesde gelijkstelling van mensenhandel en prostitutie werd hierdoor voorkomen en de vrijheid voor landen om een liberaal prostitutiebeleid te voeren onverkort gehandhaafd.³⁴⁸ Ook seksuele uitbuiting – een vorm die dus een *species* is van het *genus* uitbuiting, maar zelf weer een *genus*begrip vormt waaronder onder meer het *species* ‘uitbuiting in de prostitutie’ valt – is niet nader gedefinieerd. Hetzelfde kan worden gezegd van de ‘verwijdering van organen’. Ook hier is niet in een nadere uitleg voorzien, al wordt uit de *interpretative note* wel duidelijk dat de verwijdering van organen van kinderen ‘[...] with the consent of a parent or guardian for legitimate medical or therapeutic reasons should not be considered exploitation’.³⁴⁹

Een ander discussiepunt betrof de vraag naar het dwangconcept binnen de definitie van mensenhandel. In artikel 3, onder c, is te zien dat ten aanzien van minderjarigen niet hoeft te worden bewezen dat sprake was van de aanwezigheid van een dwangmiddel: de handeling in combinatie met het kwade oogmerk volstaat hier voor het vervuld zijn van de definitie. Ten aanzien van meerderjarigen ligt dit anders en voorziet de definitie in een veelheid aan dwangmiddelen die we deels ook al kennen uit eerdere internationale definities en waarvan er meerdere ook zijn terug te vinden in de delictsomschrijvingen die in artikel 250a (oud) Sr waren opgenomen. Nieuw is het bestanddeel ‘misbruik van een kwetsbare positie’. De achtergronddocumentatie laat zich tamelijk op de vlakte over de vraag wanneer van een kwetsbare positie sprake is en wanneer daarvan misbruik wordt gemaakt. Wel is in een *interpretative note* bij dit artikel toegevoegd dat

‘[the] reference to the abuse of a position of vulnerability is understood to refer to any situation in which the person involved has no real and acceptable alternative but to submit to the abuse involved’.³⁵⁰

Later heeft het UNODC in een *issue paper* over het misbruik van een kwetsbare positie benadrukt dat voor het bewijs daarvan beide componenten aanwezig moeten zijn: een kwetsbare positie en het misbruik daarvan. Een kwetsbare positie kan onder meer bestaan in de persoonlijke, situationele en bijkomende omstandigheden waarin een persoon zich bevindt. Bij persoonlijke omstandigheden kan worden gedacht aan de fysieke en mentale gezondheid van het betrokken slachtoffer. Situationele omstandigheden ‘may relate’, volgens het UNODC, ‘to a person being irregularly in a foreign country in which he or she

348 Gallagher wijst er in dit verband op dat de ‘antiprostitution lobby’ de opneming van ‘uitbuiting van prostitutie van anderen’ onterecht vierde als een overwinning. Volgens haar maakten de debatten die over dit thema plaatsvonden duidelijk dat ‘[...] States merely agreed to sacrifice their individual views on prostitution to the greater goals of securing an agreed definition and maintaining the integrity of the distinction between trafficking and migrant smuggling’. Gallagher 2010, p. 28-29.

349 UNODC 2006, p. 347.

350 UNODC 2006, p. 347.

is socially or linguistically isolated'.³⁵¹ Bijkomstige omstandigheden, een categorie die fungeert als restcategorie, kunnen bijvoorbeeld verwijzen naar de werkloosheid van de betreffende persoon of een situatie van economische achterstelling. Het UNODC beklemtoont dat alleen het bewijs van een kwetsbare positie niet volstaat voor het bewijs van het misbruik daarvan: daarvoor is vereist dat

'[...] an individual's personal, situational or circumstantial vulnerability is intentionally used or otherwise taken advantage of, to recruit, transport, transfer, harbour or receive that person for the purpose of exploiting him or her, such that the person believes that submitting to the will of the abuser is the only real or acceptable option available to him or her, and that belief is reasonable in light of the victim's situation'.³⁵²

Los van de specifieke dwangmiddelen, die op deze plek niet allemaal besproken zullen worden, is in artikel 3, onder b, van het Protocol bepaald dat het bewijs van een dwangmiddel als bedoeld in onderdeel a de eventuele instemming met de beoogde uitbuiting irrelevant maakt. Deze formulering lijkt dus ruimte open te laten voor situaties waarin personen zelf met de uitbuiting instemmen. Dit is een belangrijk punt van discussie geweest tijdens de onderhandelingen over het Protocol. Vooral bij aanhangers van het abolitionistische perspectief leefde de overtuiging dat vooral met sekswerk nooit valt in te stemmen en dat zou een overweging zoals die in onderdeel b is opgenomen overbodig maken. Toch is besloten tot opneming, vooral, zo valt uit de achtergrondstukken op te maken, om te voorkomen dat nog discussie over de wilsvrijheid van het slachtoffer zou kunnen ontstaan als reeds een dwangmiddel is bewezen. Onderdeel b maakt evident dat hiervan geen sprake kan zijn: het Protocol veronderstelt dat het succesvol hanteren van een dwangmiddel door de mensenhandelaar de vrijwilligheid dusdanig aantast dat het apart aandacht besteden aan de vraag of iemand met de uitbuiting heeft ingestemd niet relevant is.

Over de onderhandelingen over het Protocol en zijn uiteindelijke inhoud kan nog veel meer worden gezegd, maar daarmee zouden we het bestek van deze studie te buiten gaan. Wel zal, zoals reeds is aangekondigd, het Protocol in dit boek nog meermalen terugkomen omdat het een grote invloed zou gaan uitoefenen op de inrichting van de strafbaarstelling van mensenhandel in

351 Zie p. 2 van de *Guidance Note on 'abuse of a position of vulnerability' as a means of trafficking in persons in Article 3 of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, dat tegelijk met het *issue paper* verscheen.

352 *Guidance Note on 'abuse of a position of vulnerability' as a means of trafficking in persons in Article 3 of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, p. 2.

Nederland. De Nederlandse wetgever zag zich daarbij gesteld voor een interessante uitdaging. Want de wetgeving die pas in 1994 in werking was getreden kende een andere opzet, die juist – in tegenstelling tot het Protocol – het onderscheid tussen proces en einddoel goeddeels had losgelaten. Anders dan een wijze te vinden waarop de bestaande delictsomschrijvingen aan de VN-definitie konden worden aangepast, koos de wetgever er voor de VN-definitie letterlijk over te nemen. Hoe die inpassing precies vorm heeft gekregen, komt uitgebreid aan de orde in de hoofdstukken 4 en 5.

3.4.2 Latere ontwikkelingen op internationaal niveau

Kort staan we hier nog stil bij de ontwikkeling van andere belangrijke juridische documenten die na de totstandkoming van het VN-Palermo Protocol het licht zagen. Het gaat dan om het Mensenhanderverdrag van de Raad van Europa en de Mensenhandelrichtlijn van de EU.³⁵³ Het belang van deze instrumenten kan moeilijk worden overschat, maar in het kader van dit onderzoek is een uitgebreide bespreking van deze documenten overbodig. Dit heeft er vooral mee te maken dat de genoemde instrumenten, die zichzelf als aanvullingen op het Protocol beschouwen,³⁵⁴ zich vooral op terreinen onderscheiden die zich buiten het bestek van deze studie bevinden. Zowel het Mensenhanderverdrag als de EU-richtlijn kenmerken zich ten opzichte van het Protocol door een zekere paradigmawisseling die daarin zichtbaar is. Het Protocol had zich vanuit de wens om op VN-niveau tot een meer effectieve aanpak van de georganiseerde criminaliteit te komen, vooral onderscheiden als een specifiek, op de strafrechtelijke aanpak gericht document. Na de totstandkoming ervan werd op het niveau van de Raad van Europa en de EU al snel duidelijk dat het ook nodig was om de blik meer te richten op de harmonisatie van het beschermingsniveau dat aan slachtoffers geboden zou moeten worden. In de Europese documenten is dat goed terug te zien. Zo stelt het Mensenhanderverdrag in de preambule heel duidelijk dat '[...] respect for victims' rights, protection of victims and action to combat trafficking in human beings must be the paramount objectives'. In de EU-richtlijn, de opvolger van het in 2002 al tot stand gekomen Kaderbesluit over mensenhandel, is een uitgebreide set van rechten voor slachtoffers van mensenhandel opgenomen, die bijvoorbeeld ziet op het recht op juridische bijstand of het recht om schadevergoeding te kunnen vorderen. Ook voorziet de richtlijn in een bepaling die staten verplicht

353 Verdrag van de Raad van Europa inzake de bestrijding van mensenhandel (Warschau, 16 mei 2005), *Trb.* 2006, 99 (hierna: het Mensenhanderverdrag) en de Richtlijn 2011/36/EU van het Europees Parlement en de Raad inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad (5 april 2011), *PbEU* L 101/1 (hierna: EU-richtlijn mensenhandel).

354 Vgl. de preambules bij beide documenten.

om mechanismen in werking te stellen die zorgdragen voor een individuele risicoanalyse voor slachtoffers van mensenhandel. In beide documenten is bovendien een *non-punishment* beginsel opgenomen; staten dienen te beschikken over maatregelen die moeten kunnen voorkomen dat slachtoffers van mensenhandel die zich ook schuldig hebben gemaakt aan een strafbaar feit, vervolgd en bestraft worden.³⁵⁵

De definitie van mensenhandel is in beide documenten haast letterlijk overgenomen. Wel is in de EU-richtlijn de lijst met uitbuitingsvormen uit artikel 3, onder a, van het Protocol uitgebreid. Daaronder vallen nu ook de gedwongen bedelarij (als vorm van arbeid- of dienstverlening en de uitbuiting van strafbare activiteiten).³⁵⁶ Ook wordt in de richtlijn een specifieke definitie opgenomen van een kwetsbare positie als bedoeld in het bestanddeel 'misbruik van een kwetsbare positie'. Daaronder moet ingevolge artikel 2, tweede lid, van de richtlijn de situatie worden verstaan waarin de betrokkene geen andere werkelijke of aanvaardbare keuze heeft dan het misbruik te ondergaan.³⁵⁷ Daarmee wordt de definitie gevolgd die eerder in het kader van de VN tot stand was gekomen en waarnaar hiervoor al kort aandacht uitging.

Op materieelstrafrechtelijk niveau valt op dat zowel het Mensenhandelsverdrag als de richtlijn de aansprakelijkheid verder uitbreiden. Zo verplicht de richtlijn tot strafbaarstelling van de uitlokking, de hulp bij en de aanzetting tot of de poging tot mensenhandel.³⁵⁸ Ook bevatten zowel verdrag als richtlijn een bepaling die staten in overweging geeft om strafbaar te stellen het gebruikmaken van diensten die het voorwerp zijn geweest van uitbuiting³⁵⁹ en zijn bepalingen opgenomen met betrekking tot de strafbaarstelling van rechtspersonen.³⁶⁰

Tot slot mag de ontwikkeling van rechtspraak op het terrein van mensenhandel op het niveau van het EHRM niet onbenoemd blijven. Het hof heeft in 2010 expliciet erkend dat 'mensenhandel' onder artikel 4 van het EVRM valt, waarin het verbod op slavernij, dienstbaarheid en dwangarbeid en verplichte arbeid is opgenomen.³⁶¹ Het heeft in zijn rechtspraak mettertijd een toenemend aantal positieve verplichtingen voor staten opgenomen. Het *Rantsev*-arrest, uit 2010, is in dit verband nog steeds maatgevend. Daarin zet het hof systematisch uiteen welke, qua aard uiteenlopende verplichtingen op staten rusten als het gaat om de bestrijding van mensenhandel. Naar het oordeel van het hof is '[...] the duty to penalise and prosecute trafficking [...] only

355 Zie over het *non-punishment* beginsel uitgebreid Esser & Dettmeijer-Vermeulen, *DD* 2017/40.

356 Artikel 2, derde lid, EU-richtlijn mensenhandel.

357 Overgenomen in artikel 273f, zesde lid, Sr, dat op 15 november 2013 in werking trad.

358 Artikel 3 EU-richtlijn mensenhandel.

359 Artikel 18, vierde lid, EU-richtlijn en artikel 19 Mensenhandelsverdrag.

360 Artikel 5 en 6 EU-richtlijn en artikel 22 Mensenhandelsverdrag.

361 EHRM 7 januari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0107JUD002596504 (*Rantsev/Cyprus en Rusland*), r.o. 282. Zie ook EHRM 30 maart 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0330JUD002188415, r.o. 67 (*Chowdury e.a./Griekenland*).

one aspect of member States' general undertaking to combat trafficking'.³⁶² Daarnaast geldt volgens het hof een operationele, positieve verplichting,³⁶³ telkens wanneer

'[...] State authorities were aware, or ought to have been aware, of circumstances giving rise to a credible suspicion that an identified individual had been, or was at real and immediate risk of being, trafficked or exploited within the meaning of Article 3(a) of the Palermo Protocol and Article 4(a) of the Anti-Trafficking Convention. In the case of an answer in the affirmative, there will be a violation of Article 4 of the Convention where the authorities fail to take appropriate measures within the scope of their powers to remove the individual from that situation or risk'.³⁶⁴

Naast deze operationele verplichting om in te grijpen in acute situaties, geldt ook een procedurele positieve verplichting om (mogelijke) mensenhandelzaken aan onderzoek te onderwerpen:

'For an investigation to be effective, it must be independent from those implicated in the events. It must also be capable of leading to the identification and punishment of individuals responsible, an obligation not of result but of means'.³⁶⁵

De vergaande verplichtingen die het EHRM op het terrein van mensenhandel heeft geformuleerd laten doorschemeren dat met de bestrijding van mensenhandel essentiële waarden gepaard gaan. Het EHRM beschouwt artikel 4 EVRM dan ook als 'one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe'.³⁶⁶ Een gevolg daarvan is onder meer dat in zijn rechtspraak de afgelopen jaren een omslag zichtbaar is die ook is terug te zien in de Europese mensenhandeldocumenten: steeds meer zijn de positieve verplicht-

362 EHRM 7 januari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0107JUD002596504 (*Rantsev/Cyprus en Rusland*), r.o. 285.

363 Het EHRM refereert hier aan zijn *Osman*-arrest, waarin de operationele verplichtingen zijn opgenomen die gelden bij een mogelijke schending van artikel 2 EVRM: EHRM 28 oktober 1998, NJ 2000/34, m.nt. E.A. Alkema (*Osman/Verenigd Koninkrijk*).

364 EHRM 7 januari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0107JUD002596504 (*Rantsev/Cyprus en Rusland*), r.o. 286. Deze verplichting wordt overigens wel gemitigeerd door de in het *Osman*-arrest ontwikkelde doctrine dat de verplichting geen 'impossible or disproportionate burden on the authorities' mag leggen. Van een schending van de operationele positieve verplichting die hier is genoemd was sprake in EHRM 30 maart 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0330JUD002188415 (*Chowdury e.a./Griekenland*).

365 EHRM 7 januari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0107JUD002596504 (*Rantsev/Cyprus en Rusland*), r.o. 287.

366 Naast de artikelen 2 en 3. EHRM 19 juli 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0719JUD006056114 (*S.M./Kroatië*), r.o. 55; EHRM 26 juli 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0726JUD007331601 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 82.

tingen niet alleen op de repressie, maar ook op de preventie van mensenhandel gericht.³⁶⁷

Dat mensenhandel raakt aan de meest elementaire waarden binnen de Raad van Europa laat ook zien dat belangrijke rechtsbelangen op het spel staan. Naast de formulering van artikel 4 als basiswaarde van een democratische samenleving worden zowel in het Mensenhandelveerdrag als in de rechtspraak van het EHRM ook meer op het individu toegespitste belangen genoemd. Zo overweegt het hof dat mensenhandel een bedreiging is voor de menselijke waardigheid en de fundamentele vrijheden van zijn slachtoffers.³⁶⁸ In de preambule van het Mensenhandelveerdrag staat dat mensenhandel '[...] constitutes a violation of human rights' en inbreuk maakt op de 'dignity and the integrity of the human being'. In de preambule van de EU-richtlijn mensenhandel wordt gesproken in termen van een '[...] gross violation of fundamental rights [...]'. Naast de op het individu gerichte rechtsbelangen staat de bestrijding van mensenhandel telkens ook in de sleutel van de verbetering van de samenwerking die op het niveau van de bovennationale organisatie moet worden bereikt. Onmiskenbaar is de aanpak van mensenhandel daarmee steeds ook terug te voeren op de wens om de meer op de organisatie betrokken belangen te beschermen. Het meest zichtbaar is dat nog in de EU-richtlijn, waarin vooral ook de verbetering van de samenwerking tussen de lidstaten voorop staat. Daarnaast kan meer in het algemeen worden opgemerkt dat de instrumenten die op de mensenhandelaanpak betrekking hebben telkens ook, parallel aan de te beschermen individuele rechtsbelangen, de rechtsbelangen van de betrokken organisaties hebben te dienen.³⁶⁹ Betrokken op de EU geldt bijvoorbeeld dat de grondslag om richtlijnen op te stellen op het terrein van ernstige criminaliteit duidelijk in de sleutel staat van het verwezenlijken van de Europese, interne markt.³⁷⁰ Met het bestrijden van mensenhandel worden zo gezien steeds ook meer algemene, publieke rechtsbelangen beschermd.

3.5 RESUMÉ: SCHUIVENDE RECHTSBELANGEN

Met de bespreking van de laatste internationale ontwikkelingen komt de behandeling van de historie van de strafbaarstelling van mensenhandel in dit

367 Zo ook Boot-Matthijssen in haar annotatie bij het *Rantsev*-arrest: annotatie M. Boot-Matthijssen, bij EHRM 7 januari 2010, *NJCM-Bulletin* 2010, p. 510 (*Rantsev/Cyprus en Rusland*).

368 EHRM 7 januari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0107JUD002596504 (*Rantsev/Cyprus en Rusland*), r.o. 282.

369 Cleiren en Ten Voorde merken op dat bij het achterhalen van de rechtsbelangen die bovennationale instrumenten beogen te beschermen niet kan worden volstaan met een blik op de preambules, maar ook acht moet worden geslagen op '[...] the more general ideas of the European Commission and the Court of Justice of the European Union'. Cleiren & Ten Voorde 2019, p. 128.

370 Zie ook paragraaf 7.4.

hoofdstuk tot een einde. In dit hoofdstuk is te zien geweest dat het thema van de mensenhandel door de strafwetgever mettertijd op uiteenlopende wijzen is benaderd. Aan het begin van de twintigste eeuw vertrekt de wetgever in Nederland nog duidelijk vanuit een liberaal startpunt, wat een zuinige omgang met het strafrecht indiceerde. Hoewel in Nederland de mensenhandel tot 1912 niet strafbaar was, sloot dit goed aan bij de internationale consensus over de definitie van mensenhandel. Op bovennationaal niveau was men het er in het algemeen over eens dat alleen de overlevering aan de prostitutie *onder dwang* als mensenhandel strafbaar zou moeten zijn.

Naarmate de eeuw vordert, neemt de ontvankelijkheid voor een rol van het strafrecht bij het sturen en beïnvloeden van de zedelijke orde allengs toe, culminerend in een strenge zedenwetgeving en een navenant strikte strafbaarstelling van mensenhandel, waarbij de vraag naar de wilsvrijheid van de betrokken personen – alleen vrouwen en meisjes dan nog – geen rol speelt: elke handeling om iemand aan de prostitutie over te leveren, is vanaf 1912 – als de befaamde zedelijkheidswetten van justitieminister Regout in werking treden – als vrouwenhandel strafbaar.

De maatschappelijke ontwikkelingen die wel als de ‘seksuele revolutie’ zijn aangeduid, vanaf de jaren zestig, zorgen ook voor een kentering in het strafrecht. De invloed van deze culturele en politieke omslag doet zich eerst vooral op het strafvorderlijk niveau gevoelen, maar bereikt in de jaren tachtig ook het materieel strafrecht. De heroriëntatie die op de strikte zedelijkheidswetten plaatsheeft, leidt tot belangrijke aanpassingen in het Wetboek van Strafrecht. Vrouwenhandel wordt mensenhandel. De mensenhandel is, ten aanzien van volwassenen, alleen nog strafbaar indien de gedraging gepaard is gegaan met het aanwenden van een of meer dwangmiddelen. In 2000 wordt bovendien het bordeelverbod opgeheven en wordt de strafbaarstelling van de soutenance zo aangepast dat ook deze gedraging alleen strafbaar is wanneer een dwangmiddel is gebruikt. De aanpassingen sluiten goed aan bij de consensus die in 2000 op het niveau van de VN wordt bereikt over een nieuwe definitie van mensenhandel. Ook daarin speelt het dwangconcept (weer) een belangrijke rol.

De ontwikkelingen overziend, is het niet moeilijk om te concluderen dat de inrichting van de strafbaarstelling van mensenhandel in grote mate afhankelijk is geweest van de bredere maatschappelijke context waarbinnen die had te functioneren. Ook volgt die inrichting duidelijk de perioden die in de strafrechtswetenschappelijke literatuur wel zijn onderscheiden en de typerende kenmerken daarvan. In de klassiek-liberale tijd aan het begin van de twintigste eeuw is er nog geen sprake van de strafbaarstelling van mensenhandel en stelt de wetgever zich terughoudend op.³⁷¹ In de ‘christelijk-ethiserende periode’ van Kuypers anthithesepolitiek,³⁷² slaat de slinger juist naar de andere kant

371 Strijards 1986, p. 33-37.

372 De term is ontleend aan Strijards 1986, p. 37-43.

door en kent de wetgeving in Nederland qua strengheid haast zijn gelijke niet in Europa. Veel later, in de periode van het 'maatschappelijk herstel',³⁷³ na de Tweede Wereldoorlog, opent het strafrecht zijn deuren voor de snel veranderende opvattingen over de verhoudingen tussen staat en individu. Er is weer meer plaats voor liberale tendensen, al vormt de ontwikkeling van de individuele (mensen)rechten sinds de jaren zeventig niet alleen een waarborg tegen staatsoptreden, maar schiet ook steeds meer de idee wortel dat de staat het individu, soms ook tegen zichzelf, dient te beschermen.³⁷⁴ In de strafbaarstelling van mensenhandel, en daaraan gerelateerde wetgeving, zijn deze onderscheiden aanspraken goed terug te zien. Weliswaar neemt het concept van dwang in de jaren tachtig weer een centrale plaats in – en daarmee de vraag naar de wilsonvrijheid van de betrokken personen – ditmaal is er meer aandacht voor kwetsbare personen en minderjarigen: bij mensenhandel gepleegd tegen minderjarigen behoeft het dwangbestanddeel niet te worden bewezen en bovendien wordt de invulling van 'dwang' zo breed ingevuld, dat het beschermingsbereik van dit bestanddeel zich ver uitstrekt.

Ook in het denken over de rechtsbelangen die met de strafbaarstelling van mensenhandel moesten worden beschermd, is vanwege de genoemde bewegingen natuurlijk een ontwikkeling zichtbaar geweest.³⁷⁵ Zo is in dit hoofdstuk beschreven dat de vraag kan worden gesteld of de breed geformuleerde mensenhandelgedraging die in 1911 tot stand kwam, daadwerkelijk de bescherming van de betrokken vrouwen en meisjes op het oog had. Veeleer is toch de indruk dat de wetgeving ter zake vooral een rol had om de strenge opvattingen omtrent de goede zeden kracht bij te zetten. De pejoratieve termen die in deze tijd werden gebruikt om de 'gevalzen vrouwen' te beschrijven, spreken wat dit betreft boekdelen. Doezeema heeft terecht de vraag gesteld wie nu eigenlijk de slachtoffers waren van de mensenhandel. Waren dat 'loose women' of 'lost women'?³⁷⁶ In het discours vechten beide perspectieven om voorrang.

Vanaf de seksuele revolutie komt de wilsonvrijheid in de debatten over mensenhandel, en de criminalisering daarvan, centraal te staan. In 1994 slaat dit neer in de strafbaarstelling van mensenhandel. Het is opmerkelijk dat het nog tot 2005 duurt vooraleer de strafbaarstelling van mensenhandel, in plaats van in de titel met zedenmisdrijven, in de titel met misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid wordt ondergebracht. Overigens is te zien geweest dat het zedelijke karakter van een behoorlijk aantal van de in de strafwetgeving over mensenhandel opgenomen gedragingen met de overplaatsing naar de vrijheidstitel niet is verdwenen.

373 Buruma 1999, p. 17-19.

374 Buruma 1999, p. 19-22.

375 Zie ook Cleiren & Ten Voorde 2016.

376 Doezeema, *Gender Issues* 2000, afl. 1.

4 | De systematiek in de strafbaarstelling van mensenhandel

In het vorige hoofdstuk zijn de internationale en nationale achtergronden van de strafbaarstelling van mensenhandel besproken. Dat is gedaan vanuit de gedachte dat het, zonder ons van deze achtergronden bewust te zijn, niet mogelijk is van het huidige artikel 273f Sr, en de uitleg die daaraan door de (hoogste) rechter wordt gegeven, een goed begrip te verkrijgen. Naar de bevindingen uit hoofdstuk 3 zal in de hoofdstukken die voor ons liggen dan ook met regelmaat worden verwezen.

De strafbaarstelling van mensenhandel in artikel 273f Sr staat in de volgende twee hoofdstukken centraal. In dit hoofdstuk wordt allereerst voorzien in een bespreking van de meer systematische keuzes die bij strafbaarstelling van mensenhandel door de wetgever zijn gemaakt. Het aangrijpingspunt daarbij is de memorie van toelichting bij artikel 273a (oud) Sr. Dit artikel legde immers de kiem voor de huidige strafbaarstelling in artikel 273f Sr. Bij de bespreking in dit hoofdstuk wordt, gelet op het in hoofdstuk 2 geïntroduceerde perspectief, met name stilgestaan bij de vraag welke rechtsbelangen de wetgever met strafbaarstelling van mensenhandel heeft willen beschermen. Tevens wordt bekeken in hoeverre in de wetsgeschiedenis informatie besloten ligt die behulpzaam kan zijn bij de beantwoording van de vraag hoe precies de wetgever heeft gedacht over de verhouding tussen de door hem geïdentificeerde rechtsbelangen enerzijds en de als mensenhandel strafbaar gestelde gedragingen anderzijds.

Omdat in artikel 273f lid 1 Sr negen uiteenlopende gedragingen zijn strafbaar gesteld, ligt het voor de hand om in dit meer algemene hoofdstuk ook aandacht te besteden aan de vraag hoe precies de wetgever zich de verhouding tussen deze gedragingen heeft voorgesteld. Het bijeenbrengen van uiteenlopende gedragingen in één bepaling, met gebruikmaking van één delictskwalificatie, vooronderstelt nu eenmaal enige, onderlinge samenhang tussen deze gedragingen. In het bijzonder komt in dit verband een plek toe aan de begrippen 'mensenhandel' en 'uitbuiting', die in de wetsgeschiedenis door de strafwetgever onder meer worden gebruikt om bepaalde gedragingen in lid 1 nader te duiden en categoriseren.

4.1 OVER DE RECHTSBELANGEN IN ARTIKEL 273F SR

Om te ontsluiten wat het rechtsbelang is dat de strafwetgever met de huidige strafbaarstelling van mensenhandel beoogt te beschermen, komt vanzelfspre-

kend een belangrijke plaats toe aan de titel waarin die is opgenomen. Direct moet wel de kanttekening worden geplaatst dat alleen een blik op de titel niet kan volstaan. Zo kan van artikel 273f Sr weliswaar worden gezegd dat het daarmee primair beschermde rechtsbelang de persoonlijke vrijheid is, refererend aan de titel waarin het is opgenomen, tegelijkertijd zijn in de memorie van toelichting door de wetgever ook andere rechtsbelangen genoemd, namelijk de lichamelijke en geestelijke integriteit. Ook kunnen andere, niet expliciet door de wetgever benoemde rechtsbelangen een rol spelen, bijvoorbeeld omdat die rechtsbelangen slechts impliciet in de officiële teksten naar voren komen of de strafbaarstelling mettertijd door de rechtspraak op andere wijze wordt gebruikt dan door de wetgever was voorzien. Aldus kan een distictie worden aangebracht, tussen *officiële rechtsbelangen* enerzijds en *officieuze rechtsbelangen* anderzijds. Een officieel rechtsbelang is een rechtsbelang dat rechtstreeks aan de wetgever ontleenbaar is, ofwel omdat het uit de titel kan worden afgeleid (i) ofwel omdat het *expliciet* is neergelegd in de parlementaire stukken die aan de strafbaarstelling in kwestie ten grondslag hebben gelegen (ii). De eerste verschijningsvorm kan het *primair beschermde officiële rechtsbelang* worden genoemd, de tweede het *secundair beschermde officiële rechtsbelang*. De term 'officieel' slaat hier steeds terug op de rechtstreekse ontleenbaarheid van het rechtsbelang aan de wetgever. Het begrip 'primair' of 'secundair' zegt iets over de vindplaats van het rechtsbelang en, aldus, de plek die dat rechtsbelang door de wetgever is toebedacht. Officieuze rechtsbelangen hebben met elkaar gemeen dat zij zich niet of niet rechtstreeks aan de wetgever laten ontleen. Het kan bijvoorbeeld gaan om rechtsbelangen die 'door de regels heen' wel in de memorie van toelichting zichtbaar zijn, maar niet expliciet door de wetgever zijn benoemd. Ook kan sprake zijn van wetgeving die zich gaandeweg in de praktijk anders heeft ontwikkeld dan de wetgever blijkens de parlementaire stukken heeft voorgestaan. In die gevallen is sprake van een discrepantie tussen het rechtsbelang dat de wetgever bij strafbaarstelling heeft beoogd te beschermen en het rechtsbelang dat daadwerkelijk door de strafbaarstelling wordt beschermd. Het rechtsbelang laat zich in de laatste gevallen niet aan de wetgever ontleen, maar veeleer aan de rechtspraak, of het hier nu om de rechter of het beleid van het Openbaar Ministerie gaat.

Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde is gekomen, bestaat artikel 273f Sr voor het grootste deel uit gedragingen die voorheen waren gehuisvest in de titel met misdrijven tegen de zeden, maar die nu dus – gelet op de 'verhuizing' in 2005 – onderdak hebben gevonden in de vrijheidstitel. Aan deze verplaatsing ligt vooral de verbreding ten grondslag die in 2005 is doorgevoerd. Zoals al ter sprake kwam, hield die in dat de reikwijdte van het mensenhandeldelict zich voortaan ook zou uitstrekken tot gedwongen arbeid of diensten buiten de seksuele sfeer. Daarmee verdween, in elk geval uit sommige onderdelen in het eerste lid, de automatisch seksuele connotatie die lange tijd aan het concept van de mensenhandel was verbonden. Het werd van 'seksueel delict' van de een op andere dag delict tegen de vrijheid, waarbij ogenschijnlijk meer

de nadruk kwam te liggen op de dwang waarmee de arbeid of dienstverlening gepaard gingen, dan de aard van het verrichte werk.

De plaatsing in de titel 'Misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid' maakt dit het primair beschermde officiële rechtsbelang van de strafbaarstelling van mensenhandel. Met plaatsing in de vrijheidstitel wordt de strafbaarstelling van mensenhandel direct aan het domein van de grondrechten gekoppeld. Het 'recht op vrijheid' is in meer, nationale en internationale, instrumenten opgenomen. Zo is in de Grondwet bepaald dat niemand zijn vrijheid mag worden ontnomen buiten de gevallen bij of krachtens de wet bepaald.¹ In het EVRM is het vrijheidsrecht geborgd in artikel 5, ditmaal met opneming van een limitatieve lijst van daarop te maken uitzonderingen.

De wens mensenhandel in de vrijheidstitel te plaatsen, is al op meer momenten in de wetsgeschiedenis aan te treffen, zoals in hoofdstuk 3 reeds te zien is geweest. Zo was het in 1904 minister Loeff van Justitie die bij zijn poging mensenhandel strafbaar te stellen de mening was toegedaan dat het delict in de vrijheidstitel 'thuis behoort'.² Loeff beoogde met die plaatsing uitdrukking te geven aan zijn voornemen in de delictsomschrijving van vrouwenhandel dwangmiddelen op te nemen (ten aanzien van mensenhandel begaan tegen meerderjarigen). Regout stond in 1911 met zijn wetgeving evenwel heel andere doelen voor ogen en hield enige vorm van dwang buiten de strafbaarstelling. De commissie-Melai citerend ging het Regout met zijn wetgevingsoperatie '[...] niet meer alleen en zelfs niet in de eerste plaats om de bescherming van de vrijheid van het individu, maar om het herstel van een bovenpersoonlijke "zedelijke" orde', een opvatting die direct van invloed is geweest op de strekking van de vrouwenhandelgedraging in het oorspronkelijke artikel 250ter Sr, waarin geen dwangvereiste werd opgenomen.³ De opneming van artikel 250ter (oud) Sr in de zedentitel vloeide daaruit logisch voort. De zedelijke orde van Regout werd overigens in de wetsgeschiedenis als niet-bediscussieerbaar beschouwd; veeleer ging de wetgever van toen uit van een modern-legistisch of, zoals Melai c.s het hebben geformuleerd, 'essentialistisch' wereldbeeld waarin de onzedelijkheid als het ware in de vrouwenhandelgedraging zelf besloten lag. De wetgever van 1911 had, kortom, de vrijheid niet 'nodig' om zijn strafbaarstelling van vrouwenhandel te legitimeren.

De commissie-Melai was een product van haar tijd en bijgevolg op een essentialistisch wereldbeeld teruggekomen. Dit had tot gevolg dat tot een meer terughoudende opstelling van de strafwetgever werd geadviseerd.⁴ Die zou

1 Vgl. artikel 15 Gw, dat in Hoofdstuk 1 is opgenomen, het hoofdstuk waarin de 23 grondrechten zijn opgenomen.

2 *Kamerstukken II* 1904/05, 80, 3, p. 32.

3 Melai 1973, p. 9. De passage is opgenomen in een verhandeling over de artikelen 239, 240, 240bis, 451 en 451bis (oud) Sr.

4 't Hart, *DD* 1992, p. 997-1005.

op het vlak van het zedelijk leven over het algemeen eerst dan aan zet zijn als ook de vrijheid in het gedrang zou komen, overigens zonder daarbij voor te sorteren op een verplaatsing van de vrouwenhandelbepaling naar de vrijheidstitel.⁵ In hoofdstuk 3 is te zien geweest dat de wetgever van de jaren tachtig en negentig in sterke mate door de commissie-Melai is beïnvloed, resulterend in het centraal zetten van het dwangmiddelenconcept in de mensenhandelbepalingen. Dit heeft er tevens toe geleid dat tijdens de parlementaire beraadslagingen de vraag opkwam of de mensenhandelgedraging niet beter zou passen in de vrijheidstitel. De minister kwam destijds niet verder dan de toezegging een verplaatsing te onderzoeken.⁶

De verbreding van de strafbaarstelling naar niet-seksuele vormen van mensenhandel heeft de minister kennelijk een 'zetje' gegeven om in de memorie van toelichting de verhuizing van de strafbaarstelling van mensenhandel voor te stellen. *Prima facie* is die verplaatsing naar de vrijheidstitel problematisch. Zo zien de subleden 3, 5, 8 en 9 uitsluitend op seksuele handelingen; de verbreding is aan deze subonderdelen geheel voorbijgegaan. Van 3, 5 en 8 kan zelfs worden gezegd dat zij geen dwangmiddelen bevatten. De essentialia van deze gedragingen zijn voorts, vergeleken met hun voorlopers in artikel 250a lid 1 (oud) Sr, ongewijzigd gebleven. Ten aanzien van specifiek deze subgedragingen is de verhuizing naar de vrijheidstitel dan ook moeilijk te duiden.⁷ De wetsgeschiedenis geeft ervan blijk dat aan het onderbrengen van deze 'seksuele delicten' in artikel 273f Sr vooral een praktisch argument ten grondslag heeft gelegen. De wetgever heeft daarin uitdrukkelijk kenbaar gemaakt af te willen zien van een gesplitste strafbaarstelling, waarbij seksuele en niet-seksuele mensenhandel zouden worden gescheiden.⁸ Veeleer is het hem erom te doen geweest 'alle vormen van mensenhandel' in één artikel bij elkaar te houden: 'Het voordeel daarvan is dat alle wettelijke voorzieningen bij elkaar staan'.⁹ In dit pragmatische streven lijkt de wetgever weinig oog te hebben gehad voor de verschillen tussen de bij elkaar gebrachte gedragingen.¹⁰

5 Zie over de commissie-Melai uitgebreid paragraaf 3.3.2.

6 *Handelingen II* 1986/87, 66, p. 3494.

7 In dit verband is het veelzeggend dat Lindenberg en Van Dijk de subleden 3, 5 en 9 onverkort als zedenmisdrijven beschouwen, ongeacht hun plaats in de vrijheidstitel. Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 12. Het wordt niet duidelijk waarom de auteurs niet ook subonderdeel 8 als zedenmisdrijf beschouwen, nu het hier om een aan sublid 5 gekoppelde voordeeltrekkersbepaling gaat. Zie daarover paragraaf 5.7.3.

8 Zulks was door de Nationaal Rapporteur Mensenhandel geadviseerd. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 3, p. 13 (memorie van toelichting); *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 7, p. 6-7 (nota naar aanleiding van het verslag).

9 *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 7, p. 8 (nota naar aanleiding van het verslag).

10 Overigens stonden de subleden 3 tot en met 9 reeds sinds 1 oktober 2000 bij elkaar in artikel 250a, eerste lid, (oud) Sr. Destijds lijkt de wetgever zich meer bewust te zijn geweest van de verschillen tussen de gedragingen. Zo verviel de kwalificatie 'mensenhandel' met invoe-

Deze achtergrond onderstreept dat de gedragingen in lid 1 van artikel 273f Sr zich niet zonder meer op een logische manier tot elkaar, en in het bijzonder het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid, verhouden. Zo op het eerste gezicht lijken de gedragingen in met name de subleden 3, 5, en 8 met de beperking van vrijheden weinig uit te hebben staan. We komen op dit punt nog uitgebreid terug als in hoofdstuk 5 de in artikel 273f Sr strafbaar gestelde gedragingen afzonderlijk worden behandeld. Op deze plek volstaat het vooralsnog vast te stellen dat het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid, dat door de opnemings in de vrijheidstitel als het primair met mensenhandel te beschermen rechtsbelang kan worden beschouwd, niet automatisch met alle van de in het eerste lid opgenomen gedragingen lijkt samen te hangen.

De voorgaande focus op de persoonlijke vrijheid als het primair met mensenhandel samenhangende rechtsbelang doet ons haast vergeten dat de minister in de memorie van toelichting expliciet nog andere rechtsbelangen noemt:

‘Mensenhandel is (gericht op) uitbuiting. Bij de strafbaarstelling van mensenhandel staat het belang van het individu steeds voorop. Dat belang is het behoud van zijn of haar lichamelijke en geestelijke integriteit en persoonlijke vrijheid. De staat dient strafrechtelijke bescherming te bieden tegen aantasting van het recht op die integriteit en vrijheid.’¹¹

Gelet op de plaatsing in de vrijheidstitel is het opvallend dat in deze volgorde de vrijheid pas al laatst wordt genoemd. Naast die vrijheid zijn het ook de lichamelijke en geestelijke integriteit die volgens de wetgever met de strafbaarstelling in artikel 273f Sr worden beschermd. Los van hun prominente plek kunnen dit als de secundair beschermde officiële rechtsbelangen van de strafbaarstelling van mensenhandel worden beschouwd. Het gaat ook hier weer om grondrechten. Ten aanzien van de lichamelijke en geestelijke integriteit kan het recht op onaantastbaarheid van het lichaam worden genoemd, dat in artikel 11 van de Grondwet is neergelegd. Het bovenationale equivalent is onder meer vindbaar in artikel 8 van het EVRM, waarin het recht op eerbiediging van privé-, familie-, en gezinsleven is opgenomen. Naar vaste jurisprudentie van het EHRM valt onder het ‘privéleven’ tevens de lichamelijke en morele integriteit, waaronder ook het ‘sexual life’ wordt begrepen.¹²

Nog geen aandacht is uitgegaan naar de vraag of de door de wetgever geïdentificeerde rechtsbelangen zijn in te passen in de categorieën individuele en publieke rechtsbelangen. Daarover is in hoofdstuk 2 het nodige gezegd. Wat opvalt aan de hierboven langsgekomen rechtsbelangen is dat het steeds

ring van de subonderdelen 4, 5 en 6. Kennelijk ontbeelden deze gedragingen een typisch mensenhandelkarakter. Zie ook Alink & Wiarda 2010, p. 197.

11 *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 3, p. 2 (memorie van toelichting).

12 EHRM 26 maart 1985, ECLI:NL:XX:1985:AC8813, NJ 1985/525, m.nt. E.A. Alkema (*X en Y/Nederland*).

gaat om wat Feinberg 'welvaartsbelangen' heeft genoemd. Kenmerkend aan dit type belangen is dat zij noodzakelijkerwijs op het 'levensgeluk' van het individu zijn betrokken, maar daartoe tegelijk 'grossly insufficient': 'They are the 'basic requisites of a man's well-being', but by no means the whole of that well-being itself'.¹³ Het zijn met andere woorden fundamentele belangen, die de basis leggen waarop een betekenisvol leven verder vorm kan krijgen, onder meer door de aanwezigheid van die andere, door Feinberg onderscheiden categorie: de ontplooiingsbelangen. Tevens zijn de door de wetgever geselecteerde rechtsbelangen steeds *individuele* rechtsbelangen (en dus geen *publieke* rechtsbelangen). Het grondrecht op vrijheid, op lichamelijke en geestelijke integriteit komt individuen toe, geen organisaties of publieke instanties.

Ten slotte moet nog kort aandacht worden besteed aan het gegeven dat de minister in de kamerstukken een soortement van rangorde lijkt aan te brengen in de ernst van de vormen van mensenhandel die hij in artikel 273f heeft strafbaar gesteld. Gevraagd naar de redenen om mensenhandel met het oogmerk van seksuele uitbuiting niet apart strafbaar te stellen, wijst de minister naar het strafvorderlijk beleid.¹⁴ Volgens hem kan in de inmiddels geactualiseerde OM-aanwijzing over mensenhandel worden aangegeven dat seksuele uitbuiting 'prioritaire aandacht' krijgt, omdat, zo formuleert de minister, '[...] deze vorm van mensenhandel een van de meest ernstige is'.¹⁵ Daarbij lijkt het de minister niet te gaan om de mate waarin bij deze vorm van mensenhandel de vrijheid wordt beperkt, maar is het hem vooral te doen om de aard van het onder dwang verrichte werk.¹⁶ Anders gezien is het het rechtsbelang van de lichamelijke integriteit dat de minister hier een meer preferente rol toebedeelt. Ook in de memorie van toelichting komt dat al terug wanneer de minister toelicht dat tot de meest ernstige vormen van uitbuiting behoort '[...] uitbuiting waarbij de lichamelijke integriteit in het geding is, zoals bij seksuele uitbuiting en de verwijdering van organen'.¹⁷ Blijkens de term 'zoals' houdt de minister hier dus rekening met het gegeven dat ook bij niet-seksuele uitbuiting sprake kan zijn van schending van de lichamelijke integriteit. Met het noemen van seksuele uitbuiting en orgaanverwijdering brengt hij tot uitdrukking dat in deze gevallen daarvan per definitie sprake is.¹⁸

13 Feinberg 1984, p. 37. Zie ook paragraaf 2.2.2.1.

14 Vgl. de vragen van de Tweede Kamerfractie van D66 in het verslag: *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 6, p. 5-6 (verslag).

15 *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 7, p. 8 (nota naar aanleiding van het verslag). Overigens is de uitspraak van de minister enigszins opvallend vanwege zijn eerdere uitspraak dat hij geen goed beeld heeft van de aard van niet-seksuele vormen van uitbuiting. De minister had, om meer zicht daarop te krijgen, het WODC juist opdracht gegeven om onderzoek daarnaar te doen. Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 3, p. 18 (memorie van toelichting).

16 In geval van minderjarigen is dit dwangmiddel uiteraard niet vereist.

17 *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 3, p. 18.

18 *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 3, p. 18 (memorie van toelichting).

4.2 ORDERING VAN DE GEDRAGINGEN IN ARTIKEL 273F SR

In artikel 273f, eerste lid, Sr zijn negen verschillende gedragingen strafbaar gesteld, waarvoor slechts één benaming is gebruikt: mensenhandel. Het gebruik van alleen de kwalificatie 'mensenhandel' veronderstelt dat sprake is van enige samenhang tussen de gedragingen die in artikel 273f Sr zijn opgenomen. Bovendien doet de organisatie van deze gedragingen in één bepaling, in dezelfde titel, vermoeden dat zij alle in een zekere relatie staan tot de rechtsbelangen die de wetgever met strafbaarstelling van mensenhandel beoogt te beschermen. Zojuist werd er al bij stilgestaan dat sommige, uit de zedentitel stammende gedragingen niet op essentiële onderdelen zijn gewijzigd, waardoor de relatie met de vrijheidstitel al enigszins onder druk komt te staan. Deze bevinding toont aan dat het belangrijk is om nader te bestuderen hoe de wetgever precies heeft gedacht over de onderlinge verhoudingen tussen de in artikel 273f, eerste lid, Sr opgenomen gedragingen. Deze vraag staat centraal in deze deelparagraaf. Daarbij zal met name worden gekeken in hoeverre twee kernbegrippen uit de wetsgeschiedenis bij het nader structureren van artikel 273f Sr een rol hebben gespeeld. Enerzijds gaat het om de term 'mensenhandel', die in de wet tevens als kwalificatie terugkomt. Anderzijds gaat het om het begrip 'uitbuiting', dat ook in de wet staat, maar waarvan de wetgever in de parlementaire stukken een veelheid aan andere betekenissen onderscheidt. Voor een goede voorbereiding op de bespreking van de afzonderlijke subonderdelen in het eerste lid van artikel 273f, in hoofdstuk 5, is het noodzakelijk om enige orde te scheppen in de manieren waarop de wetgever deze onderscheiden termen hanteert.

4.2.1 Over de term 'mensenhandel'

Een zoektocht naar de manier waarop de wetgever zich de onderlinge verhouding tussen de gedragingen in lid 1 heeft voorgesteld kan het beste starten op het moment waarop de Nederlandse strafwetgever zich gesteld zag voor de vraag hoe de internationale 'strafbaarstelling' van mensenhandel op het niveau van de VN in de eigen strafwetgeving zou moeten worden verwerkt. Het is in hoofdstuk 3 duidelijk geworden dat de wetgever destijds reeds beschikte over een instrumentarium waarmee, kort gezegd, gedwongen prostitutie strafrechtelijk kon worden beheerst, een instrumentarium bovendien dat vrij kort pas in zijn toenmalige vorm dienstdeed. Zonder weer al te diep op die wetgeving in te gaan, werd in 1994 de mensenhandel in artikel 250ter (oud) Sr van een delictsomschrijving voorzien. Daarin was bovendien een *specialis*-bepaling opgenomen voor minderjarigen en was de strafbaarstelling die het Verdrag van Genève uit 1933 indiceert, uitgeschreven in een aparte delictsomschrijving (sub 2). Ook hier hanteerde de wetgever dus de techniek van één delictskwalificatie ('mensenhandel') ter omschrijving van meer gedragingen

(namelijk de gedragingen in artikel 250ter lid 1 sub 1 t/m 3 (oud) Sr). In 2000 werd de bepaling in artikel 250ter vernummerd tot artikel 250a Sr. Bovendien werden daarin de gedragingen opgenomen die in de plaats zouden komen van het zogeheten ‘bordeelverbod’ in artikel 250bis (oud) Sr, vertaald in drie gedragingen die zien op het voordeeltrekken uit de gedwongen prostitutie¹⁹ van een ander (‘beoordeling *uit* dwang’) en een souteneursverbod ‘nieuwe stijl’, technisch gezien een *specialis* van het dwangdelict in artikel 284 Sr (‘beoordeling *door* dwang’).²⁰ De kwalificatie ‘mensenhandel’ is in 2000, met de inwerkingtreding van artikel 250a (oud) Sr, verdwenen. In de wetsgeschiedenis zijn geen specifieke redenen opgegeven voor het weglaten van de kwalificatie, maar het ligt voor de hand dat dit het gevolg is geweest van het includeren van enkele strafbepalingen met een andersoortige strekking dan de gedragingen die eerder in het, wel specifiek op mensenhandel gerichte artikel 250ter (oud) Sr vindbaar waren.²¹ Welbeschouwd kan de conclusie worden getrokken dat de nieuwe, in artikel 250a (oud) Sr opgenomen gedragingen volgens de wetgever kennelijk het ‘mensenhandelkarakter’ ontberen dat wel wordt toegeschreven aan de in artikel 250ter (oud) opgenomen gedragingen.²²

Nu gebeurt er iets dat, gelet op het gegeven dat de Nederlandse wetgever zelf al eerder een ‘voorstelling’ heeft gehad bij mensenhandel als strafbare gedraging, interessant is. Op het niveau van de VN komt het tot de totstandkoming van een ‘eigen’ definitie van mensenhandel. Het gaat om een definitie die nog niet bekend is in de Nederlandse strafrechtsorde, en die bovendien het toepassingsbereik uitbreidt naar niet-seksuele vormen van uitbuiting. De wetgever weet zich dus geconfronteerd met de uitdaging deze gedraging, die dus op internationaal niveau ‘mensenhandel’ heet, in de eigen strafwetgeving, te incorporeren. Zoals net vastgesteld was de term mensenhandel daarin niet langer aanwezig, maar bevatte artikel 250a (oud) Sr wel gedragingen die voorheen als mensenhandel waren gekwalificeerd. Een interessant treffen ontstaat hier dus van twee soorten ‘werelden’. Ten eerste die van de gedragingen die voorheen door de wetgever van de kwalificatie mensenhandel waren voorzien, laatstelijk opgenomen in artikel 250a lid 1 sub 1 t/m 3 (oud) Sr, en die dus louter samenhangen met seksuele handelingen. Ten tweede de gedraging die internationaal met mensenhandel wordt aangeduid, namelijk de gedraging met de drieledige structuur (een handeling door een dwangmiddel

19 Bij minderjarigen hoefde natuurlijk geen sprake te zijn van het bewijs van een dwangmiddel.

20 Zie voor deze terminologie paragraaf 3.3.3.1.

21 Zo ook Alink & Wiarda 2010, p. 197. Zij merken op: ‘Het begrip mensenhandel – dat als kwalificatie van de in artikel 250ter Sr strafbaar gestelde gedragingen werd genoemd – wordt niet in het artikel opgenomen. Vermoedelijk houdt dat verband met de reikwijdte van de bepaling. Kennelijk worden de onderdelen die zien op ongeoorloofd souteneurschap en ongeoorloofde exploitatie van prostitutie op dat moment niet als mensenhandel gezien’.

22 Voor de goede orde: die gedragingen hebben uiteindelijk een plek verworven in artikel 273f, eerste lid, sub 6, 8 en 9 Sr.

met het oogmerk van uitbuiting of orgaanverwijdering), en die zowel oog heeft op seksuele als niet-seksuele uitbuiting.

Bij de implementatie daarvan maakt de minister de keuze om de gedraging die op internationaal niveau tot stand was gekomen haast letterlijk over te nemen, resulterende in artikel 273f, eerste lid, subleden 1 en 2 Sr. Bovendien verdient het volgens de minister de voorkeur '[...] om alle vormen van mensenhandel neer te leggen in één bepaling'²³ en de reden daarvoor lijkt vooral te liggen in de verbreding die het mensenhandelartikel door 'Palermo' heeft doorgemaakt.²⁴ Zodoende ontstaat een nieuw artikel 273a, waarin – in lid 1 – een mix is terug te zien van gedragingen die reeds sinds langere tijd in het Wetboek van Strafrecht aanwezig waren en de nieuwe, op het internationale plan tot stand gekomen gedragingen. De minister gebruikt de term 'mensenhandel' zonder omhaal van woorden ter aanduiding van alle, in artikel 273f neer te leggen gedragingen, zoals ook uit het zojuist gepasseerde citaat reeds bleek. Voorts spreekt de minister over artikel 273a als onderdak biedend aan 'vele vormen van mensenhandel'²⁵ en aan de 'onderscheiden vormen van mensenhandel'.²⁶ Die kwalificatie geldt, gebruikt op deze manier, dus zowel de aan het VN-protocol ontleende gedragingen (uiteindelijk neergelegd in subleden 1 en 2), de van oudsher in artikel 250ter (oud) Sr opgenomen gedragingen (neergelegd in subleden 3, 4 en 5) en de met de inwerkingtreding van artikel 250a (oud) Sr strafbaar gestelde gedragingen (uiteindelijk neergelegd in subleden 6, 8 en 9). Tevens ziet de kwalificatie op sub 7, een geheel nieuwe gedraging waarin, zakelijk weergegeven, het voordeeltrekken uit gedwongen orgaanverwijdering is gecriminaliseerd. Nu is de kwalificatie van de gedragingen in subleden 1 en 2 nog eenvoudig te begrijpen gelet op de internationale achtergrond en naamgeving daarvan. Het gebruik van dezelfde kwalificatie voor de subleden 3, 4 en 5 is, vooral met het oog op de nationale wetsgeschiedenis, verklaarbaar; dit zijn alle gedragingen die reeds eerder als 'mensenhandel' in het strafwetboek waren geëtiketteerd (van 1 februari 1994 tot 1 oktober 2000). De aanduiding als mensenhandel van de gedragingen in subleden 6, 8 en 9, die zijn afgeleid uit artikel 250a lid 1 sub 4 en 5, is moeilijker te begrijpen. Legde de invoering van deze subleden in artikel 250a (oud) Sr nu juist niet de basis voor het wegvallen van de kwalificatie mensenhandel in de wet in 2000? En heetten deze gedragingen in eerdere strafbaarstellingsprocessen niet 'ongoorloofde exploitatie van prostitutie' (subleden 6 en 8) of 'verboden sounteneurschap' (sublid 9)?²⁷

De memorie van toelichting problematiseert de kwalificatie van deze gedragingen als mensenhandel niet. Ook is daarin geen oog voor de moeilijkhe-

23 *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 3, p. 13.

24 *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 3, p. 17.

25 *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 7, p. 5 (nota naar aanleiding van het verslag).

26 *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 7, p. 6 (nota naar aanleiding van het verslag).

27 Overigens werden ook deze aanduidingen niet eenduidig gehanteerd.

den die de generieke inzet van de mensenhandelterm kan opleveren, bijvoorbeeld bij de interpretatie van de subonderdelen die in artikel 273f, eerste lid, Sr zijn opgenomen. In dit kader kan worden opgemerkt dat bij de toepassing van de figuur van de buitenwettelijke kwalificatie-uitsluitingsgrond, die door de Hoge Raad onder meer is gehanteerd ter nadere afbakening van het verkrachtings- en witwasartikel, de delictskwalificatie in feite beschouwd wordt als een 'op zichzelf staand bestanddeel'.²⁸ De wettelijke kwalificatie is hier aldus een belangrijke 'extra horde' om tot een veroordeling te komen. De delictskwalificatie legt de grondslag voor een rechterlijke afbakeningsmethode die vertrekt vanuit de gedachte dat die kwalificatie in staat is om de essentie van het onderliggende delict te vatten, en is in het bijzonder bruikbaar als de afzonderlijke bestanddelen het wat dit betreft laten 'afweten'. Tot dusver lijkt het erop dat deze methode, als de uitleg van de gedragingen in artikel 273f, eerste lid, Sr de inzet is, geen voor de hand liggende methode is, aangezien de delictskwalificatie dus meer als omschrijving wordt gebruikt dan als term met een geheel eigen, af te zonderen betekenis.

De term 'mensenhandel' keert bovendien nog in een andere vorm in de parlementaire stukken terug. Het begrip wordt wederom als omschrijving gebruikt, maar ditmaal slechts van een beperkt aantal van de in lid 1 opgenomen gedragingen. Daarbij spelen bovendien ook andere belangrijke begrippen een rol. Enkele kernpassages uit de memorie van toelichting verdienen in dit verband de aandacht. In de eerste plaats merkt de minister op:

'Het voorgestelde artikel 273a, eerste lid, ziet op mensenhandel in het algemeen, daaraan gerelateerde vormen van uitbuiting en het trekken van profijt daaruit.'²⁹

De wetgever spreekt hier zichzelf tegen, aangezien lid 1 volgens hem zojuist nog 'alle vormen van mensenhandel' bevatte. Uit deze passage volgt evenwel dat de term 'mensenhandel' alleen nog voor een select aantal gedragingen wordt gebruikt. De andere gedragingen, die in het denken van de wetgever wel met mensenhandel samenhangen, maar het niet *zijn*, zijn *ii*) de aan mensenhandel gerelateerde vormen van uitbuiting, of *iii*) de gedragingen die zien op het trekken van profijt uit de aan mensenhandel gerelateerde vormen van uitbuiting.

Deze 'drietrapsraket' is in de toelichting niet verder uitgewerkt noch is op de specifieke gedragingen expliciet één van deze etiketten geplakt. Wel is aan de hand van enkele passages na te gaan waarop de wetgever waarschijnlijk het oog heeft gehad bij de introductie van deze opdeling. Zo observeert hij dat een verschil bestaat tussen de gedragingen die in subleden 1 en 2 als

28 Kelk/De Jong 2016, p. 107.

29 *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 3, p. 18.

mensenhandel worden begrepen en artikel 250a lid 1 sub 1 (oud) Sr, waarin volgens de minister de 'omschrijving van seksuele uitbuiting' staat:

'Dit onderdeel ziet op het met bepaalde middelen dwingen of bewegen van een persoon tot het zich beschikbaar stellen tot seksuele dienstverlening. De redactie van deze bepaling heeft primair het oog op de uitbuiting.'³⁰

En:

'Kenmerkend voor uitbuiting is de aanwezigheid van dwang in ruime zin of misleiding, in de uitgebreide formulering in artikel 250a, eerste lid, onderdeel 1°: een persoon door geweld of een andere feitelijkheid of door bedreiging daarmee dwingen of door misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of door misleiding bewegen zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen tegen betaling, dan wel onder deze omstandigheden enige handeling ondernemen waarvan de dader weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die persoon zich daardoor tot het verrichten van die handelingen beschikbaar stelt. De eis van dwang in brede zin of misleiding geldt niet voor seksuele uitbuiting van kinderen: uitbating van prostitutie door minderjarigen is zonder meer strafbaar (onderdeel 3°).'

Met andere woorden: de gedraging in artikel 273f lid 1 sub 4 Sr, die voorheen nog, als artikel 250ter lid 1 sub 1 (oud) Sr, als mensenhandel in het Wetboek van Strafrecht stond, heeft nu de benaming 'uitbuiting' gekregen. Dit in tegenstelling tot de gedragingen die in subleden 1 en 2 zijn neergelegd. Daarbij gaat het om de 'activiteit van de mensenhandel', die eerder door de minister de 'mensenhandel in het algemeen' lijkt te zijn genoemd:

'Deze activiteiten zijn gericht op de verwezenlijking van het einddoel, de uitbuiting of de verwijdering van organen. Het gaat om een aantal gedragingen – werven, vervoeren etc. –, gepaard met middelen – dwang, geweld etc. – en gericht op uitbuiting. Uitbuiting bestaat ten minste uit een aantal met name genoemde vormen van uitbuiting: de uitbuiting van een ander in de prostitutie of andere vormen van seksuele uitbuiting, gedwongen of verplichte arbeid of diensten, slavernij of met slavernij of dienstbaarheid te vergelijken praktijken. Dat zijn alle vormen van moderne slavernij. Daarbij kan worden gedacht aan tewerkstelling onder dwang of het maken van misbruik van een afhankelijke positie van een persoon die onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs geen andere keuze heeft dan in een toestand van uitbuiting te geraken. Als voorbeeld kan worden genoemd een extreem lange werkweek tegen onevenredig lage betaling onder slechte werkomstandigheden.'³¹

30 *Kamerstukken II 2003/04, 29291, 3, p. 18.*

31 *Kamerstukken II 2003/04, 29291, 3, p. 18.*

Er is een zekere chronologische orde waarneembaar in de hiervoor opgenomen passages. Impliciet lijkt daarin sprake van een soort van proces, waarin – ideaaltypisch gezien – meer, elkaar in de tijd opvolgende fasen zijn te onderscheiden. Allereerst kan de ‘activiteit van de mensenhandel’ worden uitgelicht (subleden 1 en 2), die zich in dit proces – beeldend gezegd – aan de voorkant bevindt en door de minister ook wel de ‘mensenhandel in het algemeen’ wordt genoemd: handelingen (door een dwangmiddel³²) die uiteindelijk erop zijn gericht te komen tot de verwezenlijking van een einddoel, namelijk iemands uitbuiting. Het wederrechtelijk karakter van deze gedraging wordt aldus niet bepaald door de verwezenlijking van de uitbuiting zelf – die hoeft namelijk voor het bewijs niet plaats te hebben gevonden – maar door een handeling met een bepaald oogmerk. Vindt de uitbuiting wel plaats, dan wordt primair de in sublid 4 opgenomen gedraging ‘geactiveerd’. De redactie van deze bepaling heeft, de minister wederom citerend, primair het oog op de uitbuiting.³³ Dat is in sub 4 dus, zakelijk gezegd, het door een dwangmiddel iemand dwingen dan wel bewegen tot het zich beschikbaar stellen voor arbeid of diensten.³⁴ Ook hier is het daadwerkelijk verrichten van die arbeid of diensten niet vereist voor het aannemen van een voltooid delict: voor uitbuiting in de zin van sub 4 volstaat het zich *beschikbaar stellen* voor arbeid of diensten. Ingeval slachtoffers minderjarig zijn, geldt hetzelfde chronologische denkschema, maar daaraan liggen dan respectievelijk de subleden 2 (de activiteit) en 5 ten grondslag (de ‘uitbating’ van minderjarigen).³⁵ De wetgever heeft zich ‘uitbuiting’ zo gezien dus, in elk geval op bestanddelenniveau, voorgesteld als het beschikbaar stellen onder dwang, zonder dat daarbij strikt genomen sprake hoeft te zijn van een situatie waarin er reeds voor een uitbuiters gewerkt is. Het initiële aangrijpingspunt voor het vaststellen van uitbuiting zijn, in deze benaderingswijze, dus niet de omstandigheden waaronder er is gewerkt, maar de omstandigheden waaronder iemand zich daarvoor heeft beschikbaar gesteld. Is dat beschikbaar stellen gepaard gegaan met enig dwangmiddel, dan is sprake van uitbuiting.

De vraag rest hoe de andere, in artikel 273f, eerste lid, Sr besloten liggende gedragingen zich in dit schema laten inpassen. De gedraging in sub 3 wordt door de minister gezien als een vorm ‘van op seksuele uitbuiting *gerichte* grensoverschrijdende mensenhandel [cursivering: LE]’.³⁶ Deze gedraging ‘heet’ dus mensenhandel. Die typering ligt in zoverre voor de hand dat het hier, net als in de subleden 1 en 2, om een formeel omschreven delict gaat waarvoor

32 Het bewijs daarvan is alleen vereist ingeval het slachtoffer meerderjarig was ten tijde van het begaan van het delict.

33 *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 3, p. 18.

34 Gemakshalve spitsen we ons op deze plek toe op het eerste deel van deze gedraging. Zie uitgebreid over sublid 4: paragraaf 5.5.

35 Anders dan sublid 4 ziet sublid 5 niet ook op andere dan seksuele arbeid- of dienstverlening.

36 *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 3, p. 18.

‘slechts’ een oogmerk behoeft komen vast te staan en niet ook het daadwerkelijk intreden van het gevolg waarop de intentie van de dader is betrokken (in sub 3: een ander in een ander land ertoe brengen zich, kort gezegd, voor prostitutie beschikbaar te stellen). Net als bij subleden 1 en 2 gaat het dus om ‘activiteiten gericht op’. Tegelijk is het noemen van de term ‘seksuele uitbuiting’ verwarrend, aangezien het oogmerk uitsluitend behoeft te zien op het iemand in een ander land ertoe brengen zich voor prostitutie beschikbaar te stellen, los van de vraag of zulks gepaard ging met de hantering van een dwangmiddel. Sublid 3 refereert dus niet, zoals subleden 1 en 2 wel doen, naar andere onderdelen binnen de strafbaarstelling in lid 1. Dat de wetgever zulks ook niet heeft gewild blijkt duidelijk uit de wetsgeschiedenis, zoals in hoofdstuk 3 uitgebreid aan de orde is gesteld.

De subleden 6 tot en met 9 worden door de minister samengebond en gecategoriseerd als vormen van het trekken van profijt uit uitbuiting. In sublid 6 is ‘uitbuiting’ zelfs als bestanddeel opgenomen: het gaat om het opzettelijk voordeel trekken uit de uitbuiting van een ander. De vraag rijst daardoor of sublid 6 ook ziet op de profijttrekking uit gedragingen die door de wetgever niet ‘uitbuiting’ zijn genoemd; zulks lijkt op het eerste gezicht niet heel waarschijnlijk. Ook de gedraging in sub 9 is niet zonder meer als voordeeltrekken *uit* uitbuiting te omschrijven; daarin ziet het dwangmiddel immers op het afstaan van opbrengsten die uit volkomen legale seksuele arbeid verkregen kunnen zijn. Met mensenhandel of uitbuiting hoeven die handelingen niet gepaard te gaan.³⁷

Wat uit het vorenstaande kan worden opgemaakt is dat de wetgever de term ‘mensenhandel’ in de parlementaire stukken niet van een eenduidige betekenis heeft voorzien. Het is de omschrijving van alle gedragingen die in artikel 273f lid 1 Sr zijn opgenomen, gelijk de manier waarop de term zijn werk doet als delictskwalificatie, maar keert ook terug als omschrijving voor enige specifieke gedragingen die in het eerste lid zijn opgenomen. Het is ondertussen wel duidelijk geworden dat ook de term ‘uitbuiting’ in de wetsgeschiedenis een belangrijke plek inneemt. In de drietrapsraket die net is besproken, is mensenhandel op die uitbuiting gericht, en zijn er bovendien andere gedragingen die het voordeel trekken uit die uitbuiting strafbaar stellen. Naast de term ‘mensenhandel’ neemt ook het uitbuittingsbegrip een centrale plaats in de wetshistorische stukken in. Genoeg redenen om op deze plek op deze term het zoeklicht te plaatsen.

37 Hierop wordt in paragraaf 4.2.2 nog verder ingegaan.

4.2.2 Het gebruik van de term ‘uitbuiting’ in de wetsgeschiedenis

We zijn zojuist gestuit op de centrale plek van het begrip ‘uitbuiting’ in een impliciet in de wetsgeschiedenis besloten liggende drietrapsraket. Daarbij is uitgegaan van één specifieke wijze waarop de minister dit begrip hanteert, namelijk ter omschrijving van de gedraging die is opgenomen in, primair, sub 4. De pendant ten aanzien van minderjarigen is opgenomen in sublid 5. De betekenis die aan het uitbuittingsbegrip moet worden gegeven valt, zo bezien, samen met de gedragingen die in deze subleden zijn opgenomen. Die gedragingen ‘heten’ de uitbuiting te zijn. Met andere woorden wordt het uitbuittingsbegrip hier in *descriptieve zin* gehanteerd.³⁸ Uitbuiting heet datgene te zijn dat ‘bestaat’ indien alle bestanddelen van, primair, subgedraging 4 zijn vervuld.

Maar als gezegd is dit niet de enige manier waarop de term ‘uitbuiting’ wordt gebruikt. In deze deelparagraaf wordt op de betekenis van het uitbuittingsbegrip nader ingegaan. In het bijzonder is dat van belang omdat in hoofdstuk 5 nog zal blijken dat dit begrip in de rechtspraak van de Hoge Raad, maar ook in de literatuur, inmiddels een belangrijke rol is gaan spelen als instrument om de reikwijdte van verschillende subleden af te bakenen. Op welke wijze het uitbuittingsbegrip in de rechtspraak precies een rol speelt, is een vraag die in hoofdstuk 5 nog uitgebreid aan de orde wordt gesteld.³⁹ Voor nu is vooral van belang vast te stellen *dat* die term in de rechtspraak (het niveau van secundaire criminalisering) een belangrijke rol speelt. Kennis over de achtergrond van deze term, en de hantering ervan door de wetgever, zal voor een goede analyse van die rechtspraak nog van groot belang blijken te zijn.

Op welke andere manieren nu keert het uitbuittingsbegrip in de wetsgeschiedenis terug? Eerstens is er een betekenis die sterk lijkt op de eerste, in die zin dat het uitbuittingsbegrip ook hier in *descriptieve zin* wordt gebruikt. Onderscheidend is alleen dat de kring van subgedragingen die met de term ‘uitbuiting’ wordt aangeduid, is uitgebreid. De term wordt namelijk door de minister ook ingezet om het geheel van de in artikel 250a (oud) Sr opgenomen gedragingen aan te duiden, gedragingen die in artikel 273f Sr uiteindelijk een plaats hebben gekregen in de subleden 3, 4, 5, 6, 8 en 9:

‘Artikel 250a beoogt *alle vormen van uitbuiting* voor prostitutie en – sinds 1 oktober 2002 – andere vormen van seksuele uitbuiting strafbaar te stellen [cursivering: LE].’

38 Zie ook Esser & Dettmeijer-Vermeulen, *DD* 2014/48, p. 513-516. Het zij benadrukt dat ‘uitbuiting’ dus *geen* bestanddeel is van de gedraging die in de subleden 4 en 5 is opgenomen: de wetgever gebruikt de term *ter omschrijving* van de situaties waarop het vervuld zijn van de bestanddelen in deze subleden betrekking heeft.

39 Zie vooral de paragrafen 5.4, 5.5 en 5.8.

Hier wordt de term 'uitbuiting' dus in descriptieve zin gebruikt, ditmaal ter omschrijving van een groter aantal subleden. We kunnen ook wel spreken van een *brede descriptieve betekenis* van de term uitbuiting in tegenstelling tot een *enge descriptieve betekenis*, waarin de term uitsluitend terugslaat op de in sub 4 en sub 5 strafbaar gestelde gedragingen.

Daarmee is evenwel nog niet alles over het gebruik van het uitbuittingsbegrip gezegd. Zo keert het begrip natuurlijk ook terug in een apart lid, lid 2 van artikel 273f Sr. Die bepaling bevat geen definitie van 'uitbuiting', maar uitsluitend een opsomming van uitbuittingsvormen die mede onder die uitbuiting verstaan moeten worden. De vormen van uitbuiting die in lid 2 zijn opgenomen, moeten worden beschouwd als de einddoelen waarop de wil van de mensenhandelaar is gericht. De delictsomschrijvingen van subleden 1 en 2 verwijzen met het 'oogmerk van uitbuiting' dan ook naar deze vormen van uitbuiting. Verwarrend is dit wel, aangezien we zojuist al hebben gezien dat de wetgever het uitbuittingsbegrip ook op andere manieren hanteert. De hierboven geïntroduceerde drietrapsraket volgend ligt het zelfs meer voor de hand om onder uitbuiting in elk geval de in sublid 4 opgenomen gedraging te verstaan, en niet zozeer de uiteenlopende vormen van uitbuiting die in lid 2 zijn opgenomen.

Los daarvan moet nog worden opgemerkt dat ook in sublid 6 de term 'uitbuiting' is opgenomen, ditmaal als delictsbestanddeel. Ook hier kan de vraag worden gesteld waarnaar precies deze term verwijst: naar de in lid 2 opgenomen vormen van uitbuiting of naar de uitbuiting die de wetgever heeft bedoeld strafbaar te stellen met sublid 4? Op dit vraagstuk wordt in hoofdstuk 5 nog uitgebreid teruggekomen. Voor nu volstaat het vast te stellen dat het begrip 'uitbuiting' in de parlementaire stukken bij artikel 273a (oud) Sr verschillend wordt gehanteerd.⁴⁰ *Grosso modo* is daarbij te onderscheiden tussen een descriptieve en een meer eigenstandige betekenis. De descriptieve variant van de term wordt gebruikt ter omschrijving van een of meer gedragingen die in lid 1 zijn strafbaar gesteld, zonder dat de term wordt voorzien van een eigenstandige betekenis. Hoewel de wetgever de term op deze manier ook gebruikt om alle, in lid 1 strafbaar gestelde gedragingen te omschrijven, ligt het, gelet op de bovenstaande weergave van de wetsgeschiedenis, voor de hand dat hij de term heeft willen reserveren ter omschrijving van de gedraging in sublid 4. In de tweede betekenisvariant heeft 'uitbuiting' een meer eigenstandige betekenis. Het begrip kan dan verwijzen naar de omschrijving van vormen van uitbuiting in lid 2, maar kan ook bestanddeel zijn, zoals het geval is in sublid 6.

40 Zie ook Van Kempen, *DD* 2017/39, p. 407, die opmerkt dat uitbuiting '[...] een diffuus begrip [is] met slechts een beperkt vermogen om verschillende vormen van criminaliteit van elkaar te onderscheiden'. Anders dan in dit hoofdstuk het geval is, lijkt Van Kempen met deze overweging overigens de algemeentalige betekenis van het begrip 'uitbuiting' voor ogen te hebben.

Een complicerende factor ligt nog besloten in de wetsgeschiedenis bij artikel 250ter (oud) Sr, waarin een semiologisch nauw aan het uitbuitingsbegrip verwante term wordt gebezigd en zelfs, zoals in hoofdstuk 3 al te zien is geweest, een centrale plaats inneemt: de term ‘uitbuitingssituatie’. *Prima facie* wekt die term de indruk dat wordt verwezen naar een situatie van uitbuiting. Indachtig hetgeen hierboven is overwogen, rijst dan meteen de vraag welke betekenis van uitbuiting hier moet worden aangehouden. Aan hoofdstuk 3 kan evenwel worden ontleend dat aan de term een eigen betekenis wordt gegeven in de wetsgeschiedenis, die zich onafhankelijk van, en ook ver voor, het uitbuitingsbegrip van artikel 273f Sr – welke betekenis daaraan ook wordt gegeven – heeft ontwikkeld.⁴¹ Alweer heeft die term overigens een descriptief karakter. Deze wordt namelijk gebruikt als synoniem voor het dwangmiddel ‘misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht’, dat in artikel 273f Sr een opvolger heeft in het ‘misbruik van uit feitelijke *omstandigheden* voortvloeiend overwicht’. Bovendien werd in hoofdstuk 3 duidelijk dat de wetgever met de term ‘uitbuitingssituatie’ niet zozeer naar het *misbruik* binnen die dwangmiddelen verwijst, maar veeleer naar de omstandigheden die het overwicht constitueren. Het misbruik maken kan in voorkomende gevallen schuilen in het enkele *gebruikmaken* van de uitbuitingssituatie.⁴² Wetshistorisch gezien verwijst de term ‘uitbuitingssituatie’ aldus naar een bestanddeel in een delictsomschrijving. Met de term ‘uitbuiting’ kan de ‘uitbuitingssituatie’, gelet op deze specifieke betekenis, niet worden gelijkgesteld: het zijn geen synoniemen. Dat wil overigens niet zeggen dat in de rechtspraak de termen goed van elkaar worden onderscheiden. Juist is het zo dat de termen daarin vaak door elkaar heen worden gebruikt.⁴³

Ter afsluiting van deze deelparagraaf kan de conclusie worden getrokken dat het begrip uitbuiting door de wetgever van meer betekenissen is voorzien en hij bij de hantering van die term niet steeds duidelijk maakt op welke betekenis hij een beroep doet: uitbuiting is aldus, althans in de wetsgeschiedenis, een homoniem begrip. Om meer redenen is dit problematisch. In de eerste plaats omdat die term in de wetsgeschiedenis een prominente rol speelt, bijvoorbeeld in het uit de memorie van toelichting gedestilleerde ordeningsschema dat hierboven is uiteengezet. Als van ‘uitbuiting’ diverse inhouden bestaan, is het maar de vraag hoezeer nog aan dit ideaaltypische schema waarde kan worden

41 Zie paragraaf 3.3.3.2.

42 Door de auteur dezes eerder de ‘*use=abuse-doctrine*’ genoemd. Zie Esser & Dettmeijer-Vermeulen, *Anti Trafficking Review* 2016, afl. 1, p. 100. In deze lijn ligt ook de overweging van de Hoge Raad in zijn *Chinese horeca*-arrest waarin hij de uitbuitingssituatie omschrijft als de ‘situatie die de gelegenheid tot uitbuiting schiept’. Zie HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099, NJ 2010/598, r.o. 2.5.2. Het onderscheid tussen de begrippen ‘uitbuitingssituatie’ en ‘uitbuiting’ wordt ook duidelijk aangehouden door P-G J. Silvis in ECLI:NL:PHR:2019:217, bij HR 23 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:664.

43 Nationaal Rapporteur 2012, p. 77-78.

gehecht bij de uitleg en toepassing van de wet. Bovendien hebben bovennationale wetgevers aan het uitbuitingsbegrip een eigen betekenis verleend: het oogmerk van uitbuiting maakt onderdeel uit van de internationale mensenhandeldefinitie en bovendien voorzien zowel de VN, de Raad van Europa als de EU in een omschrijving van wat 'uitbuiting' *ten minste* behelst.⁴⁴ In de wetsgeschiedenis is geen aandacht voor de verhouding tussen de meer nationale invulling van het uitbuitingsbegrip – dat in die gedaante primair een descriptief karakter draagt – en de internationale invulling daarvan, waarbij het begrip als bestanddeel heeft te gelden. De meest logische stap zou zijn de internationale betekenis van uitbuiting te laten prevaleren. Voorstellen in die richting zijn ook wel gedaan.⁴⁵ Maar daarmee wordt voorbijgegaan aan de specifieke functie die de nationale invulling van het uitbuitingsbegrip in de memorie van toelichting bij artikel 273a Sr vertolkt: het heeft daarin als gezegd een descriptief karakter. Het lijkt haast zelfs als alternatieve delictskwalificatie voor (sommige van) de aan artikel 250a (oud) Sr ontleende subleden in artikel 273f Sr te worden gezien. Het betreft hier bovendien die onderdelen die niet aan het voornoemde internationaal instrumentarium zijn ontleend, waardoor toepassing van het internationaal uitbuitingsbegrip op deze bepalingen niet zonder meer verantwoord is en, in elk geval, niet als 'automatisme' kan gelden. Over de specifieke betekenis van het begrip 'uitbuiting' op het niveau van de subgedragingen komen we nog uitgebreid terug in hoofdstuk 5 omdat die term, zoals al werd gezegd, in de rechtspraak van de Hoge Raad inmiddels een belangrijke plaats inneemt en zelfs is gebruikt als 'mechanisme' om de reikwijdte van sommige van de in artikel 273f Sr opgenomen gedragingen af te bakenen.

4.3 RESUMÉ

In dit hoofdstuk is onderzoek gedaan naar de meer systematische aspecten die aan de strafbaarstelling van mensenhandel zijn verbonden. Bij de behandeling van de rechtsbelangen die door de wetgever bij de strafbaarstelling van mensenhandel zijn onderscheiden, de officiële rechtsbelangen, is te zien geweest dat niet alle gedragingen zich op het eerste gezicht logisch tot de persoonlijke vrijheid, het primair-officiële rechtsbelang, verhouden. Bovendien is aangetoond dat dit verklaarbaar is vanuit de historische achtergrond van deze gedragingen: een aanzienlijk aantal van de in artikel 273f, eerste lid, Sr opgenomen gedragingen was voorheen als zedendelict in het wetboek opgenomen. Problematisch wordt het vooral als de gedragingen qua strekking niet

44 In de internationale instrumenten die in hoofdstuk 3 al voorbijkwamen, te weten het VN-Protocol, het Mensenhandelsverdrag van de Raad van Europa en de EU-richtlijn mensenhandel.

45 Vgl. bijvoorbeeld Van Kempen, *DD* 2017/39, p. 409.

zijn veranderd, en hun typische zedenkarakter hebben behouden. In zulke gevallen is de verhouding tussen het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid en de concreet strafbaar gestelde gedraging moeilijk te zien. Ten aanzien van sommige subleden lijkt enige relatie met dit rechtsbelang *prima facie* zelfs afwezig (sublid 3). Aanstonds, in hoofdstuk 5, worden de gedragingen verder uitgediept en in hoofdstuk 6 zal in het bijzonder naar de verhouding daarvan met de beschermde rechtsbelangen worden gekeken.

De vraag die in dit hoofdstuk is gesteld, is of door de wetgever wellicht andere ordeningsmechanismen dan de rechtsbelangen zijn gebruikt om de gedragingen in het eerste lid nader te concretiseren en duiden. Dat blijkt inderdaad het geval: aan de hand van de termen 'mensenhandel' en 'uitbuiting' heeft de wetgever een poging gedaan een logische ordening van de gedragingen die als mensenhandel zijn strafbaar gesteld tot stand te brengen. Bij de analyse van deze ordening zijn we een ideaaltypisch schema gewaargeworden, waarin de negen verschillende gedragingen uit het eerste lid aan de hand van een chronologisch principe zijn opgedeeld. Zodoende ontstaat het beeld van een gefaseerd proces, dat steeds aanvangt met de 'activiteit van mensenhandel', neergelegd in de subleden 1, 2 en 3, daarna overgaat in uitbuiting (subleden 4 en 5) en eindigt – of beter: kan eindigen – met het trekken van voordeel uit die uitbuiting (de subleden 6 tot en met 9).

Tegelijkertijd hebben we gezien dat dit schema daadwerkelijk als niet meer dan een ideaaltype moet worden beschouwd. De termen 'mensenhandel' en 'uitbuiting' worden daarvoor op te uiteenlopende wijze door de wetgever gebruikt. Het illustreert meteen ook de grootste tekortkoming van de wetsgeschiedenis die aan artikel 273f Sr is verbonden. De wetgever bedient zich in de stukken van uiteenlopende begrippen en gebruikt die zelden op consistente wijze. Deze bevinding scherpt in dat rechtsvinding ten aanzien van de strafbaarstelling van mensenhandel, en de daarin neergelegde gedragingen, geen sinecure is. In het volgende hoofdstuk, als de subgedragingen centraal staan en ook de rechtspraak dienaangaande zal worden behandeld, zal dat nog meermalen blijken.

5 | De gedragingen in artikel 273f Sr

5.1 METHODOLOGIE EN PLAN VAN AANPAK

Waar in hoofdstuk 4 aandacht is besteed aan de systematiek die door de wetgever is toegepast bij de strafbaarstelling van mensenhandel, wordt op deze plek de steven gewend naar een bespreking van de afzonderlijke gedragingen die in artikel 273f, eerste lid, Sr zijn strafbaar gesteld. Doel is om de achtergrond en het toepassingsbereik van deze gedragingen te onderzoeken, zowel door middel van een dogmatische ontleding daarvan als door een analyse van de rechtspraak, waarin aan de delictsomschrijvingen nader betekenis is verleend. Dit laatste deel van deze analyse zal zich vooral op de arresten van de Hoge Raad richten, hoewel we er zo nu en dan niet aan ontkomen ook een blik te werpen op de feitenrechtspraak, bijvoorbeeld bij ontstentenis van (richtinggevende) jurisprudentie van de Hoge Raad of indien zich op het niveau van de feitenrechter ontwikkelingen voordoen die relevant zijn voor de rechtsontwikkeling, maar die (nog) niet ons hoogste rechtscollege hebben bereikt.

De negen als mensenhandel strafbaar gestelde gedragingen worden in het navolgende in beginsel afzonderlijk van elkaar besproken. Zoveel als mogelijk is er daarbij voor gekozen een herkenbare vaste structuur aan te houden, waarbij steeds eerst de dogmatische ontleding van het sublid plaatsvindt en daarna, in een aparte paragraaf, wordt bekeken hoe de Hoge Raad dit sublid van nadere betekenis heeft voorzien. Indien de specifieke ontwikkeling van een subgedraging dat indiceert, wordt van deze structuur afgeweken. Zo is sublid 2 een systematische *specialis* van sublid 1, waardoor er bij de bespreking voor is gekozen alleen nog die onderwerpen te belichten die samenhangen met het *specialis*-karakter van deze gedraging; het meeste dat over sub 2 is te zeggen, zal dus al bij de behandeling van sub 1 aan bod komen. Ten aanzien van sublid 6 is weinig jurisprudentie van de Hoge Raad beschikbaar, waardoor de bespreking van dogmatiek en rechtspraak gecombineerd plaatsvindt. Ook de bespreking van de subleden 7 en 8 kan korter zijn, ditmaal omdat de aard en inhoud van deze gedragingen in sterke mate zijn ontleend aan de gedraging die in sub 6 is opgenomen.

Zoals in hoofdstuk 2 al is besproken, wordt het rechtsbelangenconcept in dit hoofdstuk gebruikt om meer zicht te krijgen op de aard en inhoud van de in het eerste lid van artikel 273f Sr strafbaar gestelde gedragingen. Daarbij speelt in het bijzonder de typering van de gedragingen aan de hand van de

in de dogmatiek aangehouden onderscheidingen een rol die, zoals we ook in hoofdstuk 2 al zagen, meer licht kunnen werpen op de relatie tussen de gedraging enerzijds en het daarmee beschermde rechtsbelang anderzijds. Daarnaast zal, apart hiervan, ook worden gezien of, en zo ja, hoe de rechter – lees: de Hoge Raad – bij de interpretatie van de bedoelde gedragingen zich op het primair met de strafbaarstelling van mensenhandel beschermde rechtsbelang heeft georiënteerd. Het uitdiepen van de rol van het rechtsbelang, zowel op het niveau van de wet als op het niveau van de rechtspraak, verschaft ons de ingrediënten die nodig zijn om de verhouding tussen de strafbaarstelling en het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid aan een kritische beschouwing te onderwerpen (in hoofdstuk 6).

5.2 ARTIKEL 273F LID 1 SUB 1 SR

5.2.1 Dogmatische afbakening van de gedraging in sublid 1

Schuldig aan mensenhandel is ingevolge artikel 273f lid 1 sub 1:

‘degene die een ander door dwang, geweld of een andere feitelijkheid of door dreiging met geweld of een andere feitelijkheid, door afpersing, fraude, misleiding dan wel door misbruik van uit feitelijke omstandigheden voortvloeiend overwicht, door misbruik van een kwetsbare positie of door het geven of ontvangen van betalingen of voordelen om de instemming van een persoon te verkrijgen die zeggenschap over die ander heeft, werft, vervoert, overbrengt, huisvest of opneemt, met inbegrip van de wisseling of overdracht van de controle over die ander, met het oogmerk van uitbuiting van die ander of de verwijdering van diens organen.’

De opneming van in totaal twaalf dwangmiddelen maakt de in sub 1 opgenomen delictomschrijving niet eenvoudig te doorgronden. Bekend is dan ook de opdeling van deze omschrijving in drie delen.¹ Het gaat dan steeds om een *handeling* (het werven, vervoeren, overbrengen, *et cetera*) door een *dwangmiddel* (dwang, geweld, *et cetera*) met een *oogmerk van uitbuiting*. De componenten van de mensenhandelgedraging in sublid 1 kunnen in voorkomende zaken dus in sterke mate uiteenlopen. Zo kan een ‘sub 1-gedraging’ bestaan uit het door misleiding iemand werven met het oogmerk van uitbuiting, maar kan ook sprake zijn van het door geweld of bedreiging iemand vervoeren of huisvesten. Een constante is steeds het oogmerk waarmee de handelingen worden ondernomen en de dwangmiddelen worden gebruikt, namelijk het oogmerk van uitbuiting dan wel het oogmerk van orgaanverwijdering.²

1 Gallagher 2010, p. 27-29; McClean 2007, p. 323. Zie ook Esser, in: *T&C Internationaal strafrecht*, ‘Mensenhandel Protocol’, aant. 6c (boek en online).

2 In het vervolg beperken we ons tot een bespreking van het ‘oogmerk van uitbuiting’.

De gedraging die in sublid 1 is neergelegd is ontleend aan de definitie uit het VN-protocol en het EU-kaderbesluit. Later zijn soortgelijke definities overgenomen in het Mensenhandelverdrag van de Raad van Europa en de EU-richtlijn mensenhandel, de ‘gelissaboniseerde’ opvolger van het kaderbesluit.³ Naast de driedelige structuur bestaan andere ordeningsmechanismen waarmee op de inhoud van de gedraging in sub 1 meer grip kan worden verkregen. In het voetspoor van Gallagher kan de definitie bijvoorbeeld worden opgedeeld in een *actus reus*-zijde (of: objectieve zijde) en een *mens rea*-zijde (of: subjectieve zijde).⁴ Deze tweedeling wordt in de bespreking die volgt tot uitgangspunt genomen.

5.2.1.1 De objectieve zijde

De objectieve zijde van de gedraging in sub 1 bestaat uit een *handeling door een dwangmiddel*, omvat dus twee delen van de delictsomschrijving en bestaat uit een causale relatie tussen beide. De wet noemt een limitatief aantal handelingen. Aangenomen wordt dat deze handelingen, gelet op de verdragsrechtelijke achtergrond van de mensenhandeldefinitie, ‘niet eng’ moeten worden uitgelegd en ‘neutraal en feitelijk bedoeld’ zijn.⁵ Niettemin ligt in de handlingsbestanddelen wel het opzet op het plegen van die handelingen besloten; de keuze voor actieve werkwoordsvormen drukt dat uit. Het gaat hier om een *formeel* opzetbegrip: opzet is nodig op het handelen, maar in deze fase kan nog worden geabstraheerd van het onmiddellijk gevolg dat met dat handelen wordt beoogd.⁶ Dat onmiddellijk gevolg is in sub 1 uitgedrukt in het oogmerkbestanddeel. Een bespreking daarvan vindt apart plaats in paragraaf 5.2.1.2.

Om meer zicht te krijgen op de samenhang tussen de beide *actus reus*-delen van de gedraging in sub 1 is het nuttig een door Enschedé en Blom en ook door Kelk en De Jong gebruikte delictsindeling te hanteren. Grondgedachte daarbij is dat het object van het strafrecht doorgaans is een menselijke gedraging die wordt verricht *onder bepaalde omstandigheden*. De gedraging – op deze plek de *handeling*⁷ genoemd – kan volgens hen gepaard gaan met persoonlijke dan wel niet-persoonlijke omstandigheden.⁸ Kort gezegd gaat het bij de per-

3 Deze rechtsdocumenten zijn besproken in paragraaf 3.4.

4 Gallagher 2010, p. 29-42. Zie ook Esser & Dettmeijer-Vermeulen 2017, *DD* 2017/40, p. 414-415.

5 Van der Meij, in: *T&C Strafrecht*, artikel 273f Sr, aant. 9b (boek en online). Zie ook Machielse, in: *NLR*, artikel 273f Sr, aant. 3.2 (online).

6 Zie over het onderscheid tussen het formeel en materieel opzetbegrip nader Brouns 1988, p. 11-13.

7 Het strafrechtelijke begrip ‘gedraging’ valt uiteen in ‘handelen’ en ‘nalaten’. Zie daarover Enschedé/Blom 2017, p. 68-69.

8 Enschedé/Blom 2017, p. 68-69; Kelk/De Jong 2016, p. 59-64.

soonlijke omstandigheden⁹ om de dader als persoon en bij de onpersoonlijke omstandigheden om de gedraging die door deze persoon is verricht.¹⁰ De onpersoonlijke omstandigheden vallen weer uiteen in de *begeleidende omstandigheden* bij een gedraging en *de gevolgen van de gedraging*.¹¹ Onder begeleidende omstandigheden worden, kort en goed, die omstandigheden verstaan waarvan sprake moet zijn bij het begaan van de gedraging, maar die niet behoeven te zien op de gevolgen daarvan.

Het dwangmiddel in sub 1 kan in beginsel als een omstandigheid worden beschouwd die de handeling begeleidt. Alleen immers is een werven, vervoeren c.a. *door* een dwangmiddel strafbaar. Zonder de aanwezigheid van de begeleidende omstandigheid van het dwangmiddel is de handeling met andere woorden strafrechtelijk irrelevant, in elk geval voor zover het gaat om de gedraging die in artikel 273f, eerste lid, sub 1, Sr is strafbaar gesteld. De indeling van Enschedé en Blom en Kelk en De Jong is in deze context in zoverre verhelderend, dat tot uitdrukking wordt gebracht dat het handelen in sub 1 steeds in nauwe samenhang met het betrokken dwangmiddel moet worden gezien. Daarnaast drukt het beschouwen van het dwangmiddel als omstandigheid uit, dat het aanwenden van zo'n dwangmiddel niet steeds hoeft te bestaan uit een actieve handeling aan de kant van de verdachte. Zo werd in hoofdstuk 3 al duidelijk dat het 'aanwenden' van een dwangmiddel ook kan bestaan uit het enkele handelen in combinatie met het *weten* van iemands kwetsbare positie of het overwicht op de ander. Aanstonds zal nog te zien zijn dat ook de Hoge Raad langs deze lijnen heeft beslist.¹²

Opgemerkt moet hier nog worden dat tussen de handeling in sub 1 en de begeleidende omstandigheden van de dwangmiddelen een causaal verband wordt verondersteld, duidelijk te zien aan het woord 'door'. Naar de huidige causaliteitsleer die in het Nederlands strafrecht wordt gehuldigd, betekent

9 Kelk en De Jong onderscheiden, net als Enschedé en Blom, *inwendige* en *uitwendige* persoonlijke omstandigheden; de inwendige persoonlijke omstandigheden zien kort gezegd op de schuldbestanddelen (opzet dan wel *culpa*), de uitwendige persoonlijke omstandigheden hebben betrekking op de 'kwaliteit' van de dader en hangen daarmee ten nauwste samen met de kwaliteitsdelicten. Kelk/De Jong 2016, p. 61-62.

10 Kelk/De Jong 2016, p. 61-63; Enschedé/Blom 2017, p. 68-70.

11 Hierbij kan worden gedacht aan de gevolgen die als constitutieve bestanddelen in de tekst van materieel omschreven delicten zijn opgenomen, maar ook aan gevolgen die een rol spelen bij gekwalificeerde en geprivilegieerde delicten.

12 Anders: Van Kempen DD 2017/39, p. 403, die niet de wetshistorische uitleg van de term 'misbruik' voorop lijkt te stellen, maar veeleer de grammaticale. Zo lees ik althans zijn opmerking: 'Dat het om 'misbruik' moet gaan impliceert tekstueel dat slechts 'gebruik' van een kwetsbare positie niet als mensenhandel hoeft te zijn strafbaar gesteld'. Mijns inziens gaat Van Kempen daarmee voorbij aan enkele, niet door hem genoemde kernpassages uit de wetsgeschiedenis, die juist wél in die richting wijzen. Zie daarover paragraaf 3.3.3.2.

dit aldus dat – vertaald naar de huidige context – sprake moet zijn van een situatie waarin het handelen ten aanzien van het slachtoffer redelijkerwijs als gevolg van het aanwenden van de dwangmiddelen kan worden beschouwd.¹³ Bij de bespreking van de rechtspraak van de Hoge Raad wordt op dit causaliteitsvereiste nog verder ingegaan.

5.2.1.2 De subjectieve zijde van de gedraging

De ‘strafvorderlijke verwerkelijking’ van de subjectieve zijde van de gedraging in sub 1 is, in tegenstelling tot de onderdelen van de objectieve zijde, niet veranderlijk: voor het bewijs van deze gedraging moet steeds het oogmerk van uitbuiting worden bewezen.¹⁴ De subjectieve zijde betreft de ‘intentiekant’ van sub 1. Het bestanddeel ‘oogmerk van uitbuiting’ geeft uitdrukking aan de door de wetgever geleverde mate van ‘intentionele betrokkenheid van een dader tot zijn daad’.¹⁵ Algemeen wordt aangenomen dat het ‘oogmerk’ een *species* is van het *genus* ‘opzet’.¹⁶ Het is, met De Hullu, een ‘bijzondere opzetvorm’¹⁷ die zich, naar het inzicht van Brouns, van ‘opzettelijk’ onderscheidt doordat bij het oogmerk een nadere omschrijving van het resultaat wordt gegeven waarop de wil van de dader in het bijzonder gericht moet zijn geweest.¹⁸ De strafwetgever van 1881 spreekt in dit verband over het ‘naaste doel’ van de dader.¹⁹ Aangenomen wordt dat het op z’n minst om een zeker noodzakelijkheidsbewustzijn moet gaan. Naar vaste jurisprudentie gaat het om de vraag, toegepast op sub 1, of het handelen van de verdachte, naar hij moet hebben beseft, ‘als noodzakelijk en dus door hem gewild gevolg’ met zich bracht dat anderen zouden (kunnen) worden uitgebuit.²⁰

Over de betekenis van het oogmerk zijn, net als bij vele andere algemene leerstukken, moeilijk algemene uitspraken te doen. Veeleer geldt ook hier dat veel afhangt van de context waarin het oogmerkbestanddeel is opgenomen, i.e. de relatie van het oogmerk tot de andere bestanddelen in de delicts-omschrijving (het ‘schuldverband’).²¹ Daarnaast geldt, net als bij de andere

13 Zie in het algemeen over het causaliteitsvereiste in het strafrecht De Hullu 2018, p. 185-193. Zie ook De Jong & Sikkema, *DD* 2016/72.

14 Eerder is al opgemerkt dat op het bewijs van het oogmerk van orgaanverwijdering in dit hoofdstuk verder niet wordt ingegaan. Behandeling van dit punt heeft vanwege het gebrek aan zaken in elk geval geen praktische relevantie.

15 Kelk/De Jong 2016, p. 241; Peters 1966, p. 45.

16 Brouns 1988, p. 179.

17 De Hullu 2018, p. 255-259.

18 Brouns 1988, p. 179-180.

19 Smidt I 1891, p. 78.

20 Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland 7 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7507, paragraaf 3.3.

21 Vgl. Brouns 1988, p. 175, die opmerkt dat een opvallende trek van het oogmerk is ‘[...] de gebondenheid van de betekenis van het oogmerk aan de eigen aard van het delict’. Zo ook De Hullu 2018, p. 228-230.

opzetvormen, dat ook het formeel strafrecht op de materiële reikwijdte van het oogmerkbestanddeel een stempel kan drukken.²² In dit verband is het van belang te noemen dat ook het oogmerkbestanddeel door middel van een objectiverende methode kan worden vastgesteld. Het bestanddeel vergt weliswaar dat de dader een specifiek, naaste doel had met zijn handelingen, die gerichtheid behoeft niet *per se* uit zijn eigen verklaren te dien aanzien te worden afgeleid: de bij de dader bestaande subjectieve intentie valt met andere woorden niet met het juridische bestanddeel 'oogmerk' samen.²³ Het oogmerk kan naar vaste rechtspraak en dogmatiek dan ook worden onttrokken uit de omstandigheden waaronder de gedraging werd verricht.²⁴ In dit kader spreekt De Jong wel van een methode die streeft naar een '[...] objectieve beschrijving, een descriptieve weergave van een in het verleden voltrokken handeling'.²⁵ Het bewijs van het oogmerk is zo bezien niet alleen sterk afhankelijk van de delictsomschrijving waarin het bestanddeel is opgenomen, maar evenzeer van de omstandigheden van het geval.²⁶

De aanwezigheid van het oogmerkbestanddeel onderstreept het formele karakter van de gedraging in sub 1.²⁷ Bij formeel omschreven delicten staat niet het gevolg van een gedraging centraal, maar de gedraging zelf. In dit geval definieert het specifieke oogmerk waarmee de gedraging gepaard gaat, de wederrechtelijkheid van de in sub 1 opgenomen gedraging. Vaak is het oog-

22 Reijntjes 2003, p. 473-490; Kwakman 2007, p. 289-313.

23 Deze opvatting vinden we reeds bij Peters 1966, p. 91, die haar beschouwt als een belangrijk axioma van de door hem aangehangen 'finale handelingsleer': 'De sociale betekenis van een handeling wordt niet bepaald door haar subjectieve zin. Ook de vraag naar het opzet betreft de sociale betekenis van de gedraging [cursivering: origineel]'. Overigens merkt Peters op dat de subjectieve intentie en het (juridische) oogmerk wel kunnen samenvallen: 'In het vorige werd reeds gesteld, dat opzet kan worden opgevat als uitdrukking van de intentionele gerichtheid van het gedrag op het gevolg. Deze intentionele gerichtheid van het gedrag is iets anders dan de subjectieve bedoeling van het handelend subject, al kunnen beide natuurlijk samenvallen'. Peters 1966, p. 91-92. Zie ook Buruma 2007, p. 25; Buruma, *DD* 2006/58.

24 De Jong 2004, p. 698 spreekt in dit verband over het overhevelen van het opzet '[...] uit het hoofd van de verdachte [...] naar diens gedraging'.

25 De Jong 2007.

26 Tot eenzelfde slotsom komt A-G Bleichrodt in zijn conclusie voor HR 20 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:367, *NJ* 2018/326, waarin de afbakening tussen de vermogensdelicten diefstal, verduistering en oplichting centraal staat. Vgl. ECLI:NL:PHR:2017:1555.

27 Al zijn formele delicten en het oogmerkbestanddeel niet gelijk te schakelen. Brouns 1988, p. 176-177 merkt hierover op dat het 'niet-voltooid karakter' van formele delicten niet aan de aanwezigheid van het oogmerkbestanddeel kan worden toegeschreven, maar veeleer ligt besloten in de aard van die formele delicten zelf. Die formele delicten nu vergen doorgaans wel opneming van een oogmerkbestanddeel omdat anders ook geheel onschuldige gedragingen onder hun reikwijdte zouden vallen. Te denken valt aan de 'wegner' van een goed die niet ook het oogmerk heeft zich het goed wederrechtelijk toe te eigenen. In de termen van Brouns is opneming van een materieel opzet-vereiste hier, naast het formeel opzet-vereiste, noodzakelijk om strafbare van niet-strafbare gedragingen te onderscheiden. Brouns 1988, p. 199.

merkbestanddeel dan ook onderdeel van een delictomschrijving waarin een op zichzelf onschuldige handeling centraal staat. Invoeging van het oogmerk is in een dergelijk geval nodig om het specifiek strafwaardige van de gedraging tot uitdrukking te brengen.²⁸ Die strafwaardigheid wordt in geval van sub 1 bepaald door het oogmerk om een ander uit te buiten. 'Uitbuiting' moet, in de formule van de wetgever van 1886, 'naaste doel' van de dader zijn geweest.²⁹ Verwezenlijking van dit naaste doel is bij formeel omschreven delicten evenwel geen vereiste: van een voltooid delict in de zin van artikel 273f, eerste lid, sub 1 Sr kan ook sprake zijn als de uitbuiting nog niet heeft plaatsgevonden. Hier wordt onderstreept dat bij sub 1 het zwaartepunt niet ligt bij een ingetreden gevolg, maar bij een specifiek te verrichten handeling door de verdachte onder bepaalde omstandigheden en met een bepaald oogmerk, ongeacht of dat oogmerk ook daadwerkelijk tot het gewilde gevolg heeft geleid: de concrete strafbare gedraging is hier het handelen (werven, vervoeren c.a.), niet het uitbuiten.

Het formele karakter van de gedraging in sub 1 doet niet af aan het feit dat ook hier meer materiële aspecten een rol spelen.³⁰ Zo staat het de wetgever in de eerste plaats ook met formeel omschreven delicten voor om de uiteindelijk, door de gedraging potentieel aan te richten schade tegen te houden of te voorkomen.³¹ De oriëntatie van die wetgever is, om kort te gaan, ook als hij met formeel omschreven delicten op de proppen komt, gericht op de materiële gevolgen die met het handelen van een verdachte gepaard kunnen gaan. Brouns heeft het oogmerkvereiste in dit verband ook wel aangeduid als 'materieel opzet': het opzet moet gericht zijn op een bepaald, specifiek in de wet uitgedrukt gevolg.³² Dat gevolg hoeft dan wel niet in te treden, over de band van het oogmerkbestanddeel staat dat wel degelijk centraal in de bewijsvoering, niet in de vorm van de vraag wat er gebeurd *is* ten gevolge van wat de verdachte heeft gedaan, maar wat de verdachte met zijn handelen *voor ogen stond*. De specificiteit van het oogmerk van de dader doet met andere woorden wel degelijk een oriëntatie op het mogelijke gevolg ontstaan, maar strikt genomen is dit meer een aspect van formeel dan van materieel strafrecht.³³

28 De Hullu 2018, p. 255; Brouns 1988, p. 199.

29 Zie voor de achtergrond van die formule: Smidt I 1891, p. 78.

30 Zie in dezelfde zin ten aanzien van de strafbaarstelling van diefstal Kelk/De Jong 2016, p. 60.

31 Zo merkt Van Hattum 1953, p. 161 op dat 'uit den aard der zaak' formeel omschreven delicten wel zijn gemaakt '[...] met het oog op mogelijke gevolgen [...]'. Zulke schade behoeft echter niet te zijn ingetreden'.

32 Brouns 1988, p. 11, p. 169-182.

33 Namelijk van de bewijsrechtelijke (en dus formeelrechtelijke) vraag hoe uit omstandigheden het opzet, i.c. het oogmerk, kan worden afgeleid.

Het onderscheid tussen de objectieve en subjectieve zijde van een delict is veelgebruikt en instructief, maar tegelijkertijd ook ideaaltypisch van aard. Het is maar de vraag of het geëigend is deze dichotomie zo sterk aan te zetten. Een al te geïsoleerde beschouwing van de verschillende bestanddelen van een delictsomschrijving kan namelijk licht de indruk doen ontstaan dat de objectieve en subjectieve zijde steeds sterk van elkaar zijn te scheiden. In zijn algemeenheid is dat natuurlijk onjuist. Het 'op elkaar betrokken zijn' van de daarin opgenomen bestanddelen, vormt juist een wezenskenmerk van veel, zo niet alle delictsomschrijvingen: dat maakt de delictsomschrijving nu juist tot een strafrechtelijk relevant betekenisgeheel. Los daarvan bestaat ook de objectieve zijde uit subjectieve aspecten en de subjectieve zijde uit objectieve.³⁴ De handelingen (het werven, vervoeren c.a.), die *prima facie* een strafrechtelijk neutraal karakter hebben, zijn uiteindelijk niet los te denken van de bedoeling waarmee zij worden ondernomen: als die specifieke bedoeling ontbreekt, is er vanuit de kant van artikel 273f Sr bekeken geen aandacht voor nodig, hebben de handelingen een vanuit de strafbaarstelling van mensenhandel bezien irrelevante betekenisinhoud.³⁵ Over de dwangmiddelen merkte de wetgever reeds in de wetsgeschiedenis bij artikel 250ter (oud) Sr op dat daarin de eis van opzet, een subjectief bestanddeel, is ingeblikt. Andersom geldt dat we hebben gezien dat de 'objectiverende methode' het mogelijk maakt om opzetbestanddelen, waaronder het oogmerk, uit 'uiterlijkheden' af te leiden. Met andere woorden kan het bewijs van subjectieve bestanddelen zich onttrekken aan de 'subjectieve bedoeling van het handelend subject'.³⁶ Een zekere relativisering van het onderscheid tussen de objectieve en subjectieve zijde is dus op zijn plaats. Tegelijkertijd is het voor het gestructureerd bespreken van het toepassingsbereik van strafbepalingen wel degelijk van belang om deze indeling te hanteren. Daarbij moet men zich er wel steeds bewust van zijn dat, hoewel de objectieve en subjectieve zijde apart van elkaar besproken kunnen worden, zij in werkelijkheid nauw op elkaar betrokken zijn.

5.2.2 Uitleg van (onderdelen van) sub 1 in de rechtspraak van de Hoge Raad

Hierboven is ons theoretisch begrip van de gedraging in sub 1 aan de hand van een bespreking van enkele dogmatische indelingen en leerstukken verder verfijnd. In deze deelparagraaf staat de vraag centraal welke nadere betekenis

34 Vgl. ook Buruma, *DD* 2006/58, p. 806-819 en Buruma 2007.

35 Deze benadering past goed bij de al voorbijgekomen 'finale handelingsleer'. In die leer immers wordt de menselijke handeling beschouwd als een *intentioneel, door het subject bezielde* handeling. Er is, met andere woorden, een wil die aan de handeling voorafgaat en die inherent in de handeling besloten ligt. Het opzet behoort in deze benadering tot de handeling, waardoor ook geen plaats is voor een strikt onderscheid tussen de objectieve en subjectieve zijde van het delict. Zie Peters 1966, p. 50-88.

36 Peters 1966, p. 92.

de Hoge Raad aan de gedraging in sub 1, of onderdelen daarvan, heeft gegeven. Enkele onderdelen van sub 1 zijn door de Hoge Raad door de jaren heen van een nadere uitleg voorzien. In het navolgende wordt eerst de rechtspraak ten aanzien van de misbruikbestanddelen besproken. Daarna richten we ons op de uitleg die de Hoge Raad heeft gegeven aan het subjectief bestanddeel 'oogmerk van uitbuiting'. Het ligt voor de hand niet alleen te rade te gaan bij de uitspraken die gewezen zijn sinds 2005, het jaar waarin de strafbaarstelling in haar huidige vorm in werking trad. Omdat onderdelen van die strafbaarstelling reeds vóór 2005 in het Wetboek van Strafrecht waren opgenomen, is het in het navolgende ook van belang vroegere rechtspraak te betrekken.

De keuze om ons in deze paragraaf te beperken tot de behandeling van de rechtspraak ten aanzien van de misbruikbestanddelen en het oogmerk van uitbuiting hangt samen met het belang van deze arresten voor de rechtspraak. Ook zijn juist ten aanzien van deze onderdelen van sub 1 de meest vergaande arresten gewezen, i.e. arresten die heel duidelijk een stempel hebben gedrukt op het toepassingsbereik van de gedraging die in sub 1 is strafbaar gesteld.

5.2.2.1 De misbruikbestanddelen in sub 1

Ten aanzien van het dwangmiddel 'misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht', dat dus in iets gewijzigde vorm in artikel 273f Sr terecht is gekomen, had de Hoge Raad al onder de oude wetgeving, in artikel 250ter/a, eerste lid, sub 1 (oud) Sr, arrest gewezen. In een arrest uit 2000 overweegt de Hoge Raad dat:

'Uit die geschiedenis [van het bestanddeel 'misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht', LE] volgt dat de wetgever bij die term het oog heeft gehad op het brengen van een ander in een afhankelijke situatie waarin deze in diens keuzevrijheid wordt beperkt. Als factoren die daarbij van belang kunnen zijn heeft de wetgever uitdrukkelijk genoemd de omstandigheden dat die ander verslaafd is aan verdovende middelen en de omstandigheid dat die ander geen legale verblijfstatus in Nederland heeft.'³⁷

De overwegingen van de Hoge Raad lijken niet geheel aan te sluiten bij de opmerkingen die de wetgever bij het misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht heeft geplaatst. Zo kan uit de overwegingen van de Hoge Raad licht de indruk ontstaan dat de verdachte een actieve rol dient te hebben gespeeld bij het tot stand brengen van de omstandigheden die tot het overwicht hebben geleid. In hoofdstuk 3 is reeds besproken dat de wetgever deze omstandigheden juist heeft willen objectiveren: het brengen van een ander tot prostitutie, terwijl die ander zich in omstandigheden bevindt waaruit

37 HR 18 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:ZD1788, NJ 2000/443, r.o. 3.3.1.

feitelijk overwicht voortvloeit, lijkt voor de wetgever genoeg om te spreken van misbruik, zonder dat hoeft vast te staan wie, of welke factoren, voor het bestaan van die omstandigheden ‘verantwoordelijk’ is/zijn geweest.³⁸ In feite, zo zagen we in hoofdstuk 3 al, is voor het bewijs van het misbruik genoeg dat de ‘tot prostitutie brengende’ dader van diens overwicht op de ander wetenschap had. In hoofdstuk 3 is ook al te zien geweest dat het brede beschermingsbereik dat de strafwet op deze wijze biedt, kan worden verklaard vanuit een ideaaltype van mensenhandel dat de wetgever in de jaren tachtig en negentig voor ogen lijkt te hebben gehad. Dat ging er vooral vanuit dat slachtoffers uit derdewereldlanden afkomstig waren, dat zij zich automatisch in een uitbuitingssituatie bevonden en diensgevolge per definitie moesten worden beschermd tegen degenen die hen in de prostitutie te werk wilden laten stellen.³⁹

Niet kan worden gezegd dat de overwegingen van de wetgever ten aanzien van het bewijs van het misbruik van overwicht steeds volledig concludent zijn geweest. In hoofdstuk 3 is in dit kader aandacht geweest voor enkele, uit de wetsgeschiedenis afkomstige passages die aan dat bewijs nadere eisen lijken te stellen. De meest voorname strijdvrage daarbij is of het wel verantwoord is van ‘misbruik’ te spreken indien niet, op z’n minst, kan worden vastgesteld dat de verdachte zich van de omstandigheden die het overwicht opleveren op de hoogte is geweest. In het arrest uit 2000 is dit vraagstuk nog onzichtbaar, maar in 2002 ziet de Hoge Raad zich wederom voor de vraag gesteld op welke wijze het misbruik van overwicht⁴⁰ moet worden uitgelegd:

‘Uit [de] wetsgeschiedenis moet worden afgeleid dat, indien zich een situatie voordoet – door de wetgever als uitbuitingssituatie aangeduid – waarin de prostitué(e) niet of slechts in verminderde mate de mogelijkheid heeft een vrije keuze te maken met betrekking tot het al dan niet aangaan of voortzetten van zijn of haar relatie tot de exploitant – waarbij als een geval waarin een uitbuitingssituatie kan worden verondersteld onder meer wordt genoemd dat de prostitué(e) illegaal in Nederland verblijft – degene die de betrokkene tot prostitutie heeft gebracht niet een beroep erop kan doen dat zijn opzet niet erop gericht was dat de betrokkene zich heeft overgegeven aan prostitutie als gevolg van (het gebruik van) het overwicht dat uit de desbetreffende feitelijke verhoudingen voortvloeide.

Anderzijds zal, naar moet worden aangenomen, de dader zich wel bewust moeten zijn van de relevante feitelijke omstandigheden van de betrokkene waaruit het overwicht voortvloeit, dan wel verondersteld moet worden voort te vloeien, in die zin dat tenminste voorwaardelijk opzet ten aanzien van die omstandigheden

38 Zie paragraaf 3.3.3.2.

39 *Kamerstukken II* 1988/89, 21027, 3, p. 4. Zie ook paragraaf 3.3.3.2.

40 Omwille van de leesbaarheid wordt het bestanddeel ‘misbruik van uit feitelijke verhoudingen/omstandigheden voortvloeiend overwicht’ in het navolgende soms afgekort als ‘misbruik van overwicht’.

bij hem aanwezig moet zijn. Anders zouden ook de verdachte niet bekende en ook niet kenbare hoogstpersoonlijke omstandigheden van de betrokkene in het kader van dit misdrijf relevant zijn [...].⁴¹

In de eerste alinea lijkt de Hoge Raad uit te gaan van een benadering waarin het misbruik van overwicht een geobjectiveerd bestanddeel is. In de tweede alinea wordt evenwel de eis gesteld dat de dader van de overwichtsituatie op de hoogte was: niet alleen moet komen vast te staan dat degene die door de verdachte tot prostitutie werd gebracht zich in een overwichtsituatie bevond, die verdachte moet zich van de omstandigheden waaruit dat overwicht voortvloeit ook bewust zijn geweest. Naast de (objectief vast te stellen) omstandigheid of omstandigheden eist de Hoge Raad daarnaast dus dat sprake moet zijn van een zekere geïnformeerdheid, aan de kant van de verdachte, omtrent die omstandigheid of omstandigheden. Aan die geïnformeerdheid wordt vervolgens het opzetbestanddeel gekoppeld: de verdachte moet opzet hebben gehad op de omstandigheden waaruit het overwicht voortvloeit, ten minste in voorwaardelijke vorm. Het zwaartepunt lijkt in de uitleg van de Hoge Raad bij de wetenschap van de verdachte te worden gelegd: het gaat immers primair erom dat de verdachte zich van de betreffende omstandigheden *bewust* is geweest. Gelet hierop besteden we aanstonds nog aandacht aan de vraag hoe zich precies het voorwaardelijk opzet in het kader van het bewijs van de misbruikbestanddelen laat begrijpen. Er is namelijk veel voor te zeggen om in bovenstaande overwegingen een vereiste te lezen dat meer omvat dan het weten van een aanmerkelijke kans.

Voordat we dit vraagstuk behandelen, is het eerst nog zaak aandacht te besteden aan een belangrijk arrest uit 2009 (*Chinese horeca*). Het betreft het eerste arrest ten aanzien van artikel 273a (oud) Sr. Daarin was onder meer de vraag gerezen welke precies de inhoud is die moet worden gegeven aan het 'misbruik' binnen de misbruikbestanddelen. Aan de orde was een zaak waarin het ging om niet-seksueel gerelateerde arbeidsuitbuiting. Verschillende Chinese personen waren door middel van mensensmokkel Nederland binnengekomen.⁴² Zij verbleven hier illegaal. Veelal ging het daarbij om Chinezen die zelf de beslissing hadden genomen naar Nederland te komen. Op zoek naar werk, wendden zij zich tot een eigenaar van een Chinees restaurant in Eindhoven. Het arrest van het gerechtshof vermeldt dat zij om werk verzochten en dat een aantal van hen daarnaast heeft gevraagd om eten en onderdak. Ook verrichtten sommigen, in ruil daarvoor, het werk vrijwillig. Geen sprake was van een geldschuld van de werknemers aan de werkgever en het stond allen vrij op ieder moment te vertrekken. Blijkens de uitspraak werkten de Chinezen 11 tot 13 uur per dag en hadden zij vijf vrije dagen per maand. De slaapkamer moest met meer werknemers worden gedeeld. Degenen die geld

41 HR 5 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5235, NJ 2002/546, r.o. 5.5.

42 Hof 's Hertogenbosch 30 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC3000.

met het werk verdienden, hielden daar tussen de 450 en 800 euro per maand aan over.

Het hof komt niet tot bewezenverklaring van de ten laste gelegde misbruikbestanddelen:

‘Het hof is op grond van het bovenstaande van oordeel dat niet kan worden gezegd dat verdachte en/of een of meer anderen het initiatief hebben genomen, noch dat zij actief hebben gehandeld ten aanzien van voornoemde Chinezen, bijvoorbeeld door hen te benaderen of te overreden in het restaurant te komen werken. Zij hebben veeleer gereageerd op verzoeken en in een aantal gevallen zelfs op smeebedes van de Chinezen.

Onder die omstandigheden kan niet bewezen worden verklaard dat verdachte en/of een of meer anderen bij het huisvesten of opnemen van de Chinezen doelbewust misbruik heeft/hebben gemaakt van het uit feitelijke verhoudingen voortvloeiende overwicht of van hun zwakkere/kwetsbare positie.⁴³

Het tegen deze overwegingen ingestelde middel slaagt. Na het uitgebreid aanhalen van enkele kernpassages uit de wetsgeschiedenis van artikel 273a (oud) Sr en artikel 250a (oud) Sr overweegt de Hoge Raad, voor zover hier relevant:

‘In lijn met de hiervoor weergegeven totstandkomingsgeschiedenis en voormeld arrest geldt ook onder art. 273a (oud) Sr dat voor het bewijs van door “misbruik” handelen toereikend is dat de dader zich bewust moet zijn geweest van de relevante feitelijke omstandigheden van de betrokkene waaruit het overwicht voortvloeit, dan wel verondersteld moet worden voort te vloeien, in die zin dat voorwaardelijk opzet ten aanzien van die omstandigheden bij hem aanwezig moet zijn. Datzelfde geldt voor gevallen waarin sprake is van een kwetsbare positie van het slachtoffer als bedoeld in die bepaling.

Opmerking verdient dat naast dit opzetvereiste een ander, zwaarder opzetvereiste geldt ten aanzien van de uitbuiting, namelijk in de vorm van het oogmerk van uitbuiting.’

We herkennen hier de overwegingen uit het arrest van 2002. Aan het bewijs van de misbruikbestanddelen wordt het leerstuk van het voorwaardelijk opzet gekoppeld. In het algemeen wordt het voorwaardelijk opzet zo uitgelegd dat daarvoor moet komen vast te staan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg bewust – of: willens en wetens – heeft aanvaard.⁴⁴ Die formule nu laat zich, anders dan de overwegingen van de Hoge Raad doen vermoeden, niet eenvoudig toepassen op het bewijs van de misbruikbestand-

43 Hof ‘s Hertogenbosch 30 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC3000.

44 HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, NJ 2003/552 m.nt. Y. Buruma (*HIV-I*). Zie voorts De Hullu 2018, p. 236 e.v.

delen. In dit verband verdient in de eerste plaats opmerking dat het voorwaardelijk opzet hier moet zijn gericht op *omstandigheden* en niet, zoals te doen gebruikelijk bij het bewijs van het (voorwaardelijk) opzet, op *gevolgen*. Ook lijkt de Hoge Raad, door het extra benoemen van de eis dat de dader zich van de omstandigheden ‘bewust’ moet zijn geweest, extra hoge eisen te stellen aan het weten van de verdachte, ofwel: de cognitieve component die in het voorwaardelijk opzet besloten ligt (de ‘wetens’-kant van het bewust aanvaarden). Anders dan een ‘misschien weten’⁴⁵ uit het voorwaardelijk opzet lijkt hier veeleer het bewijs van een ‘daadwerkelijk weten’ te worden gevergd.

De vragen die hier worden opgeroepen, komen in grote mate overeen met de vragen die rijzen als de bijzondere opzetvorm van het ‘wetende dat’ op het toneel verschijnt. Dat is ook niet verwonderlijk, want het ‘wetende dat’ wordt juist in gevallen als de onderhavige – waarin het opzet op omstandigheden moet zijn gericht – ingezet. Vanwege deze gelijkenissen, en voor het verwerven van een beter begrip van het voorwaardelijk opzet ten aanzien van de misbruikbestanddelen, is het goed nader bij de bijzondere opzetvorm van het ‘wetende dat’ stil te staan en te bezien in hoeverre die opzetvorm zich in de delictsomschrijving in sub 1 laat inlezen.

Het ‘wetende dat’ als bijzondere opzetvorm bij het bewijs van de misbruikbestanddelen

Hoewel over de eigenstandige plek van het ‘wetende dat’ als bijzondere opzetvorm in de literatuur geen consensus bestaat, wordt daaraan in de meeste handboeken wel apart aandacht besteed. De meest in het oog springende eigenschap van het ‘wetende dat’ is dat in delictsomschrijvingen waarin dit bestanddeel is opgenomen, daarmee de wetenschap van een bepaalde omstandigheid of hoedanigheid wordt gevergd en niet van gevolgen, waarop het opzet doorgaans vaak gericht is.⁴⁶

De vraag hoe het ‘wetende dat’ zich tot het (voorwaardelijk) opzet verhoudt, heeft veel pennen in beweging gebracht.⁴⁷ Het meest problematische aspect aan deze verhouding is dat slechts één deel van het voorwaardelijk opzet door het ‘wetende dat’ wordt uitgelicht, namelijk de kenniscomponent, waardoor de vraag rijst of men aan het behandelen van de wilscomponent

45 De Hullu 2018, p. 259, waarmee hij doelt op de ‘aanmerkelijke kans’ binnen het voorwaardelijk opzet.

46 Volgens Nieboer wordt de *dolus*-omschrijving van het ‘wetende’ slechts gebruikt in gevallen waarin de *dolus* is gericht op ‘[...] andere bestanddelen dan de gedraging of haar direct gevolg’. Nieboer 1991, p. 157.

47 Zie voor een goed overzicht Brouns 1988, p. 228-232. Vgl. ook Van Bemmelen/Van Veen 1984, p. 97-98; De Hullu, AA 1993, p. 491-496; Sikkema, DD 1999, p. 998-1015; De Hullu 2018, p. 259-261. In de bespreking die volgt, zal het ‘wetende dat’ uitsluitend tegen het voorwaardelijk opzet worden afgezet.

nog wel toekomt.⁴⁸ Ook de relatie met die kenniscomponent zelf is object van discussie, want de vraag luidt – net zoals de vraag die zo-even werd gesteld – of dit weten niet méér van de kenniscomponent vraagt dan het ‘misschien weten’⁴⁹ dat in het voorwaardelijk opzet besloten ligt.⁵⁰

De Hullu en Sikkema hebben er, apart van elkaar, op gewezen, dat de afbakening van de precieze inhoud van het bestanddeel ‘wetende dat’ afhangt van de delictsomschrijving waarvan het bestanddeel onderdeel uitmaakt.⁵¹ Sikkema is van mening dat het bestanddeel de ene keer gelijkgeschakeld kan worden aan het voorwaardelijk opzet, de andere keer – vooral als het ‘wetende dat’ als enig schuldbestanddeel in de delictsomschrijving staat – een meer specifieke, en op het ‘weten’ toegespitste betekenis heeft.⁵² De variabele betekenis die hier aan het ‘wetende dat’ wordt toegedicht, maakt in wezen dat het bestanddeel van kleur kan ‘verschieten’ al naargelang de precieze context waarvan dat deel uitmaakt.⁵³ Een goed voorbeeld daarvan is bijvoorbeeld vindbaar in de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot artikel 262 Sr, waarin het misdrijf ‘laster’ is neergelegd. Over het in de delictsomschrijving opgenomen bestanddeel ‘wetende dat’ overweegt de Hoge Raad in zijn standaardarrest van 2014 dat dit een ‘[...] bijzondere, beperkte betekenis van daadwerkelijke wetenschap heeft, waarvoor voorwaardelijk opzet niet toereikend is’.⁵⁴ Het voorwaardelijk opzet wordt hier niet helemaal verlaten, maar aan de cognitieve component worden extra eisen gesteld. Aldus ontstaat een gemodaliseerd voorwaardelijk opzet, waarbij het weten een bijzondere invulling krijgt. Van Bemmelen en Van Veen hebben in dit kader wel gesproken over de ‘conditionering’ van het opzet.⁵⁵

Een parallel is waarneembaar met de vereisten die de Hoge Raad aan het bewijs van de misbruikbestanddelen stelt in de hierboven aangehaalde arresten.

48 Brouns 1988, p. 232; De Hullu, *AA* 1993, p. 494; De Jong, *DD* 2019/11, p. 154.

49 Ter verduidelijking: ‘echte’ en ‘misschien’ zien hier op het object van het weten. Het ‘echte’ refereert hier aan het weten van werkelijk bestaande omstandigheden, daar waar ‘misschien’ verwijst naar het weten van een aanmerkelijke kans.

50 Waar dus enerzijds wordt gevreesd voor een te extensieve uitleg van het voorwaardelijk opzet (namelijk door de wilscomponent weg te laten), bestaat anderzijds de zorg dat de kenniscomponent restrictief wordt uitgelegd (door uit te gaan van een weten van daadwerkelijke omstandigheden in plaats van het weten van een aanmerkelijke kans). Vgl. Brouns 1988, p. 228-232; De Hullu, *AA* 1993, p. 494; Sikkema, *DD* 1999, p. 1005-1007; De Hullu 2018, p. 259-260.

51 De inhoud van het ‘wetende dat’ is aldus ‘delictsgebonden’. Vgl. Sikkema, *DD* 1999, p. 1007; De Hullu, *AA* 1993, p. 492-493. Zie ook Brouns 1988, p. 143.

52 Sikkema, *DD* 1999, p. 1007.

53 Die bestanddelen worden dus in feite door de context waarvan zij deel gaan uitmaken ‘gemodaliseerd’. Ik ontleen de term aan Mooij 2015, p. 116-117.

54 HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3498, *NJ* 2015/212, m.nt. N. Rozemond. Bij laster gaat het om de daadwerkelijke wetenschap van de verdachte dat het feit waarvan hij iemand beschuldigt in strijd met de waarheid is. Janssens, in: *T&C Strafrecht*, artikel 262 Sr, aant. 1.

55 Van Bemmelen/Van Veen 1984, p. 97.

Het specifiek noemen van de eis van 'bewustzijn' duidt er in eerste instantie op dat de Hoge Raad in het bijzonder de kenniscomponent van het opzet heeft willen uitlichten. Met het noemen van het 'bewustzijn' lijkt het er bovendien op dat de Hoge Raad hier méér op het oog heeft gehad dan het weten van een enkele *aanmerkelijke kans* op bepaalde omstandigheden. Op basis van de overwegingen van de Hoge Raad kan veilig worden gesteld dat een weten van *daadwerkelijk bestaande omstandigheden* wordt gevraagd. Die omstandigheden moeten constitutief zijn voor de kwetsbare positie dan wel het overwicht of moeten die positie/het overwicht veronderstellen. Ook de concrete wijze waarop de wetgever de omstandigheden weergeeft die tot het overwicht kunnen leiden – hij noemt onder meer mensen met een verslaving, schulden of personen die illegaal in Nederland verblijven – lijkt hierop te wijzen. Als de door de Hoge Raad gevergdde eis van bewustzijn wordt opgevat als het *de facto* inlezen van het bestanddeel 'wetende dat', dan luidt de kern van het verwijt indien misbruikbestanddelen zijn ten laste gelegd, kort gezegd, en beperkt tot het *actus reus*-deel, het *weten van het overwicht op de ander of de kwetsbare positie van de ander, maar die ander tóch werven, vervoeren, huisvesten c.a.*

Sikkema heeft er terecht nog op gewezen, dat de vraag wel luidt welke betekenis aan het 'weten' precies moet worden gegeven. De ondergrens ligt volgens hem bij het 'begrijpen', in de zin van opzet als waarschijnlijkheidsbewustzijn, waarbij dan als eis dient te worden gesteld dat sprake is van een 'redelijke mate van zekerheid' of 'een grote mate van waarschijnlijkheid' ten aanzien van de omstandigheden waarvan de dader wetenschap moet hebben.⁵⁶ De voorkeur verdient het wellicht aansluiting te zoeken bij het criterium dat laatstelijk door de Hoge Raad ten aanzien van de strafbaarstelling van laster is aangehouden; toegepast op de misbruikbestanddelen moet de dader dan daadwerkelijke wetenschap hebben gehad van de omstandigheden die het overwicht of de kwetsbare positie constitueren dan wel verondersteld worden te constitueren.

Blijft nog één vraag over, namelijk of de wilscomponent er nu helemaal niet meer toe doet. Een totale uitschakeling daarvan is problematisch, omdat de Hoge Raad nu eenmaal expliciet naar het voorwaardelijk opzet verwijst. Het punt is evenwel dat de wilscomponent, ook als ervan wordt uitgegaan dat voor het bewijs van de misbruikbestanddelen in feite het bestanddeel 'wetende dat' heeft te gelden, niet wordt uitgehold. Het volitief element van het opzet vergt steeds een moment waarop de wil zich veruiterlijkt. Ook als een wetende dat-variant van het opzet wordt aangehouden, is daarvan sprake. In hoofdstuk 3 werd in dit verband al erop gewezen dat het bewijs van de wilscomponent in wezen eerst dan wordt geleverd indien ook een handeling

56 Sikkema, *DD* 1999. Zie ook Nieboer 1991, p. 157, die opmerkt dat voor het bewijs van het 'wetende dat' een '[...] niet onduidelijk besef, een vrij zeker weten aanwezig [moet] zijn [...]'.

– hier het andere deel binnen de *actus reus* van sub 1 – is gegeven: het op de koop toenemen wordt eerst dan geconstitueerd door het handelen van de verdachte, het werven, vervoeren *et cetera*.⁵⁷ Hier nu presenteert zich de reden waarom het inlezen van het ‘wetende dat’ geen gevolgen heeft voor de wilscomponent binnen het voorwaardelijk opzet, of in elk geval die wilscomponent niet irrelevant maakt. Het handelen moet hoe dan ook worden bewezen wil van een strafbare gedraging binnen sub 1 sprake zijn. Daarmee is wel degelijk telkens ook sprake van het op de koop toenemen van (daadwerkelijk bestaande) omstandigheden. Dat op de koop toenemen is namelijk gegeven omdat een verdachte handelt, in weerwil van zijn daadwerkelijke wetenschap omtrent bepaalde omstandigheden. We sluiten ons in deze context aan bij de nadruk die Nieboer bij het opzet, en het bewijs daarvan, legt op de cognitieve component. Ook hij is van mening dat daarmee aan de volitieve component niet tekort wordt gedaan, omdat in het tóch doen met een bepaalde wetenschap in feite steeds het willen ligt besloten. Of, zoals Nieboer het uitdrukt: ‘weten + tóch doen = willen doen’.⁵⁸

Op basis van de voorgaande argumenten lijkt het dus plausibel te stellen dat de Hoge Raad, materieel gezien, voor het bewijs van de misbruikbestanddelen de eis stelt dat sprake moet zijn geweest van daadwerkelijke wetenschap van de omstandigheden die het overwicht of de kwetsbare positie constitueren. Zo’n benadering past ook het beste bij de wetshistorische achtergrond van de misbruikbestanddelen en drukt ook beter uit dat het hierbij gaat om het bewijs van opzet op omstandigheden, en niet op een gevolg. Bovendien komt hiermee de kern van het strafrechtelijk verwijt dat in het *actus reus*-deel centraal staat het beste tot uitdrukking: het weten, maar tóch handelen. Ook de wat problematische rol van het volitieve aspect van het voorwaardelijk opzet wordt hiermee ondervangen. Voor het op de koop toenemen van de aanmerkelijke kans op omstandigheden die overwicht of een kwetsbare positie constitueren – een op zich al merkwaardige formule – is geen plek zonder dat sprake is van een handeling. Daarmee wordt voorkomen dat een belangrijk deel van het voorwaardelijk opzet, het volitieve aspect, al te gemakkelijk opzij wordt geschoven.

Voor een belangrijke vraag hebben we tot dusver nog geen aandacht gehad. Hierboven werd kort gerefereerd aan het bestanddeel ‘door’ dat in sub 1 besloten ligt en dat het oorzakelijk verband uitdrukt tussen de door een

57 Zie paragraaf 3.3.3.2.

58 Nieboer 1991, p. 155. Of, zoals Reijntjes het heeft verwoord: ‘Opzet vergt maar heel weinig weten, en zo mogelijk nog minder willen; in plaats van ‘weten’ is ‘beseffen’ meestal voldoende, en in plaats van ‘willen’ gewoon ‘doen’. Reijntjes 2003, p. 475.

verdachte aangewende dwangmiddelen⁵⁹ en de handelingen die door hem zijn verricht. In de volgende paragraaf is voor dit verband aandacht.

Het oorzakelijk verband tussen dwangmiddel en handeling

Als het opzet bij het bewijs van de misbruikbestanddelen kan worden uitgelegd als de bijzondere opzetvorm ‘wetende dat’ rijst de vraag hoe zich dat tot het causaliteitsvereiste verhoudt dat in het bestanddeel ‘door’ ligt besloten. Voor de uitleg van dit vereiste kan in het algemeen worden aangesloten bij de causaliteitsleer die in het Nederlands strafrecht sinds de jaren zeventig wordt gehuldigd, de leer van de redelijke toerekening. Toegepast op het onderhavige thema luidt de vraag dan telkens of het handelen van de verdachte – we kunnen hier beter spreken over het *kunnen handelen* van de verdachte of het, vanuit het perspectief van het slachtoffer gezien, *met zich laten handelen* – redelijkerwijs is toe te rekenen aan het aanwenden van een dwangmiddel door de verdachte. Nu is ten aanzien van de ‘hardere’ dwangmiddelen, zoals geweld of de bedreiging daarmee, vrij eenvoudig te zien hoe die zich tot het kunnen handelen verhouden. Het is met andere woorden goed invoelbaar *waarom* het slachtoffer ten aanzien van zich laat handelen indien het dwangmiddel ‘geweld’ of ‘bedreiging met geweld’ wordt aangewend.

Met de misbruikbestanddelen liggen de kaarten anders, aangezien de wijze waarop deze dwangmiddelen worden bewezen de wetenschap van bepaalde omstandigheden uitlicht. Het perspectief van de verdachte staat daarmee centraal: wat wist hij op welk moment over de omstandigheden waarin het slachtoffer zich bevond? De psychologische invulling van het bewijs van de misbruikbestanddelen verhoudt zich niet makkelijk met het causaliteitsvereiste. Hoe immers kan de wetenschap van bepaalde omstandigheden *sec* bijdragen aan het kunnen handelen ten aanzien van het slachtoffer? Volgehouden zou kunnen worden dat in het geslaagd kunnen werven, vervoeren *et cetera* ook het causaal verband is gegeven, maar daarmee gaan we natuurlijk volledig voorbij aan het feit dat het causaliteitsvereiste wel degelijk moet komen vast te staan en apart dient te worden uitgelicht.

Beter is het dan ook in dit kader niet aan te sluiten bij het perspectief van de verdachte en diens wetenschap, maar veeleer het perspectief van het slachtoffer tot uitgangspunt te nemen. Ook ligt het in de rede bij het bewijs van het causaal verband tussen misbruikbestanddeel en handeling niet het *misbruik* beslissend te laten zijn, maar de *omstandigheden* waarvan door het handelen (met wetenschap) misbruik wordt gemaakt. Alsdan komt de focus te liggen

⁵⁹ Onder dat ‘aanwenden’ kan dus, gelet op het zonet besprokene, ook worden verstaan het handelen met de wetenschap van het overwicht of de kwetsbare positie. In het geval van de hardere dwangmiddelen, zoals het gebruik van geweld of het bedreigen daarmee, ligt het ‘aanwenden’ veeleer in het gebruik van het dwangmiddel zelf besloten, en niet zozeer in de psychische toestand aan de kant van de verdachte.

op de vraag in hoeverre de omstandigheden waaruit het overwicht of de kwetsbare positie voortvloeien redelijkerwijs 'toerekenbaar' zijn aan het gevolg dat het slachtoffer met zich liet handelen, zich liet werven, vervoeren *et cetera*. Zo een lezing doet onzes inziens ook recht aan de definitie van een 'kwetsbare positie', zoals die in het zesde lid van artikel 273f Wetboek van Strafrecht is opgenomen. Daaronder wordt mede begrepen de situatie waarin een persoon geen andere werkelijke of aanvaardbare keuze heeft dan het misbruik te ondergaan. De objectivering van bepaalde situaties door de wetgever – schulden, verslaving, illegaal verblijf – toont reeds aan dat aan dit criterium niet al te hoge eisen dienen te worden gesteld.

Een interessant vraagstuk ten aanzien van het causaal verband tussen dwangmiddel en handeling is in 2015 nog opgeworpen door de Hoge Raad. In de onderliggende zaak werd de verdachte tenlastegelegd dat hij, onder meer door gebruik te maken van het dwangmiddel 'misleiding', verschillende personen zover had gekregen drugstransporten voor hem uit te voeren. Het hof oordeelde dat weliswaar sprake was van een 'zekere mate van misleiding', maar overweegt dat de misleidende mededelingen van de verdachte

'[...] hoewel deze in zekere mate hebben bijgedragen tot de uiteindelijk genomen beslissing van de genoemde meisjes om op instigatie van de verdachte en haar medeverdachten drugs te smokkelen, daartoe niet doorslaggevend waren'.⁶⁰

De Hoge Raad acht de overweging van het hof niet zonder meer begrijpelijk

'[...] nu de enkele vaststellingen dat de betrokkenen zich bewust waren dat zij enig risico liepen en dat de beloning voor hen de doorslaggevende factor was, niet zonder meer meebrengen dat van het werven "door" misleiding en/of misbruik van een kwetsbare positie geen sprake is geweest'.⁶¹

Met andere woorden behoeft het dwangmiddel dat door de verdachte is gehanteerd niet de enige, zelfs niet de doorslaggevende, factor te zijn geweest die aan het kunnen handelen door de verdachte heeft bijgedragen. Dat ook alternatieve verklaringen kunnen bestaan voor het feit dat mensen zich laten werven, vervoeren, huisvesten *et cetera* hoeft dus niet in de weg te staan aan het aannemen van een causaal verband tussen dwangmiddel en handeling. In de onderliggende zaak was er bijvoorbeeld sprake van dat de betrokken slachtoffers zich, naar het oordeel van het hof in 'doorslaggevende mate', ook door financiële drijfveren tot het uitvoeren van het drugstransport lieten verleiden. Het bestaan van zo'n alternatieve verklaring acht de Hoge Raad niet voldoende voor het onderuithalen van het bewijs dat ook het dwangmiddel of de dwangmiddelen aan het kunnen handelen hebben bijgedragen. Bezien

60 Hof Den Haag 6 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3398.

61 HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3309, NJ 2016/313, r.o. 4.5.3.

we deze benadering vanuit het leerstuk van de causaliteit dan kan ook wel worden gezegd dat het aanwenden van een dwangmiddel niet een *conditio sine qua non* hoeft te zijn voor het kunnen handelen ten aanzien van het slachtoffer, aangezien het dwangmiddel niet is een 'onmisbare, noodzakelijke voorwaarde' voor het handelen.⁶² Evenmin hoeft te worden vastgesteld dat het dwangmiddel *causa proxima* voor het handelen is; in de zojuist behandelde zaak konden financiële motieven aan de kant van de slachtoffers heel wel de overhand hebben, zonder dat dit afdeed aan de mogelijkheid een causaal verband tussen dwangmiddel en handeling aan te nemen. Uiteindelijk komt het er vooral op neer de vraag naar de causaliteit enigszins afzonderlijk te beantwoorden van de andere, alternatieve verklaringen die voor het kunnen handelen ten aanzien van het slachtoffer kunnen worden aangedragen. Het gaat hier steeds om de vraag naar het verband tussen dwangmiddel en handeling. Het criterium van de redelijke toerekening sluit hier in die zin goed aan dat daarbinnen heel wel plaats kan zijn voor alternatieve verklaringen voor het ingetreden gevolg (hier: het kunnen handelen door de verdachte), zonder dat dit afdoet aan het bewijs van het *in concreto*, voor het bewijs vereiste verband.

Kritiek op de benadering van de Hoge Raad

De extensieve uitleg van de misbruikbestanddelen is niet van kritiek gespeend gebleven. Naar het oordeel van annotator Buruma (bij het *Chinese horeca*-arrest uit 2009) zou het eigen initiatief van slachtoffers wel degelijk een rol moeten spelen bij het vaststellen van de vraag of van iemands kwetsbare positie misbruik is gemaakt. Moeilijk is wel dat Buruma het voorwaardelijk opzet in zijn annotatie van toepassing verklaart op het *misbruik* van overwicht dan wel een kwetsbare positie, terwijl de Hoge Raad nadrukkelijk het voorwaardelijk opzet laat zien op de *omstandigheden* waaruit dat overwicht of die kwetsbare positie voortvloeit. Een uitvloeisel van die benaderingswijze is, zoals te zien was, dat aan het bewijs van het misbruik in feite geen andere vereisten worden gesteld dan het vaststaan van een handelen met een bepaalde wetenschap. Vanuit het oogpunt van Buruma bezien, ligt het evenwel voor de hand hogere eisen te stellen, aangezien het in zijn optiek moet gaan om het vaststellen van het willens en wetens aanvaarden van de aanmerkelijke kans dat *misbruik* wordt gemaakt van het overwicht of van de kwetsbare positie. Die hogere eisen stelt Buruma dan ook. Naast de aandacht voor het eigen initiatief van slachtoffers vraagt hij zich ook af of sprake is van het 'willens aanvaarden' van misbruik indien men '[...] een illegaal die zwart wil werken een salaris betaalt van 800 Euro met kost en inwoning [...]', zoals in de onderliggende zaak het geval was. Kennelijk vormen de omstandigheden waaronder gewerkt

62 De Hullu 2018, p. 183.

is een factor waarmee bij de vaststelling van het opzet (op misbruik) volgens Buruma rekening moet worden gehouden. Voorts is hij van mening dat het stellen van hogere eisen aan het misbruik gepast is vanwege de afbakening met het mensensmokkeldelict; in deze zaken is, zo lijkt Buruma te menen, doorgaans ook sprake van misbruik van een kwetsbare positie in brede zin, terwijl het hier gaat om een openbare orde-delict waarbij slachtoffers juist zelf vaak het initiatief hebben genomen. De wil van de illegale persoon, zo besluit Buruma over de misbruikbestanddelen, geeft wel degelijk '[...] een indicatie of er sprake is van mensensmokkel of van mensenhandel'.

Los van het feit dat Buruma het voorwaardelijk opzet op het misbruik richt, contrair aan de benadering van de Hoge Raad, lijkt de auteur bij het argument over mensensmokkel voorbij te gaan aan het gegeven dat in sublid 1 – anders dan bij mensensmokkel – ook nog een 'oogmerk van uitbuiting' is opgenomen, een bestanddeel dat wel degelijk voor de waterscheiding zorgt die Buruma in zijn argumentatie wenst (die tussen mensensmokkel en mensenhandel). Het wetssystematische argument om een restrictievere uitleg van het misbruikbestanddeel aan te houden, gaat zo bezien dus niet op, althans de argumenten die Buruma aandraagt, overtuigen niet.

Meer recent heeft ook Van Kempen kritiek geuit op de brede uitleg van de misbruikbestanddelen door de Hoge Raad.⁶³ Interessant is dat hij in zijn artikel niet al te zeer uitgaat van het positief recht. Daardoor ontstaat een op zichzelf vernieuwend kader, dat – juist vanwege het alternatieve perspectief dat wordt geboden – ook goed articuleert welke de bijzonderheden van de uitleg van de Hoge Raad zijn. Het grootste bezwaar van Van Kempen tegen een brede uitleg van de misbruikbestanddelen is dat daarin niet de algementalige, de 'tekstuele', betekenis van dit misbruik tot uitgangspunt wordt genomen. De term 'misbruik' slaat volgens hem niet enkel op het *gebruik* van een kwetsbare positie,⁶⁴ maar duidt op méér: 'Er dient daarvoor een zekere 'slechteid' bij verdachte wat betreft het gebruik van de positie te worden bewezen'.⁶⁵ Instemming met de werkzaamheden blokkeert in beginsel het bestaan van het misbruik, zo meent Van Kempen. Van misbruik kan, als is ingestemd, slechts sprake zijn indien de rechter dat oordeel aanvullend onderbouwt. Twee aanvullende onderbouwingen zouden volgens Van Kempen in elk geval toch tot vaststelling van het misbruik moeten kunnen leiden, ondanks de instemming van het slachtoffer. In eerste instantie indien blijkt '[...] dat de verdachte redelijkerwijs de mogelijkheid had betrokkene tegen betere betaling en/of onder betere omstandigheden te laten werken', een soort van subsidiariteitstoets.⁶⁶ Verder noemt hij het voorbeeld waarin de verdachte

63 Van Kempen, *DD* 2017/39.

64 Het is overigens moeilijk om te achterhalen wat Van Kempen precies met het enkele *gebruik* van een kwetsbare positie bedoelt.

65 Van Kempen 2017, *DD* 2017/39, p. 407.

66 Van Kempen 2017, *DD* 2017/39, p. 407.

niet zelf de vrijheid van iemand heeft ontnomen (of wezenlijk heeft beperkt) om bepaalde arbeid- of dienstverlening te weigeren of beëindigen, maar wel weet of ernstig moet vermoeden dat zulks door een ander is gedaan.⁶⁷ Los van deze uitzonderingen lijkt Van Kempen bij de uitleg van het misbruik vooral het perspectief van het slachtoffer voorop te stellen: het is in eerste instantie de belevingswereld van het slachtoffer die ertoe doet als de vraag wordt gesteld of van zijn positie misbruik wordt gemaakt. Van paternalisme lijkt Van Kempen niets te willen weten. Alleen in uitzonderingsgevallen heft de instemming het misbruik *niet* op, en in deze gevallen is de rechter gehouden extra te motiveren. Het slachtofferperspectief is ook goed zichtbaar bij de door Van Kempen geplaatste opmerkingen over personen die werk verschaffen aan mensen in een kwetsbare positie. In voorkomende gevallen, zo oordeelt Van Kempen, kan het bieden van deze gelegenheid juist leiden tot het vergroten van de keuzemogelijkheden van de persoon die zich in de kwetsbare positie bevindt. Het 'netto voordeel' dat daardoor ontstaat, zo lijkt Van Kempen te betogen, maakt dat geen sprake kan zijn van misbruik van die kwetsbare positie:

'Een belangrijk punt lijkt mij verder nog dat de beperkte vrijheid om voor niet-werken te kiezen bij de bedreiging voor verantwoordelijkheid van de bedreiger komt, terwijl die beperkte vrijheid bij de gelegenheidsverschaffing voortvloeit uit de kwetsbare positie van betrokkene en dus buiten de invloedssfeer van de aanbieder van het werk is gelegen. Misbruik maken van een kwetsbare positie waarbij de gelegenheidsverschaffer de arbeider of dienstverlener niet beperkt in de mogelijkheid om met het werk te stoppen, is bijgevolg van wezenlijk andere aard en ernst dan het laten verrichten van werk onder dwang, dreiging of misleiding. Zo wezenlijk anders zelfs dat het – zelfs afgezien van wat verderop nog aan de orde komt – moeilijk verdedigbaar is dat de kwalificatie mensenhandel hier passend is.'⁶⁸

De benaderingswijze van Van Kempen – waarin het perspectief van het slachtoffer voorop wordt gesteld – breekt met die van de Hoge Raad. Daarin staat niet primair de perceptie van het slachtoffer centraal, maar is het veeleer het handelen van de dader en zijn wetenschap omtrent de situatie waarin het slachtoffer zich bevond die het startpunt van denken vormen bij de beantwoording van de vraag of van iemands situatie misbruik is gemaakt. In hoofdstuk 3 was reeds te zien dat met het opnemen van het bestanddeel 'misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht' juist ook ernaar is gestreefd om diegenen te criminaliseren die gebruik maken van de uitbuitingsituatie waarin iemand zich bevindt.⁶⁹ Strikt genomen ligt de aanwezigheid van de kwetsbare positie – bijvoorbeeld iemands schulden of illegale positie – dan wel buiten de invloedssfeer van de verdachte, het bestaan van die kwets-

67 Van Kempen 2017, *DD* 2017/39, p. 407.

68 Van Kempen 2017, *DD* 2017/39, p. 403.

69 Zie paragraaf 3.3.3.2.

bare positie maakt dat de verdachte ten aanzien van die ander kon handelen. Zijn bewustzijn daaromtrent maakt dat hij gebruik maakt van de gelegenheidsfactoren die zich in het concrete geval voordoen.

De kritiek van Van Kempen laat zich overigens niet makkelijk lezen. Zo lopen de overwegingen ten aanzien van de onderscheiden misbruikbestanddelen en het bestanddeel 'uitbuiting' soms door elkaar heen, waardoor niet goed duidelijk wordt op welk bestanddeel de overwegingen precies slaan. Ook zijn opmerking hierboven, dat de kwalificatie 'mensenhandel' niet goed verdedigbaar is in het geval van 'gelegenheidsverschaffers', wekt enigszins bevreemding, aangezien alleen het bewijs van het misbruikbestanddeel uiteraard niet genoeg is om tot die kwalificatie over te gaan.

5.2.2.2 *Het oogmerkbestanddeel*

Het oogmerkbestanddeel vormt de subjectieve zijde van het delict. Het betreft hier een bijzondere vorm van opzet, ten aanzien waarvan als gezegd over het algemeen wordt aangenomen dat bewijsrechtelijk méér wordt vereist dan voorwaardelijk opzet.⁷⁰ Zulks is ook door de Hoge Raad aangenomen. In een standaardarrest uit 1982 liet hij een veroordeling voor oplichting in stand van een verdachte die zich voor een ander, bij wijze van vriendendienst, bij een penitentiaire inrichting had gemeld, daar vervolgens ook werd vastgezet en gevolglyk 'meeat' op kosten van de staat. De Hoge Raad overweegt dat

'[...] naar 's Hofs oordeel bij de verdachte het in art. 326 Sr bedoelde oogmerk om zich wederrechtelijk te bevoordelen aanwezig is geweest omdat zijn in de telastelegging omschreven handelen, naar hij besepte, als noodzakelijk en dus door hem gewild gevolg met zich bracht, dat hij bevoordeeld werd of zou worden door verkrijging van onderdak, voedsel en verzorging ten koste van de Staat zonder dat hij daartoe enig recht had, waarbij het bij hem bestaande motief voor zijn handelen niet beslissend is'.⁷¹

Het oogmerk vergt dus een zeker noodzakelijkheidsbewustzijn.⁷² Het gaat minst genomen om het 'naaste doel' van de dader.⁷³

Zoals zojuist al werd belicht, en in voornoemde overweging van de Hoge Raad is terug te zien, wordt ook bij de vaststelling van het oogmerkbestanddeel gebruik gemaakt van wat wel de 'objectiverende methode' wordt genoemd.

⁷⁰ De Hullu 2018, p. 255; Kelk/De Jong 2016, p. 251.

⁷¹ HR 5 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AB8977, NJ 1982/232, m.nt. Th.W. van Veen (*Gevangenisvoedsel II*). Ook ten aanzien van het oogmerk van uitbuiting in artikel 273f, eerste lid, sub 1, Sr is de formule van de Hoge Raad meermaals herhaald. Vgl. bijvoorbeeld HR 15 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:39, NJ 2019/61 en het in die zaak centraal staande arrest van het Hof Den Haag.

⁷² De Hullu 2018, p. 257.

⁷³ Smidt I 1890, p. 78. Zie ook Brouns 1988, p. 169-182.

Het gaat er daarbij om dat de strafrechtelijk relevante intentie wordt afgeleid uit objectieve omstandigheden, zonder daarbij afhankelijk te zijn van de verklaringen daaromtrent van de kant van de verdachte. Voor de vaststelling van het oogmerk, en daarin schuilt tevens het normatieve van deze objectiverende methode,⁷⁴ is het niet doorslaggevend wat de verdachte met zijn handelen wenste, nastreefde, kortom: met welke intentie hij handelde.

Ook ten aanzien van het oogmerkbestanddeel in sub 1 is de Hoge Raad, wederom in het *Chinese horeca*-arrest, van zo'n benadering uitgegaan. Verschillende facetten daarvan komen terug in de volgende kernredenering, die hier vanwege zijn belang volledig is overgenomen:

'Het in art. 273a, eerste lid, (oud) Sr voorkomende bestanddeel (oogmerk van) uitbuiting is in de wet niet gedefinieerd, anders dan door de opsomming in het tweede lid van een aantal vormen van uitbuiting, waaronder gedwongen of verplichte arbeid of diensten. Blijkens de hiervoor onder 2.3.2 weergegeven memorie van toelichting doelt deze bepaling op een verscheidenheid aan moderne vormen van slavernij, waarbij als voorbeeld wordt genoemd een extreem lange werkweek tegen onevenredig lage betaling onder slechte werkomstandigheden. De vraag of – en zo ja, wanneer – sprake is van "uitbuiting" in de zin van de onderhavige bepaling, is niet in algemene termen te beantwoorden, maar is sterk verweven met de omstandigheden van het geval. Bij de beantwoording van die vraag komt in een geval als het onderhavige onder meer betekenis toe aan de aard en duur van de tewerkstelling, de beperkingen die zij voor de betrokkene meebrengt, en het economisch voordeel dat daarmee door de tewerksteller wordt behaald. Bij de weging van deze en andere relevante factoren dienen de in de Nederlandse samenleving geldende maatstaven als referentiekader te worden gehanteerd. Daar komt bij dat voor de vervulling van de delictsomschrijving niet nodig is dat het slachtoffer daadwerkelijk wordt uitgebuit.'⁷⁵

Enkele zaken springen bij bestudering van deze overweging meteen in het oog. Ten eerste valt op dat de Hoge Raad hier niet alleen een uitleg geeft van het bestanddeel 'oogmerk van uitbuiting' in de zin van sub 1. Dat blijkt niet alleen uit het noemen van artikel 273a, eerste lid, (oud) Sr in het algemeen, maar vloeit ook voort uit het tussen parentheses plaatsen van 'oogmerk van'. Kennelijk heeft de Hoge Raad hier een uitleg willen geven aan meer dan alleen dit specifieke oogmerkbestanddeel, namelijk ook aan het begrip 'uitbuiting'. Zoals in hoofdstuk 4 al aan de orde is gesteld komt die term op meer manieren terug in de wetsgeschiedenis.⁷⁶ Bovendien ligt de term in de wettekst zelf besloten, ook weer op meer plekken.

Ten tweede valt op dat de Hoge Raad uitgangspunten formuleert die bij het beoordelen van de vraag of in voorkomende gevallen sprake is geweest

74 Reijntjes 2003, p. 490.

75 HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099, NJ 2010/598, m.nt. Y. Buruma, r.o. 2.6.1.

76 Zie paragraaf 4.2.2.

van het oogmerk van uitbuiting kunnen worden toegepast. Daarbij valt op dat de Hoge Raad geen aansluiting heeft gezocht bij de in het tweede lid opgenomen vormen van uitbuiting. We zagen al dat de redactie van dit lid is ontleend aan internationale rechtsdocumenten over mensenhandel. Sommige vormen van uitbuiting verwijzen terug naar reeds bestaande (en al lang in omloop zijnde) juridische concepten, zoals gedwongen of verplichte arbeid of diensten, slavernij en dienstbaarheid. Het had wellicht voor de hand gelegen als de Hoge Raad zich bij de betekenis van deze onderscheiden vormen van uitbuiting had aangesloten. Maar dat doet de Hoge Raad dus niet. Eerder kan de door de hem gekozen invalshoek als een autonome benadering worden gekenschetst. De term 'uitbuiting' wordt als het ware, en in tegenstelling tot de internationale benadering, als een eenheid voorgesteld waarvan de betekenis aan de hand van eendere criteria kan worden vastgesteld. Het is voor de Hoge Raad met andere woorden irrelevant in welke vorm uitbuiting zich voordoet. Voor de vaststelling of ervan sprake is geweest, doet niet primair de vorm waarin de uitbuiting plaats heeft gehad ertoe, maar veeleer de omstandigheden waarmee die gepaard zijn gegaan: die omstandigheden zijn in het voorkomende geval bepalend of van uitbuiting (en een oogmerk daarop) kan worden gesproken, of niet. In concrete gevallen betekent dit dat bijvoorbeeld niet hoeft te worden vastgesteld of sprake was van een oogmerk op slavernij of op dienstbaarheid of gedwongen arbeid of diensten. Relevant is of de omstandigheden voldoen aan de criteria die door de Hoge Raad zijn opgeworpen. Is daaraan voldaan, dan kan de uitbuiting worden bewezen, zonder dat hoeft te worden teruggevallen op de onderscheiden vormen waarin deze zich kan voordoen (slavernij c.a.).

Als we onze aandacht verleggen naar de door de Hoge Raad aangereikte criteria dan is te zien dat de Hoge Raad drie polen onderscheidt. Dat zijn in de eerste plaats de aard en duur van de tewerkstelling, ten tweede de beperkingen die de tewerkstelling voor betrokkenen meebracht en, ten derde, het economisch voordeel dat daardoor door 'de werkgever' is behaald. Wat opvallend is aan deze criteria is dat zij alle lijken te veronderstellen dat sprake is geweest van het daadwerkelijk verrichten van arbeid of diensten door de betrokkenen, dit terwijl het formele karakter van het delict in sub 1 al meebrengt dat voor het bewijs de uitbuiting niet al hoeft te hebben plaatsgevonden. Het is een aanwijzing dat de Hoge Raad bij het aanreiken van de voornoemde criteria vooral de beoordeling van de uitbuiting zelf voor ogen had staan. De indruk die de Hoge Raad doet ontstaan, is dat dit oogmerk slechts dan uit omstandigheden kan worden afgeleid indien daadwerkelijk arbeid of diensten zijn verricht. Dit is natuurlijk niet wat de Hoge Raad bedoelt; ook hij is zich terdege ervan bewust dat we hier te maken hebben met een formeel omschreven delict, waarbij de strafbaarheid niet afhankelijk is van een ingetre-

den gevolg.⁷⁷ Maar de door hem aangebrachte oriëntatie maakt wel dat de focus komt te liggen op het gevolg van de gedraging die in sub 1 is opgenomen en minder op de handelingen die daarin centraal staan. Waar de gedraging in sub 1 zich in haar pure vorm slechts veruiterlijkt via de handeling (en ook, maar niet *per se*, door het dwangmiddel⁷⁸), zien de door de Hoge Raad aangereikte criteria vooral op situaties waarin ook het beoogde gevolg van die gedraging zich heeft veruiterlijkt of, met andere woorden, situaties waarin de intentie waarmee de dader de handelingen heeft verricht ook daadwerkelijk tot het einddoel hebben geleid. We zien hier duidelijk dat het formele bewijsrecht invloed uitoefent op het materieel strafrecht: *hoe* iets bewezen dient te worden, lijkt hier ook van invloed te zijn op de vraag *wat* bewezen moet worden. Reijntjes heeft daarover wel gezegd dat delictsomschrijvingen alleen '[...] in hun volle betekenis [kunnen] worden doorgrond wanneer zij vanuit hun bewijsbaarheid worden benaderd'.⁷⁹ Dat lijkt ook hier het geval. De Hoge Raad sorteert met zijn overwegingen heel duidelijk voor op de situatie waarin door betrokkenen daadwerkelijk voor de verdachte is gewerkt, terwijl uit de formele aard van het delict veeleer voortvloeit dat zulke werkzaamheden nog niet behoeven te hebben plaatsgevonden.

In de meeste gevallen zal daar overigens wel sprake van zijn: veelal zullen de opsporingsdiensten eerst dan met mensenhandel worden geconfronteerd in gevallen waarin er daadwerkelijk gewerkt is en vormen de omstandigheden waaronder dat is gebeurd de aanleiding om een opsporingsonderzoek te starten. In sommige gevallen evenwel sluit de praktijk meer aan op de formele wijze waarop het delict in sub 1 is geformuleerd. Een voorbeeld daarvan was te zien in een zaak waarin de Hoge Raad in 2016 arrest wees.⁸⁰ De verdachte in die zaak was er weliswaar, in samenwerking met andere verdachten, in geslaagd het betrokken slachtoffer naar Nederland over te brengen, maar toen laatstgenoemde er daar eenmaal achter kwam dat het door de verdachte in het vooruitzicht gestelde werk prostitutiewerk betrof, weigerde ze te werken en is er door haar ook nooit gewerkt. Het Hof Arnhem-Leeuwarden leidt het oogmerk van uitbuiting onder meer af uit het gegeven dat de verdachte, die voor het slachtoffer onderdak en werk probeerde te regelen, wist dat het de bedoeling van een van de andere verdachten was dat hij het door het slachtoffer te verdienen geld zou beheren en dat zij daar slechts een klein deel van zou ontvangen.⁸¹ De Hoge Raad herhaalt in deze zaak nogmaals het uitgangs-

77 Herhaald in HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2771, NJ 2017/5, m.nt. red. aant.

78 Het aanwenden van het dwangmiddel 'geweld' zal ook in de feitelijke werkelijkheid 'veruiterlijkt' worden, maar dat geldt natuurlijk niet, of minder, voor de misbruikbestanddelen, waarbij de wetenschap van een kwetsbare positie of overwicht al volstaat voor het bewijs van het misbruik.

79 Reijntjes 2003, p. 475.

80 HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2771, NJ 2017/5.

81 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4639.

punt dat nog niet hoeft te zijn gewerkt om te kunnen spreken van een oogmerk van uitbuiting:

‘Vooropgesteld moet worden dat voor de vervulling van de delictsomschrijving van art. 273f, eerste lid aanhef en onder 1°, Sr niet nodig is dat de ander daadwerkelijk wordt uitgebuit; het oogmerk van uitbuiting van die ander volstaat (vgl. HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099, NJ 2010/598). De omstandigheid dat [betrokkene 1] na overbrenging naar Nederland niet het door de verdachte en zijn mededaders beoogde werk heeft verricht, staat derhalve aan vervulling van genoemde delictsomschrijving niet in de weg.’⁸²

5.2.3 Resumé

De gedraging die in het in deze paragraaf besproken sublid is neergelegd, is afkomstig van de internationale strafwetgever. Bij de nadere invulling van deze gedraging, en de afbakening daarvan, is door de wetgever veel ruimte verschaft aan de rechter. In deze paragraaf is te zien geweest dat de rechter deze ruimte ook daadwerkelijk heeft benut. In belangrijke arresten heeft de Hoge Raad meer duidelijkheid gegeven over de inhoud van de misbruikbestanddelen en het subjectieve deel van de gedraging, namelijk het oogmerk van uitbuiting.

Ten aanzien van de dwangmiddelen ‘misbruik van een kwetsbare positie’ en ‘misbruik van uit feitelijke omstandigheden voortvloeiend overwicht’ is in deze paragraaf opgemerkt dat de Hoge Raad is uitgegaan van een uitleg die het weten van de omstandigheden waaruit het overwicht dan wel de kwetsbare positie voortvloeit, vooropstelt. In deze paragraaf is bovendien gesteld dat zulks ook een wetshistorieconforme en verder ook navolgbare uitleg is, aangezien het voorwaardelijk opzet bij de misbruikbestanddelen ziet op *omstandigheden*, niet op gevolgen, en – in elk geval taalkundig – het weten daarmee automatisch wordt uitgelicht (semantisch gezien is het moeilijker omstandigheden te ‘willen’ dan gevolgen). In dit kader is er veel voor te zeggen ten aanzien van de misbruikbestanddelen de opzetvorm van het ‘wetende dat’ in sublid 1 in te lezen. Het volitieve aspect binnen het opzet wordt daarmee niet uitgeschakeld, maar wel enigszins naar de achtergrond verdrongen. Ook dat is geen onoverkomelijk bezwaar, zo is te zien geweest; in het handelen door de verdachte, terwijl hij weet van de voornoemde omstandigheden, weerspiegelt zich in feite reeds het op de koop toenemen van het bestaan van die omstandigheden.

Ook met betrekking tot het oogmerkvereiste heeft de Hoge Raad richtinggevende jurisprudentie gewezen. Daarin is de vraag beantwoord op welke wijze het oogmerk kan worden vastgesteld. De Hoge Raad hecht daarbij

82 HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2771, NJ 2017/5, r.o. 2.3.

betekenis aan de aard en duur van de voor de verdachte verrichte werkzaamheden, de beperkingen die de *tewerkstelling* met zich bracht voor het slachtoffer en het economisch voordeel dat daarmee door de verdachte is behaald. Het aangrijpingspunt bij de beoordeling van het bewijs van het oogmerk wordt dus gevormd, zo valt uit de overwegingen van de Hoge Raad op te maken, door de omstandigheden waaronder de daadwerkelijke werkzaamheden voor de verdachte hebben plaatsgevonden. We zien hier dat de Hoge Raad niet alleen leunt op een objectiverende methode om het oogmerk vast te stellen, maar bij die vaststelling ook vooral de gevolgen van de door de verdachte verrichte handelingen heeft vooropgesteld. Daarmee doet hij enigszins afbreuk aan het formele karakter van de in sub 1 neergelegde gedraging, die er nu juist van uitgaat dat de daadwerkelijke uitbuiting nog niet behoeft te hebben plaatsgehad om tot een bewezenverklaring te komen. Te zien is hier hoezeer het formele strafrecht, i.c. het bewijsrecht, invloed uitoefent op de materiële reikwijdte van het delict dat in sub 1 is opgenomen. De nadere eisen die de Hoge Raad aan het bewijs van het oogmerk in sub 1 heeft gesteld dragen eraan bij dat de gedraging in dit onderdeel veel van haar formele karakter verliest. De gedraging wordt daardoor door de Hoge Raad ook op een kleinere afstand tot de uitbuiting gezet, daar waar het in de kern formele karakter van het delict juist wijst op een gedraging die voorafgaat aan, en in potentie nog ver af staat van, de uitbuiting zelf.

5.3 ARTIKEL 273F LID 1 SUB 2 SR

In artikel 273f, eerste lid, sub 2 Sr is strafbaar gesteld:

‘Degene die een ander werft, vervoert, overbrengt, huisvest of opneemt, met inbegrip van de wisseling of overdracht van de controle over die ander, met het oogmerk van uitbuiting van die ander of de verwijdering van diens organen, terwijl die ander de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt.’

Het gaat hier om een systematische *specialis* van de gedraging die in sublid 1 is strafbaar gesteld en de omschrijving ervan in deze paragraaf kan dan ook kort zijn. Sublid 2 is een uitwerking van het internationale en Europese vereiste dat het bewijs van dwangmiddelen niet als een bewijsvereiste mag gelden ten aanzien van minderjarigen. Het omvat dezelfde gedragingen als sublid 1. Tevens moet ook hier het oogmerk op de uitbuiting van de minderjarigen zijn gericht. In zijn rechtspraak heeft de Hoge Raad bepaald dat:

‘De vraag of – en zo ja, wanneer – sprake is van ‘uitbuiting’ in de zin van de onderhavige bepaling, is niet in algemene termen te beantwoorden, maar is sterk verweven met de omstandigheden van het geval. Bij de beantwoording van die vraag komt in een geval als het onderhavige onder meer betekenis toe aan de aard en duur van de te verrichten activiteit, de beperkingen die zij voor de betrokkene

meebrengt, en het economisch voordeel dat daarmee door de verdachte wordt behaald. (Vgl. HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099, NJ 2010/598, rov. 2.6.1.) *Hierbij geldt in geval van minderjarige slachtoffers dat de beoordeling van dergelijke factoren tot een andere uitkomst kan leiden dan in het geval het slachtoffer meerderjarig is* [cursivering: LE].⁸³

Hoewel de Hoge Raad dat niet met zoveel woorden uitdrukt, lijkt het ‘andere’ in de laatste zin van zijn overwegingen te moeten worden begrepen als een appel om bij minderjarigen aan het vaststellen van het oogmerk van uitbuiting minder zware eisen te stellen. De Hoge Raad lijkt hier vooral te hebben willen uitdrukken dat bij de beoordeling aan de hand van de genoemde *Chinese horeca*-criteria het specifieke gegeven van de minderjarigheid moet worden verdisconteerd. Dit is ook eenvoudig voor te stellen; een werkdag van tien uur is voor een volwassen persoon nu eenmaal iets anders dan voor een minderjarige. Hetzelfde geldt ook voor de aard van de werkzaamheden en de beperkingen die deze voor het slachtoffer met zich bracht.

5.4 ARTIKEL 273F LID 1 SUB 3 SR

De gedraging die is opgenomen in artikel 273f, eerste lid, sub 3 Sr is in dit boek al meermalen ter sprake gebracht. In kort bestek wordt hier samengevat wat we over deze gedraging reeds te weten zijn gekomen.

Het gaat hier ten eerste om een gedraging waarvan de strafbaarheid is ingegeven door de internationale wetgever.⁸⁴ Artikel 1 van het Verdrag van Genève van 11 oktober 1933 bepaalt:

‘Gestraft wordt ieder, die, ter voldoening van eens anders lusten, eene meerderjarige vrouw of meisje, zelfs met haar goedvinden, met het oog op het plegen van ontucht in een ander land, heeft aangeworven, medegenomen of ontvoerd, zelfs dan wanneer de verschillende handelingen, die de bestanddeelen van het strafbare feit uitmaken, in verschillende landen gepleegd zijn.’

Nederland voldeed in 1933 reeds aan de verplichting deze gedraging strafbaar te stellen. Artikel 250ter (oud) Sr, dat in 1912 in werking was getreden, stelde namelijk de vrouwenhandel in het algemeen strafbaar en daaronder had volgens minister Regout van Justitie te vallen elke daad die ertoe strekt een vrouw over te leveren aan de prostitutie, zonder dat hoeft te blijken van onvrijwilligheid aan de kant van de vrouw.⁸⁵ De reikwijdte van de bestaande

⁸³ HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3309, NJ 2016/313, r.o. 4.4.2.

⁸⁴ Zie daarover paragraaf 3.3.1.

⁸⁵ *Handelingen II* 1910/11, 28, p. 1577. Zie ook HR 11 maart 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC1906, NJ 1986/737.

vrouwenhandelbepaling was met andere woorden ruim genoeg om aan de verplichtingen uit het Verdrag van Genève te voldoen.⁸⁶

In de jaren tachtig ontstaat de wens de mensenhandelbepaling aan te passen. Het zelfbeschikkingsrecht komt in de wetgeving centraal te staan en bijgevolg wordt de strafbaarstelling van mensenhandel in sub 1 van het eerste lid van artikel 250ter (oud) Sr van dwangbestanddelen voorzien. Dat leidt tot spanning met het bovenstaande verdrag, en ook aan de wetgever gaat die niet voorbij. Die besluit dan ook aan artikel 250ter, dat uiteindelijk in 1994 in werking zou treden, een gedraging toe te voegen waarin de dwangbestanddelen niet zijn neergelegd. Hij spreekt over deze gedraging in termen van de 'internationale handel', daarmee verwijzend naar het door het Geneefse Verdrag en het sublid vereiste aspect van grensoverschrijding.⁸⁷ Vooral wordt deze aparte strafbaarstelling, die wordt opgenomen in het eerste lid, sub 2, ingegeven door de onwenselijkheid een internationaal verdrag op te zeggen. De delictsomschrijving die in 1994 in werking treedt, bepaalt dat zich aan mensenhandel schuldig maakt:

'Degene die een persoon aanwerft, medeneemt of ontvoert met het oogmerk die persoon in een ander land in de prostitutie te brengen.'

Ook eind jaren negentig, als opnieuw het opheffen van het bordeelverbod wordt bediscussieerd, keert de vraag terug of het nog wel wenselijk is deze strafbaarstelling te behouden. Hoe is immers het gegeven dat in artikel 250ter, eerste lid, sub 2 Sr dwang geen bestanddeel is, te verenigen met het uitgangspunt van het zelfbeschikkingsrecht? Tweede Kamerlid Halsema stelt nog voor een bestanddeel 'bedrieglijk' in te voegen, voorafgaand aan de in het sublid opgenomen werkwoorden, om een soortement van 'misleiding' onderdeel van het wetsartikel uit te laten maken, maar dit voorstel kan niet op een meerderheid in de Tweede Kamer rekenen. Volgens de minister zou zulks ook tegen de bedoelingen van het Geneefse Verdrag ingaan en dientengevolge een verkeerd signaal afgeven in de 'strijd' tegen mensenhandel.⁸⁸ In de memorie van toelichting bij artikel 273a (oud) Sr, dat in 2005 in werking treedt, neemt hij de gedraging over in het eerste lid, sub 3, waar zij tot op heden is blijven staan. De wetgever noemt de argumenten die eind jaren negentig werden genoemd om de strafbaarstelling intact te laten 'nog steeds valide'.⁸⁹ Voorts voegt hij toe dat dit artikellid:

⁸⁶ *Kamerstukken II* 1934/35, 340, 3, p. 7-8.

⁸⁷ Hier wordt bewust gesproken van een 'aspect van grensoverschrijding'. De gedraging in sub 3 is, zoals nog te zien zal zijn, formeel omschreven. De grensoverschrijding hoeft dan ook niet daadwerkelijk te hebben plaatsgevonden. Dit aspect maakt wel een belangrijk deel uit van de 'wilskant' van deze gedraging: het oogmerk van de dader moet zijn gericht op het in een ander land iemand brengen tot prostitutie.

⁸⁸ *Kamerstukken II* 1998/99, 25437, 17, p. 5.

⁸⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 3, p. 9.

‘[...] een nuttig en aanvullend instrument [biedt] in de bestrijding van mensenhandel, gericht op seksuele uitbuiting.’⁹⁰

Om kort te gaan, wijkt de in sub 3 opgenomen gedraging weliswaar af van de primaire uitgangspunten die ten grondslag hebben gelegen aan het wijzigen van de mensenhandelwetgeving, tegelijk gaat het hier wel om een *bewust* afwijken, een afwijken door de wetgever met redenen omkleed. Kennelijk heeft de wetgever hier, zoals door Machielse ook is verwoord, een ruime bescherming willen bieden aan (potentiële) slachtoffers.⁹¹ Volgens Alink en Wiarda is ook van belang dat met de bepaling ‘[...] mede het respect van Nederland voor het strafrechtelijke regime in een ander land met betrekking tot prostitutie tot uitdrukking [komt]’.⁹² Op de achtergrond speelt verder mee, zoals in hoofdstuk 3 al aan de orde is gekomen, dat er in de jaren tachtig en negentig vooral zorgen waren over het lot van buitenlandse slachtoffers, die vaak de taal niet kenden of illegaal in Nederland verbleven; die kwetsbare positie liet, zo lijkt de gedachte te zijn geweest, een breder beschermingsbereik toe.

Dat alles doet niet af aan het feit dat de gedraging die in sub 3 is opgenomen zich *prima facie* problematisch verhoudt tot haar plek in het Wetboek van Strafrecht, zoals ook in hoofdstuk 4 al werd opgemerkt. Niet alleen heeft dat te maken met de voornoemde uitgangspunten van de wetgeving waarvan zij deel uitmaakt, ook de kwalificatie ‘mensenhandel’ en de forse strafbedreiging – maximaal twaalf jaar gevangenisstraf – doen op het eerste gezicht de vraag rijzen of deze bepaling op de juiste plek in het Wetboek van Strafrecht staat. Niet in de laatste plaats, en daarop zal natuurlijk nog uitgebreid worden ingegaan, is ook de verhouding tussen de gedraging in sub 3 en de rechtsbelangen van de persoonlijke vrijheid en lichamelijke en geestelijke integriteit problematisch. Bij de bespreking van de jurisprudentie van de Hoge Raad zal nog te zien zijn, dat deze kwesties inmiddels ook het niveau van de rechtspraak hebben bereikt.

5.4.1 Dogmatische afbakening van de gedraging in sublid 3

Wenden we nu de steven naar de delictomschrijving die heden ten dage in subonderdeel 3 is opgenomen. Daarin is als mensenhandel strafbaar gesteld:

90 *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 3, p. 9. Het werd al opgemerkt dat de minister hier verwijst naar seksuele uitbuiting. De uitbuiting, of het oogmerk daarop, vormt evenwel geen bestanddeel van dit delict. En bovendien is ook enige vorm van onvrijwilligheid aan de kant van de aangeworven of medegenomen prostituee geen vereiste. Het gebruik van de term werkt hier dus verwarrend. Zie over de uiteenlopende wijzen waarop het begrip ‘uitbuiting’ in de wetsgeschiedenis terugkeert paragraaf 4.2.2.

91 Machielse, in: NLR, artikel 273f Sr, aant. 5.

92 Alink & Wiarda 2010, p. 227.

‘Degene die een ander aanwerft, medeneemt of ontvoert met het oogmerk die ander in een ander land ertoe te brengen zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met of voor een derde tegen betaling.’

Naar analogie van de opdeling die bij de bespreking van sublid 1 is aangehouden, kunnen we ook hier spreken van een *actus reus*-deel en een *mens rea*-deel. De objectieve zijde wordt dan gevormd door de handelingen, die worden uitgedrukt door drie werkwoorden: ‘aanwerven’, ‘medenemen’ en ‘ontvoeren’.⁹³ De subjectieve zijde bestaat, wederom, uit de bijzondere opzetvorm van het oogmerk. Ditmaal echter is het ‘naaste doel’ van de dader niet op uitbuiting gericht, zoals in de eerst besproken subleden, maar op het volgende: een ander in een ander land ertoe brengen zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met of voor een derde tegen betaling. Kort gezegd: de ander in een ander land brengen tot prostitutie.⁹⁴ Het oogmerkbestanddeel drukt uit dat de wil van de dader in het bijzonder moet zijn gericht op het ertoe brengen van de ander zich voor sekswerk beschikbaar te stellen. Evenwel is ook hier niet vereist dat de seksuele handelingen of het zich beschikbaar stellen daadwerkelijk hebben plaatsgehad; het oogmerkbestanddeel wijst er immers op dat dit gevolg niet als constitutief gevolg van het delict in subonderdeel 3 heeft te gelden. Ook hier is te zien dat het gaat om *an sich* neutrale handelingen, waarvan het specifiek strafwaardige karakter pas duidelijk wordt als het bijkomend oogmerk van de dader bekend is. Ook sub 3 is, om kort te gaan, formeel omschreven.

Zoals bij de dogmatische afbakening van sub 1 al bleek, draagt de strafrechtelijk relevante handeling – die in de literatuur vaak ‘gedraging’ heet – doorgaans nog geen strafwaardig karakter van zichzelf: de wederrechtelijke identiteit van de handeling wordt eerst dan duidelijk indien de omstandigheden waaronder deze is begaan in ogenschouw worden genomen. Het is niet anders met de handelingen die in sub 3 zijn opgenomen (het aanwerven, medenemen c.a.). Die laten zich, in het spoor van Van Bemmelen, duiden als handelingen *qua talis*.⁹⁵ Een belangrijke uitzondering hierop geldt de handeling ‘ontvoering’; uit de aard van die term zelf vloeit reeds het strafbare karakter voort.⁹⁶ Dit strafbare karakter ligt evenwel alleen besloten in de wederrechtelijke vrijheidsberoving die aan deze handeling inherent is (vgl. artikel 282 Sr). Het zij hier aangetekend dat daarmee nog niet het voor sub 3 *relevante* strafbare karakter is gegeven. Dat wordt immers niet door de vrijheidsberoving gedefi-

⁹³ Merk op dat het *actus reus*-deel dus ook hier als ‘variabel’ kan worden gekenschetst.

⁹⁴ In *Kamerstukken II 1990/91*, 21027, 5, p. 7 (memorie van antwoord) gaf de minister als definitie van prostitutie: het zich beschikbaar stellen tot het tegen betaling verrichten van seksuele handelingen. Vgl. ook Machielse, in: NLR, artikel 273f, aant. 5. Gemakshalve wordt er in het navolgende voor gekozen te spreken van, kortweg, ‘prostitutie’ of ‘sekswerk’.

⁹⁵ Van Bemmelen 1954, p. 183.

⁹⁶ We hebben hier tevens te maken met het volgens De Hullu zeldzame geval waarin het opzetvereiste in de omschrijving van de gedraging besloten ligt. De Hullu 2018, p. 159.

nieerd, maar door het oogmerk waarmee de handeling wordt verricht. Men kan het ook anders zeggen: ontvoering vormt niet de kern – niet het typische – van de gedraging die in sub 3 is neergelegd, die kern ligt besloten in het naaste doel dat met de handelingen werd voorgestaan.

5.4.2 Uitleg van (onderdelen van) sub 3 in de rechtspraak van de Hoge Raad

De bespreking van de relevante rechtspraak van de Hoge Raad laat zich slechts ten dele op bestanddeleniveau organiseren. Zo zijn juist in de afgelopen jaren enkele belangwekkende arresten geweest die niet zien op de uitleg van bestanddelen, maar veeleer betrekking hebben op de reikwijdte van sublid 3 als geheel. Bij de bespreking hieronder is met dit gegeven rekening gehouden.

5.4.2.1 De handelingen

In sub 3 is een beperkt aantal handelingen opgenomen: aanwerven, medenemen en ontvoeren. De wetshistorische stukken voorzien niet in een nadere definitie van deze begrippen.⁹⁷ Die leemte is voor wat de handelingen ‘aanwerven’ en ‘medenemen’ betreft opgevuld door de Hoge Raad. In de relevante arresten is te zien dat van beide termen een feitelijke betekenis wordt aangehouden. Zo overweegt de Hoge Raad over de term ‘aanwerven’:

‘Gelet op de geschiedenis van de totstandkoming van art. 250ter Sr [...] heeft de term ‘aanwerven’ in de zin van art. 250ter Sr, de betekenis van iedere daad waardoor een persoon wordt aangeworven teneinde die persoon in een ander land tot prostitutie te brengen, zonder dat behoeft te blijken dat de wijze van aanwerving de keuzevrijheid heeft beperkt.’⁹⁸

‘Aanwerven’ is, aldus de Hoge Raad, iedere daad die leidt tot aanwerven: het aanwerven zelf wordt dus gedefinieerd door een andere, niet nader omschreven handeling die het aanwerven *tot* doel heeft. Dat de keuzevrijheid bij het aanwerven geen rol speelt, ligt, gelet op de voornoemde wetsgeschiedenis, voor de hand; het inlezen daarvan had in feite ‘via de achterdeur’ toch een soort van dwangmiddel ingevoegd, contrair aan de wil van de internationale en nationale wetgever.

In een arrest uit 2005 heeft de Hoge Raad de handeling ‘medenemen’ nader omljnd.⁹⁹ In die zaak was de betrokken prostituee hoogstwaarschijnlijk zelf – alleen – met het vliegtuig van Griekenland naar Nederland gereisd, na

97 Zie ook Concl. A-G G. Knigge, ECLI:NL:PHR:2005:AU3425, bij HR 20 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3425, NJ 2006/35.

98 HR 18 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:ZD1788, NJ 2000/443, r.o. 3.3.3.

99 HR 20 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3425, NJ 2006/35.

overigens contact te hebben gehad met de verdachten. Het cassatiemiddel had betrekking op de vraag of onder deze omstandigheden, vooral gelet op het *alleen* reizen, sprake kan zijn van ‘medenemen’ in de zin van sub 3. De Hoge Raad overweegt:

‘Het Hof heeft kennelijk geoordeeld dat, ook indien ervan zou moeten worden uitgegaan dat het slachtoffer alleen per vliegtuig van Griekenland naar Nederland is gereisd, zulks er niet aan in de weg staat om aan te nemen dat zij door de verdachte en zijn mededaders is ‘medegenomen’ in de zin van art. 250a (oud) Sr. Gelet op de hiervoor onder 3.3 weergegeven gang van zaken en tegen de achtergrond van doel en strekking van die bepaling, zoals uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal, geeft dat oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl het evenmin onbegrijpelijk is.’¹⁰⁰

Voor het medenemen is, kort gezegd, dus niet vereist dat degene die wordt meegenomen wordt vergezeld (bijvoorbeeld door de verdachte). Met andere woorden heeft de Hoge Raad hier een specifiek-juridische betekenis aan het bestanddeel ‘medenemen’ gegeven, die lijkt af te wijken van de algemeentalige betekenis daarvan.¹⁰¹ Tegelijk lijkt wel van enige bemoeienis sprake te moeten zijn bij het overbrengen van de prostituee van de ene naar de andere plek.¹⁰² Hoe die bemoeienis *in concreto* vorm heeft gekregen, zal van geval tot geval verschillen. In de onderliggende zaak had de verdachte de tickets voor het slachtoffer betaald en haar afgehaald van het vliegveld en vervoerd naar een café in Arnhem. Hoewel het ‘medenemen’ hier niet geschiedt tijdens de reis van het ene naar het andere land, kan ook in deze gevallen wel degelijk sprake zijn van ‘medenemen’ in de zin van sub 3, zo concludeert A-G Knigge in zijn conclusie voor dit arrest:

‘Voor “medenemen” is mijns inziens voldoende dat het met zich mee voeren van een in de prostitutie te doen belanden persoon die vanuit het buitenland is aangekomen, plaats heeft in het kader van de overbrenging van die persoon naar een ander land. Niet noodzakelijk is derhalve dat er op het moment waarop de persoon in kwestie de grens overschrijdt, van medenemen sprake is. Ook op andere mommenten [sic] gedurende de overbrenging kan van “medenemen” sprake zijn [...] Bij deze stand van zaken kon het Hof in het midden laten of [het slachtoffer] alleen, dan wel samen met de verdachte naar Nederland is gereisd, nu uit de bewijsmiddelen blijkt dat [het slachtoffer] direct na haar aankomst op het vliegveld onder

100 HR 20 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3425, NJ 2006/35, r.o. 3.5.

101 Concl. A-G G. Knigge, ECLI:NL:PHR:2005:AU3425, bij HR 20 december 2005, NJ 2006/35.

102 Zo ook Van den Brink 2013, p. 4: ‘Ook dit bestanddeel dient ruim uitgelegd te worden, maar vereist wel enige actieve gedraging van verdachte. Hiermee wordt absoluut niet bedoeld dat het initiatief tot de reis van verdachte uit moet gaan (want ook hierbij geldt het voor de bewijsvraag dat niet relevant is wie het initiatief heeft genomen), maar de verdachte dient wel praktische handelingen uitgevoerd te hebben om de te prostitueren persoon feitelijk in het andere land te krijgen.’

begeleiding van de verdachte en/of zijn mededaders naar het café te Arnhem is vervoerd. Daaruit heeft het Hof kunnen afleiden dat dit vervoeren plaats had in het kader van de overbrenging van [het slachtoffer] naar Nederland [...].¹⁰³

Ten aanzien van de termen ‘aanwerven’ en ‘medenemen’ heeft de Hoge Raad in 2013 bepaald dat daarvan ook sprake kan zijn als de betrokken prostituees reeds zelf het besluit hadden genomen om in de prostitutie te gaan werken. De Hoge Raad overweegt:

‘[...] dat ook voor zover het oordeel van het Hof zou zijn gebaseerd op de opvatting dat “reeds gevormde wilsbesluiten van de aangeefsters” aan de toepasselijkheid van art. 273f, eerste lid onder 3°, Sr in de weg staan, dat oordeel berust op een verkeerde rechtsopvatting’.¹⁰⁴

Het oordeel van de Hoge Raad scherpt in dat de dader van de in sub 3 opgenomen gedraging niet de initiator hoeft te zijn van het werken in de prostitutie over de grens. Het initiatief kan ook bij de slachtoffers zelf liggen. De rol van de verdachte beperkt zich in deze situaties tot die van helper, of *facilitator*.¹⁰⁵ Het behulpzaam zijn van personen die de wens hebben in een ander land in de prostitutie te werken, constitueert met andere woorden al snel een voltooid delict in de zin van sub 3.

De handeling ‘ontvoeren’ is, tot slot, niet nader uitgewerkt in de rechtspraak. Het ligt, gelet op de strekking van dit bestanddeel, voor de hand dat bij de uitleg daarvan aansluiting wordt gezocht bij de in artikel 282 Sr strafbaar gestelde gedraging van de wederrechtelijke vrijheidsberoving. Machielse heeft daarnaast nog aandacht gevraagd voor de mogelijke concursus met artikel 278 Sr, waarin mensenroof is strafbaar gesteld.¹⁰⁶ Daarin komt inderdaad het aspect van grensoverschrijding, dat ook in de gedraging in sub 3 ligt besloten, beter uit de verf. Vanwege de geringe betekenis van het bestanddeel ‘ontvoeren’ in de rechtspraak kan een verdere bespreking daarvan achterwege blijven.

5.4.2.2 Het oogmerkbestanddeel

Het oogmerk van de dader is in geval van sub 3 gericht op: de ander in een ander land ertoe brengen zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met of voor een derde tegen betaling. Het ‘zich beschikbaar stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met of voor een derde

103 Concl. A-G G. Knigge, ECLI:NL:PHR:2005:AU3425, bij HR 20 december 2005, NJ 2006/35.

104 HR 10 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:670, NJ 2015/443, r.o. 3.4.

105 Van den Brink 2013, p. 3.

106 Machielse, in: NLR, artikel 273f Sr, aant. 5 (online).

tegen betaling' was voorheen in de wet gedefinieerd als prostitutie. Bovendien is in 2002 het woord 'voor' toegevoegd om ook de niet aan prostitutie gerelateerde seksuele handelingen onder de reikwijdte van dit subonderdeel te laten vallen.¹⁰⁷ Uit het formeel omschreven karakter van de gedraging vloeit reeds voort, dat voor een bewezenverklaring alleen behoeft te worden vastgesteld dat een dader het *oogmerk* had de ander zich beschikbaar te laten stellen. Dat beschikbaar stellen zelf hoeft dus niet plaats te hebben gevonden en zulks geldt logischerwijs ook voor de seksuele handelingen waarvoor de ander zich beschikbaar stelt.

Dat de wetgever niet heeft willen weten van een dwangbestanddeel in sub 3 maakt het aannemelijk dat het 'ertoe te brengen' feitelijke betekenis heeft. Het gaat er met andere woorden om of het oogmerk van de dader gericht was op het feitelijk iemand tot prostitutie brengen; in het 'ertoe te brengen' ligt met andere woorden geen vorm van onvrijheid of een gebrek aan zeggenschap ten aanzien van het beschikbaar stellen besloten. Dat hoeft dan ook niet te worden bewezen.¹⁰⁸

In een arrest uit 2013 lag de vraag voor waarop precies het oogmerk in sub 3 moet zijn gericht. De twijfel die daarover was ontstaan, ligt besloten in de volgende overwegingen van het onderliggende arrest van het Hof Den Haag:

'Naar het oordeel van het hof kan deze tenlastelegging, die de delictsomschrijving waarnaar zij verwijst op de voet volgt, taalkundig niet anders worden opgevat dan dat het oogmerk van de verdachte erop gericht moet zijn geweest om aangeefsters alhier, in Nederland ertoe te brengen als prostitute werkzaam te zijn. [...] Voor de vaststelling dat het hierboven omschreven oogmerk bij de verdachte aanwezig is geweest bevat het dossier naar het oordeel van het hof geen dan wel onvoldoende wettig en overtuigend bewijs. Immers, uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat het hof aannemelijk acht dat het voornemen van de vrouwen om zich in Nederland in de prostitutie te begeven inclusief de voorwaarden waaronder dat zou plaatsvinden zich reeds in Tsjechië had gevormd. Dat de verdachte en zijn medeverdachten de gelegenheid hebben geboden voor de feitelijke uitvoering van prostitutiewerkzaamheden in Nederland doet aan het vorenstaande niets af. De opvatting van de advocaat-generaal dat het tenlastegelegde "er in Nederland toe brengen" reeds is vervuld doordat zonder het handelen van verdachte en/of zijn medeverdachten de door de aangeefsters verrichte concrete prostitutiewerkzaamheden niet zouden hebben plaatsgevonden, kan, gegeven de zich in Tsjechië reeds gevormde wilsbesluiten van de aangeefsters, niet worden aanvaard. De verdachte dient derhalve te worden vrijgesproken van het aan hem ten laste gelegde.'¹⁰⁹

107 *Kamerstukken II* 2000/01, 27745, 1-2.

108 Zo ook Van den Brink 2013, p. 5, die haar artikel over dit sublid afsluit met de opmerking: 'De wetgever verbiedt – kortom – het helpen van vrouwen uit het ene land zich te prostitueren in het andere land, ook al geschiedt dat zich prostitueren geheel vrijwillig'.

109 Hof Den Haag 26 juli 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX3884.

Ook na herhaalde lezing is het lastig precies de kern weer te geven van de uitleg die het hof hier aan het oogmerkbestanddeel geeft. A-G Vellinga vat de overwegingen van het hof in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad zo op dat daarin als vereiste wordt gesteld dat het ‘ertoe brengen’ plaatsheeft in een ander land dan het land waarin de handelingen – aanwerven, medenemen of ontvoeren – hebben plaatsgevonden. Omdat in de onderhavige zaak de betrokken prostituees waren aangeworven in Tsjechië, en zij ook al het wilsbesluit omtrent het werken in de prostitutie in Nederland in Tsjechië hadden gevormd, kon van het ‘ertoe brengen’ in Nederland niet langer sprake zijn. A-G Vellinga verwerpt de uitleg van het hof en overweegt:

‘[...] “in een ander land” [is] in de tekst van art. 273f lid 1 onder 3 Sr opgenomen teneinde duidelijk tot uitdrukking te brengen dat het aanwerven c.a. betrekking heeft op internationale handel, en wel zo dat het oogmerk erop dient te zijn gericht iemand “in een ander land” tot prostitutie te brengen. Het vereiste van het “in een ander land” heeft dus niet, zoals in de uitleg van het Hof, betrekking op de plaats waar iemand tot prostitutie zou moeten worden gebracht maar op het “verrichten van seksuele handelingen met of voor een derde tegen betaling”. Met andere woorden, het oogmerk moet erop zijn gericht iemand te bewegen tot prostitutie in een ander land en niet – zoals in de uitleg van het Hof – op het in een ander land bewegen tot prostitutie.’¹¹⁰

De Hoge Raad volgt A-G Vellinga in zijn conclusie en overweegt in zijn arrest van 10 september 2013:

‘Mede gelet op deze wetsgeschiedenis moet art. 273f, eerste lid onder 3°, Sr aldus worden uitgelegd dat het oogmerk van de verdachte erop gericht moet zijn dat de betrokkene zich in een ander land dan waar deze is aangeworven, meegenomen of ontvoerd, beschikbaar stelt tot het verrichten van de in dat artikel bedoelde handelingen. Door het bestanddeel “in een ander land” te koppelen aan de gedraging “ertoe te brengen” heeft het Hof derhalve een te beperkte en dus onjuiste betekenis toegekend aan die in de tenlastelegging voorkomende termen die aldaar zijn gebezigd in dezelfde betekenis als daaraan toekomt in art. 273f, eerste lid onder 3°, Sr.’¹¹¹

Zowel de overwegingen van het hof, de A-G als die van de Hoge Raad spitsen zich toe op het onderdeel ‘ertoe te brengen’ en de koppeling daarvan met het bestanddeel van het ‘ander land’. Hoewel de uitleg van zowel A-G Vellinga als die van Hoge Raad leiden tot een uitkomst die in lijn is met de bedoelingen van de wetgever, was het voor een goed begrip van de gedraging in sub 3 eenvoudiger geweest het onderdeel ‘ertoe te brengen’ vooral vanuit zijn

110 Concl. A-G W.H. Vellinga, ECLI:NL:PHR:2013:598, bij HR 10 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:670, NJ 2015/443, m.nt. A.H. Klip.

111 HR 10 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:670, NJ 2015/443, r.o. 3.4.

afhankelijkheid van het oogmerkbestanddeel te bestuderen. Zoals we hierboven al kort opmerkten, is het voor het bewijs van deze gedraging niet vereist dat het *oogmerk* om een andere persoon in een ander land ertoe te brengen zich voor sekswerk beschikbaar te stellen, daadwerkelijk tot dat ertoe te brengen heeft geleid. Met andere woorden: het is geen constitutief vereiste dat het 'ertoe brengen' al heeft plaatsgehad. Alleen om die reden al zou niet van doorslaggevende betekenis mogen zijn dat de betrokkenen in de onderhavige zaak reeds zelf het voornemen hadden om in Nederland als sekswerker aan de slag te gaan en daarmee dus in feite al het 'ertoe brengen' heeft plaatsgehad. Belangrijker is dat het oogmerkbestanddeel – het oogmerk dus dat op het 'ertoe te brengen' is gericht – refereert aan een intentie aan de kant van de dader; het bewijs daarvan kan daarmee logisch gezien niet afhankelijk worden gesteld van de wil of de bedoelingen van een andere persoon dan de dader. Kort gezegd heeft het hof in de bovengenoemde zaak niet alleen een verkeerde uitleg aan het 'ertoe te brengen' gegeven, maar veeleer ook de formele aard van het delict, en het daarmee samenhangende oogmerkbestanddeel, miskend.

5.4.2.3 Kanttekeningen in de feitenrechtspraak

In dit boek is reeds het licht geworpen op de twijfels die op meer momenten zijn ontstaan over de reikwijdte van de gedraging die in sub 3 is opgenomen. Die waren tot dusver vooral afkomstig van enkele kritische Tweede Kamerleden, die het verbod in sub 3 in tegenspraak achtten met het uitgangspunt van het zelfbeschikkingsrecht. Ook in de feitenrechtspraak is in de loop van de jaren te zien geweest dat de rechter het toepassingsbereik van sub 3 heeft proberen te beperken. Een eerste aanwijzing daarvoor zagen we zonet al bij de behandeling van het arrest van het Hof Den Haag; hoewel het tot een vrij gekunstelde uitleg van de gedraging in sub 3 komt, is daarin wel ijver te lezen om het toepassingsbereik van dat sublid nader af te bakenen en dus de strafrechtelijke aansprakelijkstelling op grondslag van deze bepaling te beperken. Dat laat onverlet dat de tot dusver besproken arresten van de Hoge Raad de strekking van het sublid steeds intact hebben gelaten.

Voorals in de afgelopen jaren zijn feitelijke instanties gaan zoeken naar manieren om de brede reikwijdte van de gedraging in sublid 3 enigszins in te perken. In het navolgende worden beknopt enkele voorbeelden besproken. Dat wordt vooral gedaan om in te scherpen welke afwegingen de feitenrechter hierbij een rol laat spelen. Inzicht daarin is nodig om de problematiek rondom sub 3 goed te begrijpen en meer recente ontwikkelingen op het niveau van de Hoge Raad, die verderop nog worden besproken, op de juiste manier te kunnen plaatsen.

In een arrest van het Hof 's-Hertogenbosch uit 2012 staat niet ter discussie dat de verdachte een actieve rol heeft gespeeld bij het aanwerven van prostitu-

ees afkomstig uit Roemenië.¹¹² In beginsel lijken in deze zaak dan ook alle bestanddelen in sub 3 te zijn vervuld, ware het niet dat het hof tot een restrictieve uitleg van het bestanddeel 'ertoe te brengen' komt en de verdachte vrijspreekt:

'Mede op grond van de wetsgeschiedenis diende volgens de Hoge Raad onder "tot prostitutie brengen" in de zin van artikel 250ter (oud) Sr. mede te worden verstaan "iedere gedraging gericht tegen een persoon ertoe strekkende deze te belemmeren in zijn vrijheid met prostitutie op te houden ongeacht de omstandigheden of deze daarbij vrijwillig betrokken is geraakt dan wel reeds eerder bij prostitutie betrokken was (HR 6 juli 1999, NJ 1999, 701).

B.3.2.

Onder verwijzing naar hetgeen hiervoor [...] is opgemerkt, acht het hof dit criterium ook van toepassing bij de interpretatie van het bestanddeel "tot prostitutie brengen" in de zin van artikel 273f, lid 1, sub 3 Sr.

Het hof komt op grond van de stukken in het dossier tot de conclusie dat [A] en [B], zowel voorafgaande aan als gedurende de ten laste gelegde periode waarin door hen prostitutiewerkzaamheden zijn verricht, in volledige vrijheid hebben beslist tot het wel of niet verrichten van deze werkzaamheden. Naar het oordeel van het hof kan uit de feiten en omstandigheden in onderhavige zaak niet worden afgeleid dat verdachte en/of een ander gedurende genoemde periode enige gedraging heeft/hebben verricht die ertoe strekte [A] en/of [B] in deze vrijheid te belemmeren. Gelet op deze laatste constatering acht het hof niet bewezen dat verdachte alleen dan wel in nauwe en bewuste samenwerking met een ander [A] en [B] ertoe heeft gebracht zich beschikbaar te stellen voor de prostitutie.'

De uitleg van het hof leunt op een arrest van de Hoge Raad waarin hij in een nadere uitleg van het bestanddeel 'tot prostitutie brengen' voorziet.¹¹³ Wat bevreemding wekt, is dat deze passage in het arrest van de Hoge Raad betrekking heeft op de uitleg van een ander sublid, namelijk het 'tot prostitutie brengen', bedoeld in artikel 250a lid 1 sub 1 (oud) Sr, dat een bepaald andere (beperkttere) strekking had dan sublid 3. Ook de uitwerking is vervolgens merkwaardig: door de eis van vrijheidsbelemmering gedurende *daadwerkelijke prostitutiewerkzaamheden* te stellen, lijkt het hof het onderscheid tussen de gedraging in sub 3 en de gedraging in artikel 250a (oud) lid 1 sub 1 Sr, dat nu dus in sub 4 staat, op te heffen.¹¹⁴ Wat daaraan bovendien vreemd is, is dat de gedraging in sub 3 formeel omschreven is, terwijl het hof hier nu juist ervan lijkt uit te gaan dat eerst bepaalde prostitutiewerkzaamheden moeten zijn uitgevoerd vooraleer vervolgens kan worden getoetst of sprake was van omstandigheden waarin de verdachten de prostituees belemmerden

¹¹² Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY3792.

¹¹³ HR 6 juli 1999, ECLI:NL:HR:1999:AB9475, NJ 1999/701.

¹¹⁴ Daarin stond namelijk het daadwerkelijk beschikbaar stellen voor, kort gezegd, prostitutiewerkzaamheden centraal.

in hun vrijheid om met dat werk op te houden. Dat wijst veel meer in de richting van een materieel omschreven delict, waarin een gevolg (de situatie waarin sprake is van onvrijheid om met prostitutiewerkzaamheden op te houden) centraal staat. Daarmee wordt wel heel veel geweld aangedaan aan de klassieke strekking van de gedraging die in sublid 3 is neergelegd.

Ook in een ander arrest, ditmaal uit 2014, komt het Hof 's-Hertogenbosch tot een restrictieve uitleg van het 'ertoe te brengen'.¹¹⁵ Het feitencomplex in die zaak demonstreert de potentiële reikwijdte van sub 3: de rol van de verdachte bleef beperkt tot het enkele chauffeurs van een (volwassen) prostituee vanuit Duitsland naar, onder meer, Nederland, alwaar zij vervolgens steeds prostitutiewerkzaamheden heeft verricht. Het hof stelt vast dat de verdachte een beperkte vergoeding ontving. Uit de verklaring van de prostituee blijkt dat zij de diensten uit vrije wil aanbood en door niemand tot het verrichten daarvan werd gedwongen. Tevens blijkt niet dat zij op enig andere wijze in haar vrijheid van handelen werd beperkt. Het hof ziet zich voor de vraag gesteld of onder deze omstandigheden sprake kan zijn van een bewezenverklaring van sub 3. Na het uitgebreid aanhalen van de wetsgeschiedenis overweegt het hof:

'[...] dat met het bepaalde in artikel 273f, eerste lid, sub 3° van het Wetboek van Strafrecht wordt beoogd te voorkomen dat door enige handeling van een persoon (of organisatie), op welke wijze en op welk moment dan ook verricht, een ander (al dan niet kwetsbare) meerderjarige persoon in een situatie terechtkomt, waarin zijn of haar vrijheid door een derde wordt of kan worden beperkt. Degene die een prostituee naar een plaats vervoert om de prostitutie te bedrijven, waar zij zelf voor heeft gekozen, zou aan zo een vrijheidsbeperking een bijdrage kunnen leveren als die prostituee op de plaats van bestemming het risico loopt in haar vrijheid te worden beperkt.

[...]

Weliswaar dient "het ertoe brengen zich beschikbaar stellen tot het verrichten van seksuele handelingen" ruim te worden geïnterpreteerd, maar naar het oordeel van het hof moet voor een bewezenverklaring, zoals hierboven overwogen, te allen tijde sprake zijn van enige verwijtbare bijdrage aan een beknutting van de vrijheid van de prostituee.'

Ook in dit arrest lijkt het hof van sub 3 een meer materieel omschreven delict te maken. Het gaat niet langer om een van de drie handelingen die met een bepaald oogmerk wordt verricht, maar om 'enige handeling' waardoor een persoon in een situatie terechtkomt waarin zijn of haar vrijheid door een derde wordt of kan worden beperkt (een constitutief gevolg). Hier wordt aan sub 3 toch een bepaald andere strekking gegeven dan uit wet en wetsgeschiedenis kan worden afgeleid. Het is overigens opmerkelijk dat het hof aan de boven-

115 Hof 's-Hertogenbosch 17 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4705.

staande overwegingen vooral de wetsgeschiedenis ten grondslag laat liggen. Het gaat hier evenwel weer om een selectieve weergave daarvan, die vooral leunt op passages die van oudsher niet zagen op sublid 3, maar op het huidige sublid 4.

Tot slot kan nog een zaak worden genoemd die werd behandeld door de Rechtbank Limburg.¹¹⁶ Daarin lag ongeveer eenzelfde feitencomplex voor als in de zojuist besproken zaak uit 2014. De rechtbank overweegt:

‘Vast staat dat verdachte [slachtoffer 4] op haar verzoek enkel heeft vervoerd van Haps naar een seksclub in Duitsland. De rechtbank overweegt dat van het “brengen tot” toch een zekere actieve bijdrage vereist is die verder gaat dan enkel brengen of chauffeuken. Het enkel vervoeren, ook terwijl men zich ervan bewust is dat de betrokken persoon in de prostitutie zal gaan werken, is naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende om te komen tot een bewezenverklaring van het “oogmerk die ander ertoe te brengen”. De rechtbank acht dan ook niet bewezen hetgeen aan verdachte ten aanzien van [slachtoffer 4] is ten laste gelegd. Verdachte zal daarvan worden vrijgesproken.’

De uitspraak verbaast enigszins omdat de rechtbank in enkele overwegingen over de achtergrond van het wetsartikel nog vaststelt dat het ‘ertoe te brengen’ ‘slechts’ feitelijke betekenis heeft. In het vonnis echter wordt ook het criterium aangelegd dat het bewijs van het ‘brengen tot’ meer vergt dan het feitelijk brengen tot, zonder dat dit criterium – dat van ‘een zekere actieve bijdrage’ – overigens verder wordt uitgewerkt.

Uit de bespreking hierboven blijkt dat sub 3 in de feitenrechtspraak geen rustig bezit is geweest. In de gepasseerde uitspraken, die dienden ter illustratie, ligt heel duidelijk een wens besloten om tot een nadere afbakening van dit sublid te komen. In die nadere afbakening heeft de Hoge Raad voorzien in een arrest uit 2016. Daarbij wordt in het navolgende uitgebreid stilgestaan.

5.4.2.4 Het arrest van de Hoge Raad uit 2016

Uit de ontwikkelingen in de feitenrechtspraak blijkt dat de reikwijdte van de gedraging in sub 3 in de loop der jaren onder een vergrootglas was komen te liggen. Zoals bleek, is op meer manieren gezocht naar een methode om in dit sublid een soortement van eis van vrijheidsbeperking in te lezen, in weerwil van de wetgever overigens, die het subonderdeel bewust en op meer momenten in de wetsgeschiedenis in zijn kale vorm intact heeft gelaten.

De Hoge Raad heeft inmiddels, in 2016, een einde gemaakt aan de onzekerheid over de reikwijdte van sublid 3. Daarbij heeft hij een restrictieve interpretatie voorgestaan, waardoor het toepassingsbereik in sterke mate is beperkt.

116 Rb. Limburg 24 november 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:10078.

Voordat nader wordt ingegaan op de rechtspraak vanwege de Hoge Raad is het goed nog enkele overwegingen te wijden aan het belang van de discussie omtrent de reikwijdte van sublid 3. Deze problematiek zou zonder betekenis zijn als sub 3 weinig strafvorderlijke waarde zou hebben, een indruk die de wetgever in de parlementaire stukken over dit sublid nog regelmatig heeft gegeven. Een slapend bestaan heeft het sublid in de afgelopen jaren evenwel geenszins geleid. Zaken zoals die bij de bespreking van de feitenrechtspraak naar boven zijn gehaald vormen bepaald geen uitzonderingen. Ook zijn in het OM-beleid geen beletselen opgeworpen voor het vervolgen van juist dit sublid, al is in de 'Richtlijn voor strafvordering mensenhandel' wel opgenomen dat de standaard te eisen straffen voor dit sublid lager liggen dan bij andere mensenhandelmodaliteiten.¹¹⁷ Ook een ander strafprocesueel aspect mag niet onderbelicht blijven. Zo bood sub 3 jarenlang de primaire basis voor het vroegtijdig kunnen optreden door de Koninklijke Marechaussee (KMar). Sub 3 gaf, gelet op haar ruime toepassingsbereik, al snel de 'sleutel' tot het aanwenden van vergaande (bijzondere) opsporingsbevoegdheden, wat vooral in de grensgebieden niet zelden tot aanhoudingen leidde.¹¹⁸ Uit onderzoek blijkt bovendien dat sub 3 door de KMar dikwijls als 'opstapartikel' werd gebruikt voor het onderzoek naar andere modaliteiten van mensenhandel; onderzoeken 'startten' op sub 3, om vervolgens ook te bekijken of van 'zwaardere' mensenhandelvormen sprake zou zijn. Het is wellicht niet overdreven te stellen dat de strafvorderlijke betekenis van sub 3 de materieelstrafrechtelijke betekenis jarenlang heeft overtroffen, in die zin dat het sublid voor opsporingsdiensten van groter belang was vanuit het perspectief van strafvorderlijke mogelijkheden dan het belang van het verzekeren van de naleving van de in sub 3 uitgedrukte norm *an sich*.

Tegen deze achtergrond is het niet meer dan begrijpelijk dat een cassatieschriftuur volgde waarin de uitleg van sub 3 centraal stond. In de onderliggende zaak wordt de verdachte door het Hof Den Haag vrijgesproken van de ten laste gelegde subleden 1, 4, 6 en 9. Wel komt het tot een veroordeling voor sub 3. Het feit dat daaraan ten grondslag heeft gelegen is de bemoeienis van de verdachte bij het regelen van vliegtickets voor de betreffende dames, van Hongarije naar Nederland en *vice versa*. De verdachte deed dit in opdracht van een andere verdachte en betaalde met de creditcard van laatstgenoemde. Uit telefoongesprekken wordt duidelijk dat de verdachte op de hoogte was van het feit dat de vrouwen in de prostitutie zouden gaan werken.

Het hof komt, mede onder verwijzing naar het hierboven besproken arrest van de Hoge Raad uit 2013, tot een veroordeling. In cassatie richt het middel

117 Richtlijn voor strafvordering mensenhandel (2016R003), *Stcrt.* 2016, 14665.

118 De KMar nam dan ook een substantieel deel van de aanmeldingen van het aantal mogelijke slachtoffers bij CoMensha voor zijn rekening. Uit onderzoek van de Nationaal Rapporteur bleek dat het hierbij veelal ging om situaties die samenhangen met de mensenhandelmodaliteit in sublid 3. Nationaal Rapporteur 2015, p. 5.

zich primair tot de kwalificatie van het hof van het bewezenverklaarde als mensenhandel. De overwegingen van de Hoge Raad worden hier integraal overgenomen, omdat zij in het navolgende uitgebreid becommentarieerd worden.

‘De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de wet van 9 december 2004, Stb. 645, waarbij het – later tot art. 273f Sr vernummerde – art. 273a Sr is ingevoerd, houdt onder meer in:

“ALGEMEEN

1. Inleiding

Het onderhavige wetsvoorstel strekt tot uitvoering van aantal mondiale en regionale rechtsinstrumenten ter bestrijding van mensensmokkel, mensenhandel, uitbuiting van kinderen en kinderpornografie.

(...)

Mensenhandel is kort gezegd het dwingen – in ruime zin – van mensen om zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van (seksuele) diensten of om eigen organen beschikbaar te stellen.

(...)

Mensenhandel is (gericht op) uitbuiting. Bij de strafbaarstelling van mensenhandel staat het belang van het individu steeds voorop. Dat belang is het behoud van zijn of haar lichamelijke en geestelijke integriteit en persoonlijke vrijheid. De staat dient strafrechtelijke bescherming te bieden tegen aantasting van het recht op die integriteit en vrijheid.

(...)

ARTIKELSGEWIJZ

(...)

Het protocol en het kaderbesluit inzake de bestrijding van mensenhandel hebben betrekking op de bestrijding van mensenhandel met het oogmerk personen uit te buiten. Vanwege deze wijde en algemene strekking wordt voorgesteld om de ingevolge deze instrumenten strafbaar te stellen gedragingen te vatten in één nieuwe bepaling in titel XVIII van het Tweede Boek, gewijd aan misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid. Voorgesteld wordt om alle strafbaar te stellen gedragingen op te nemen in de nieuwe bepaling, en deze gedragingen (...) te kwalificeren als mensenhandel. Nu deze nieuwe bepaling ook mensenhandel, gericht op seksuele uitbuiting, omvat, heeft artikel 250a geen zelfstandige betekenis meer.

(...)

Het voorgestelde artikel 273a, eerste lid, ziet op mensenhandel in het algemeen, daaraan gerelateerde vormen van uitbuiting en het trekken van profijt daaruit.” (Kamerstukken II 2003/04, 29 291, nr. 3, p. 1, 2, 15, 17 en 18.)

2.4.1.

Mede gelet op de wetsgeschiedenis en in aanmerking genomen dat handelen in strijd met art. 273f, eerste lid aanhef en onder 3°, Sr wordt gekwalificeerd als ‘mensenhandel’ en wordt bedreigd met een gevangenisstraf van acht jaren, moet worden aangenomen dat de in het derde onderdeel omschreven gedragingen alleen strafbaar zijn als zij zijn begaan onder omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld (vgl. HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR: 2015:3309).

2.4.2.

Dit brengt mee dat die gedragingen eerst dan als 'mensenhandel' kunnen worden bestraft indien uit de bewijsvoering volgt dat voldaan is aan voormelde voorwaarde dat zij zijn begaan onder omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld. 'Uitbuiting' moet worden aangemerkt als een impliciet bestanddeel van art. 273f, eerste lid aanhef en onder 3°, Sr (vgl. HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR: 2016:556 ten aanzien van het vierde onderdeel van art. 273f, eerste lid, Sr).

2.4.3.

Uit de bewijsvoering van het Hof volgt niet dat bij de bewezenverklaarde gedraging sprake is van uitbuiting. Voor zover het middel daarover klaagt, is het terecht voorgesteld.¹¹⁹

De Hoge Raad brengt in zijn arrest een belangrijke beperking aan op het toepassingsbereik van sub 3. Niet langer is de gedraging die daarin is opgenomen strafbaar op grondslag van de tekst in de wettelijke delictsomschrijving alleen. Ook is vereist dat de gedraging is begaan onder omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld. Daaraan voegt de Hoge Raad nog toe dat 'uitbuiting' als een impliciet bestanddeel van sublid 3 moet worden aangemerkt. In het navolgende wordt bekeken hoe precies de rol van dit nieuw ingelezen bestanddeel zich kan laten denken.

Betekenis en plaats van het bestanddeel 'uitbuiting' in sublid 3

In deze paragraaf staat de vraag centraal welke betekenis aan het in sublid 3 ingelezen bestanddeel 'uitbuiting' moet worden gegeven. Een andere belangrijke vraag is waar precies dit bestanddeel zich in de tekst laat plaatsen. Want reeds de overwegingen van de Hoge Raad wekken de indruk dat dit bestanddeel zich niet zozeer 'ergens' in de tekst bevindt, maar zich veeleer als een bepaalde omstandigheid laat denken waaronder de in sublid 3 opgenomen bestanddelen plaatshadden. Na aandacht te hebben gehad voor deze vragen wordt gekeken naar de wijze waarop – door middel van welke interpretatiemethode(n) – de Hoge Raad tot zijn oordeel komt.

Een van de eerste vragen die opkomt bij lezing van het arrest van de Hoge Raad is welke betekenis aan de term 'uitbuiting' moet worden gegeven en wanneer sprake is van een veronderstelling daarvan. Ook de verhouding tussen beide is van belang. Is genoeg dat alleen een veronderstelling van uitbuiting wordt aangetoond of moet ook daadwerkelijk sprake zijn geweest van die uitbuiting? Wat onder een veronderstelling van uitbuiting moet worden begrepen, is een vraag die niet door de Hoge Raad wordt beantwoord. Van Kempen wijst er terecht op dat de formule van de 'veronderstelling van uitbuiting' erop lijkt te duiden dat van daadwerkelijke uitbuiting nog geen

119 HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:857, NJ 2016/314.

sprake hoeft te zijn geweest.¹²⁰ Daarmee in tegenspraak is echter weer, en dit wordt ook door Van Kempen opgemerkt, dat 'uitbuiting' expliciet door de Hoge Raad als bestanddeel van sublid 3 wordt genoemd. Wel degelijk zal dus van uitbuiting moeten kunnen worden gesproken wil de rechter tot een bewezenverklaring van deze mensenhandelmodaliteit komen.

De Hoge Raad laat zich er niet over uit welke betekenis precies aan het bestanddeel 'uitbuiting' moet worden gegeven. In hoofdstuk 4 is uitgebreid aandacht besteed aan dit tamelijk diffuse begrip, waarvan door de wetgever in de wetsgeschiedenis uiteenlopende betekenissen zijn gehanteerd. De zoektocht naar de betekenis van uitbuiting in dit arrest wordt evenwel vergemakkelijkt omdat de Hoge Raad dit bestanddeel een half jaar eerder ook in sublid 4 heeft ingelezen. Vanzelfsprekend wordt hierop nog uitgebreid teruggekomen als de bespreking van sublid 4 centraal staat. Voor nu is het van belang om te weten dat de Hoge Raad in zijn jurisprudentie ten aanzien van sublid 4 een nadere duiding heeft gegeven aan de betekenis van het inlezen van het uitbuittingsbestanddeel. Om de 'uitbuiting' vast te stellen, zo oordeelt de Hoge Raad in een van de standaardarresten over sub 4, kan aansluiting worden gezocht bij de criteria die hij eerder ter vaststelling van het 'oogmerk van uitbuiting' heeft aangereikt. Aldus overweegt de Hoge Raad:

'Gelet op het vorenoverwogene heeft het Hof met juistheid geoordeeld dat voor bewezenverklaring van een op art. 273f, eerste lid aanhef en onder 4°, Sr toegesneden tenlastelegging is vereist dat op grond van de omstandigheden van het geval uitbuiting komt vast te staan. Daarbij komt, gelet op hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen en beslist in zijn arrest van 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099, NJ 2010/598, onder meer betekenis toe aan de aard en duur van de tewerkstelling, de beperkingen die zij voor de betrokkene meebrengt en het economisch voordeel dat daarmee door de tewerksteller wordt behaald terwijl bij de weging van deze en andere relevante factoren de in de Nederlandse samenleving geldende maatstaven als referentiekader dienen te worden gehanteerd.'¹²¹

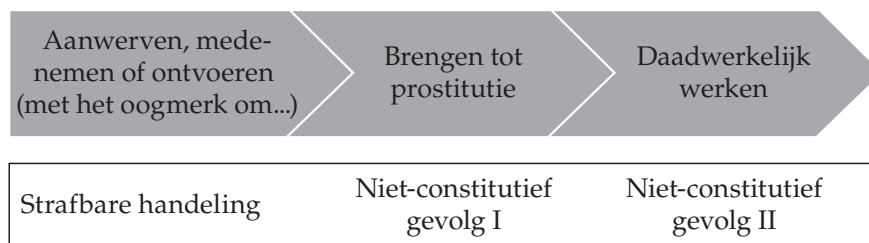
Nu de Hoge Raad het bestanddeel 'uitbuiting' ook in sublid 3 heeft ingelezen, ligt het voor de hand ook hier voor de beoordeling van dit bestanddeel gebruik te maken van de in het *Chinese horeca*-arrest neergelegde criteria.¹²² De vraag rijst dan wel meteen welke situatie dan precies op grond van die criteria moet worden getoetst. Nu de Hoge Raad over de beantwoording van deze vraag geen duidelijkheid verschaft, is het slechts mogelijk enkele opties te schetsen. Het is daarbij behulpzaam aansluiting te zoeken bij de structuur van het delict dat in sublid 3 is opgenomen. Dat kan worden opgedeeld in drie fasen. De eerste fase is die waarin de betrokkene wordt aangeworven, medegenomen

120 P.H.P.H.M.C. van Kempen, annotatie bij HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:554, NJ 2016/315.

121 HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:554, NJ 2016/315.

122 Daarnaast zal in het navolgende gemakshalve worden verwezen als *Chinese horeca*-criteria.

of ontvoerd. In deze fase – die van de strafbare handeling – speelt ook het oogmerk waarmee die handelingen worden verricht een rol. De tweede fase is die waarin de betrokkene daadwerkelijk tot prostitutie wordt gebracht. Dan hoeft er nog niet gewerkt te zijn, maar is wel al sprake geweest van een beschikbaar stellen daarvoor. In de derde fase zijn daadwerkelijk seksuele handelingen met of voor een derde tegen betaling verricht. De tweede en derde fase hebben gemeen, zoals uit de behandeling hierboven genoegzaam duidelijk is geworden, dat zij vanwege het formele karakter van de gedraging niet als constitutieve vereisten voor het bewijs gelden, maar als *delictsaccidentalia* moeten worden beschouwd.¹²³ Schematisch ziet het besprokene er als volgt uit:



In de eerste fase heeft het bestanddeel ‘uitbuiting’ betrekking op de fase waarin wordt aangeworven, medegenomen *et cetera*,¹²⁴ ofwel het *actus reus*-deel van sublid 3. Dit kan ook wel de overdrachtsfase worden genoemd.¹²⁵ De dader tracht hierin de betrokken persoon van het ene naar het andere land over te brengen. Passen we het bestanddeel uitbuiting op deze fase toe, dan luidt de kernvraag of het aanwerven, medenemen of ontvoeren geschiedde onder omstandigheden waarin gesproken kan worden van uitbuiting. Bij de vaststelling daarvan komt betekenis toe aan de eerdergenoemde criteria uit het *Chinese horeca*-arrest. Meteen valt dan op, zoals we ook al bij de bespreking van sublid 1 zagen, dat die criteria zich maar moeilijk tot formeel omschreven delicten verhouden omdat de Hoge Raad bij de totstandkoming ervan vooral oog lijkt te hebben gehad voor delicten met concrete gevolgen. Doen we een poging de *Chinese horeca*-criteria ‘mutatis mutandis’ toe te passen, dan lijkt vooral betekenis te kunnen worden gehecht aan de aard van de omstandigheden waaronder iemand wordt aangeworven. Temeer geldt dat indien die omstandigheden beperkingen met zich brengen voor het slachtoffer. Als voorbeeld kan worden genoemd het geval waarin de betrokkenen feitelijk geen

¹²³ De term kwam eerder in dit boek terug en is ontleend aan Van Hattum 1953, p. 161.

¹²⁴ Gemakshalve beperkt de bespreking zich hier tot de handelingen ‘aanwerven’ en ‘medenemen’. De handeling ‘ontvoeren’ blijft aldus buiten beschouwing.

¹²⁵ Vgl. ook Concl. A-G G. Knigge, ECLI:NL:PHR:2005:AU3425, bij HR 20 december 2005, NJ 2006/35.

keus wordt gelaten met het overbrengen naar een ander land in te stemmen. De situaties waarin iemand vrijelijk voor het werken in de prostitutie in Nederland kiest, vallen zo buiten de reikwijdte van de in sublid 3 opgenomen strafbaarstelling. Evenzo geldt dat de situaties waarin personen vanuit Nederland zelf ervoor kiezen in de prostitutie te werken in het buitenland en zij daarbij worden geholpen door anderen. Binnen de eerste fase kan er ook nog aan worden gedacht de eis van het inlezen van het uitbuitingsbestanddeel zo te interpreteren dat voor het bewijs van sublid 3 een 'oogmerk van uitbuiting' moet worden vastgesteld. In die benadering kan immers worden vastgehouden aan het formele karakter van de gedraging. Tegelijkertijd, en dit bezwaar lijkt ons tamelijk onoverkomelijk, valt dan niet meer in te zien welke de meerwaarde van de strafbaarstelling in sublid 3 is naast de gedraging die in sublid 1 is gecriminaliseerd, anders dan dat voor het bewijs van sublid 3 niet hoeft te komen vast te staan dat sprake was van het gebruik van enig dwangmiddel. Bovendien moet worden opgemerkt dat de wet in die situatie een ander oogmerkvereiste stelt – gericht op het tot prostitutie brengen in een ander land – dan het jurisprudentiële oogmerkvereiste. Het behoeft geen betoog dat dit geen aantrekkelijke oplossing is.

Het bestanddeel 'uitbuiting' kan ook betrekking hebben op de fase waarin iemand zich beschikbaar stelt voor het verrichten van seksuele handelingen met of voor een derde tegen betaling nadat daaraan een proces van aanwerven of medenemen is voorafgegaan. In deze situaties is het niet de overdrachtsfase waarin sprake is geweest van uitbuiting. De kernvraag luidt hier of het beschikbaar stellen gepaard ging met omstandigheden die als uitbuiting kunnen worden gekenschetst. In dit verband valt bijvoorbeeld te denken aan situaties waarin iemand vrijelijk naar Nederland reist, maar – eenmaal hier – alsnog wordt gedwongen om in de prostitutie te werken. Die dwang constitueert hier dan dus de beperkingen die onder deze omstandigheden worden opgeworpen voor het slachtoffer. Het verdient nogmaals opgemerkt te worden dat het hier gaat om een fase die geen deel uitmaakt van het eigenlijke delict: het daadwerkelijk iemand tot prostitutie brengen, behoeft voor de voltooiing van de gedraging geen bewijs. Ook moet de vraag worden gesteld of de gedraging in sublid 3 niet veeleer het karakter krijgt van het delict dat in sublid 4 is opgenomen, zeker nu ook daarin het bestanddeel 'uitbuiting' is ingelezen.

De derde fase ten slotte ziet op de fase waarin iemand daadwerkelijk seksuele handelingen heeft verricht. In deze situaties luidt dus de kernvraag of het verrichten van die seksuele handelingen geschiedde onder omstandigheden die als uitbuiting kunnen worden aangeduid. Daarbij ligt het voor de hand dat elk van de genoemde *Chinese horeca*-criteria een rol kan spelen. Het economisch voordeel dat door de verdachte wordt behaald is hier bijvoorbeeld een relevante factor omdat er al daadwerkelijk werkzaamheden zijn uitgevoerd en er dus vermoedelijk geld is verdiend. Uit de omstandigheden waaronder is gewerkt, kan bovendien worden afgeleid in hoeverre de aard of de duur van de werkzaamheden of de beperking die de tewerkstelling meebracht voor

het slachtoffer uitbuiting oplevert. Hiervan was sprake in een arrest uit 2017, waarin de Hoge Raad zijn hierboven opgenomen overweging heeft herhaald.¹²⁶ In zijn conclusie voor dit arrest stelt Vegter:

‘Ondanks dat deze “arbeidsvoorwaarden” zich pas realiseerden nadat het slachtoffer zich in Groningen begon te prostitueren, kunnen zij het oordeel dragen dat het aanwerven en meenemen reeds is begaan onder omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld. De verdachte spiegelde het slachtoffer weliswaar een rooskleurig beeld voor en regelde oppas voor haar kind, maar (vrijwel) onmiddellijk na de aanvang van haar werkzaamheden was er sprake van uitbuiting. Dat verdachte eerder iets anders voor ogen heeft gehad blijkt uit niets.’¹²⁷

Bezien we de drie fasen die hierboven zijn onderscheiden, dan komt het eigenlijk uitsluitend legitiem voor de *Chinese horeca*-criteria een rol te laten spelen bij de beoordeling van de omstandigheden waaronder het in sublid 3 strafbaar gestelde *handelen* geschiedde. Deze benadering sluit het beste aan bij de eigen, formele aard van de gedraging. Niet valt in te zien welke meerwaarde dit delict naast de gedragingen in subleden 1 en 4 nog heeft indien het uitbuitingsbestanddeel ook in andere (mogelijke, niet-constitutieve) delictsfasen een rol krijgt toebedeeld. Hetzelfde geldt indien het inlezen van het uitbuitingsbestanddeel vorm krijgt als het inlezen van het ‘oogmerk van uitbuiting’. Als gezegd zou zo’n benadering in feite twee oogmerkvereisten opwerpen, wat een verre van ideale en niet-logische situatie is.

Naast de opdeling in fasen kan ook nog anders tegen het inlezen van het uitbuitingsbestanddeel worden aangekeken. Deze optie neemt niet zozeer één fase tot uitgangspunt, maar gaat er veeleer van uit dat het geheel van bewezen-verklaarde feiten tot de conclusie moet kunnen leiden dat sprake is van uitbuiting. In feite wordt in zulke situaties geabstraheerd van het niveau van de bestanddelen. Daarvoor in de plaats wordt een benadering gesteld waarin het geheel van feiten tot uitgangspunt wordt genomen, en waarbij vervolgens de vraag centraal staat of dit feitencomplex het oordeel kan schragen dat sprake was van uitbuiting. Uitbuiting wordt zo gezien als een delictskwalificatie gehanteerd.¹²⁸ Het is overigens opvallend dat in de overwegingen van de Hoge Raad ook daadwerkelijk zo’n benadering zou kunnen worden gelezen indien hij overweegt dat de in sublid 3 opgenomen gedragingen

‘[...] eerst dan als “mensenhandel” kunnen worden bestraft indien uit de bewijsvoering volgt dat voldaan is aan voormelde voorwaarde dat zij zijn begaan onder omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld’.

126 HR 16 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:884.

127 Concl. A-G P.C. Vegter, ECLI:NL:PHR:2017:338, bij HR 16 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:884.

128 Vgl. bijvoorbeeld de wijze waarop de delictskwalificatie ‘witwassen’ van betekenis is geweest voor de afbakening van het witwasdelict. Zie daarover nader Borgers, *DD* 2013/33.

Het lijkt erop alsof de Hoge Raad hier dus de kwalificatie ‘mensenhandel’ heeft willen reserveren voor die situaties waarin sprake is van ‘uitbuiting’. In feite fungeert de ‘veronderstelling van uitbuiting’ hier dus niet als bestanddeel, maar als vereiste om te voldoen aan de kwalificatie mensenhandel. Doorredenerend zou in de gevallen waarin geen sprake is van een veronderstelling van uitbuiting dus sprake moeten zijn van ontslag van alle rechtsvervolging in verband met de niet-kwalificeerbaarheid van het feit en dienen-gevolge niet van vrijspraak. Dat de Hoge Raad ‘uitbuiting’ nadrukkelijk als impliciet bestanddeel neerzet, maakt het evenwel lastig om dit vereiste daadwerkelijk als kwalificatie-uitsluitingsgrond te benaderen.

De wijze waarop de Hoge Raad tot het inlezen van het bestanddeel ‘uitbuiting’ komt

De Hoge Raad doet in zijn arrest zowel een beroep op de wetshistorische als wetssystematische interpretatiemethode. Met betrekking tot de selectie van de wetshistorie valt op dat uitsluitend passages worden aangehaald uit de memorie van toelichting bij artikel 273a (oud) Sr. Meer op sublid 3 toegesneden onderdelen uit de wetsgeschiedenis laat de Hoge Raad buiten beschouwing. Voorts geldt voor elk van de door de Hoge Raad geciteerde passages dat zij betrekking hebben op de strafbaarstelling van mensenhandel in het algemeen.¹²⁹ De afwezigheid van uitspraken die de wetgever specifiek aan de gedraging in sublid 3 heeft gewijd valt op, temeer daar hij op meer momenten in het verleden zich daarover heeft uitgelaten. Dit verbaast des te meer omdat de wetgever deze gedraging expliciet in zijn kale vorm heeft willen laten bestaan, ondanks het gegeven dat hij op meer momenten de kans had de bepaling te schrappen of de reikwijdte ervan in te perken. Juist omdat hij de reikwijdte van sublid 3 in belangrijke mate beperkt, had het vanuit constitutioneel oogpunt voor de hand gelegen als de Hoge Raad meer aansluiting had gezocht bij de specifiek op sublid 3 toegesneden wetshistorie. Anders dan de Hoge Raad oordeelt, en bijvoorbeeld ook A-G Machielse meent, kan daarin nu juist geen aanwijzing worden gevonden voor het inlezen van een bestanddeel ‘uitbuiting’. Weliswaar noemt de wetgever op enig moment dat ook sublid 3 ziet op de bestrijding van seksuele uitbuiting, dat lijkt vooral het

129 Zo’n benadering verkiest ook A-G Machielse, die uit de algemene strekking van artikel 273f Sr afleidt dat ook voor het bewijs van de gedraging in sublid 3 geldt dat sprake moet zijn geweest van uitbuiting: ‘In het derde onderdeel van het eerste lid van artikel 273f Sr is de inhoud van artikel 250a, eerste lid, onderdeel 2 (oud) Sr neergelegd. Artikel 250a Sr beoogde alle vormen van uitbuiting voor prostitutie en andere vormen van seksuele uitbuiting strafbaar te stellen. Die strekking heeft thans ook het derde onderdeel van het eerste lid van artikel 273f Sr. Het is een van de onderdelen van artikel 273f Sr dat is gericht op de op seksuele uitbuiting gerichte mensenhandel. Voor een veroordeling voor mensenhandel moet vaststaan dat er zowel sprake is van uitbuiting als van (voorwaardelijk) opzet op de tenlastegelegde deelneming daaraan.’ Concl. A-G A.J. Machielse, ECLI:NL:PHR:2015:2631, bij HR 17 mei 2016, NJ 2016/314.

gevolg van het inconsistente gebruik van termen waarvan op meer momenten in de wetsgeschiedenis sprake is. Wordt de focus gelegd op passages waarin de wetgever specifiek op de inhoud en strekking van sublid 3 ingaat, dan blijkt bij herhaling dat hij dit sublid inderdaad in zijn kale vorm heeft willen laten bestaan, niet in de laatste plaats ook omdat het strafbaar stellen van deze gedraging voortvloeit uit een verplichting die in het Verdrag van Genève is opgenomen.

Naast de wetshistorische worden ook wetssystematische argumenten aan het inlezen van het uitbuitingsbestanddeel ten gronde gelegd. Zo ligt de kwalificatie mensenhandel mede ten grondslag aan het oordeel dat de gedraging in sublid 3 slechts dan strafbaar is als deze is begaan onder omstandigheden waarin uitbuiting kan worden verondersteld. De Hoge Raad legt aldus een direct verband tussen mensenhandel enerzijds en uitbuiting anderzijds: omdat een gedraging als mensenhandel is gekwalificeerd ligt het inlezen van een uitbuitingsbestanddeel daarin voor de hand.

Zoals uit hoofdstuk 4 kan worden opgemaakt, blijkt uit de memorie van toelichting bij artikel 273a (oud) Sr dat mensenhandel uitbuiting *is* of, in elk geval, daarop *is gericht*. Problematisch is evenwel dat de wetgever van de term uitbuiting meer betekenissen heeft onderscheiden.¹³⁰ Zo gebruikt hij die term in de eerste plaats ter loutere omschrijving van de gedraging die in sub 4 is opgenomen (de enge descriptieve betekenis). Het lijkt ook deze betekenis te zijn die de wetgever op het oog heeft als hij overweegt dat mensenhandel de uitbuiting zelf *is* (even later zegt de wetgever ook dat de gedraging in sub 4 primair het oog heeft op de uitbuiting). De wetgever heeft hier dus een bepaald ander uitbuitingsbegrip voor ogen dan de Hoge Raad, en dat kan ook niet anders omdat het uitbuitingsbegrip van de Hoge Raad pas in zijn eigen rechtspraak vanaf 2009 tot wasdom is gekomen. Een ander argument tegen het gebruiken van de kwalificatie mensenhandel voor het inlezen van het uitbuitingsbestanddeel is dat deze lijn dan vanuit systematische optiek ook moet worden doorgetrokken naar de andere gedragingen in lid 1. Daarop heeft ook Van Kempen gewezen.¹³¹ Anders dan hij, zien wij niet in waarom het uitbuitingsbestanddeel voor alle gedragingen in het eerste lid een zo preponderante rol zou moeten spelen. Was het de wetgever daarom gegaan bij strafbaarstelling van mensenhandel, dan zou dit uitbuitingsbegrip toch wel een veel prominentere plek hebben gekregen in de delictsomschrijvingen van de verschillende subgedragingen in dat eerste lid? Of anders toch in de memorie van toelichting? Tegelijk geldt voor sommige gedragingen die daarin zijn opgenomen – het gaat dan om de subleden 6, 8 en 9 – dat hun inwerkingtreding in het verleden juist reden was voor het laten wegvallen van de kwalificatie mensenhandel. Het gaat dan wel ver om voor de strekking van deze gedragingen juist die kwalificatie tot uitgangspunt te nemen en daaraan dan

¹³⁰ Zie daarover paragraaf 4.2.2.

¹³¹ Van Kempen, *DD* 2017/39, p. 401-402.

ook nog de gevolgtrekking te verbinden dat daarin een bestanddeel moet worden ingelezen dat in belangrijke mate de strafrechtelijke aansprakelijkheid beperkt. Tegen deze benadering kan ook nog het argument worden ingebracht dat de in artikel 273f, eerste lid, Sr opgenomen gedragingen toch vooral vanwege praktische argumenten bij elkaar zijn blijven staan. Juist deze achtergrond, en de uiteenlopende aard van deze gedragingen, maakt mijns inziens dat met het doorslaggevend laten zijn van algemene noemers als ‘mensenhandel’ of ‘uitbuiting’ terughoudend moet worden omgegaan. Dat doet overigens dan weer niet af aan de wens die uit het arrest spreekt om enige eenheid in artikel 273f lid 1 Sr aan te brengen. De punten hierboven kritiseren die wens *an sich* niet, maar wel de wijze waarop de Hoge Raad in dit arrest tracht die wens te bereiken. De kritiek raakt ook bepaald aan de vraag naar de constitutionele verhoudingen tussen wetgever en rechter. Welke ruimte is er voor de rechter om eigenhandig systematische orde in een wetsartikel te scheppen als daarvoor weinig overtuigende argumenten voorhanden zijn?

5.4.3 Resumé

De gedraging die in artikel 273f lid 1 sublid 3 Sr is strafbaar gesteld vormde de afgelopen jaren bepaald geen rustig bezit. Waar de strafwetgever deze gedraging een ruime strekking heeft meegegeven, en bij herhaling heeft aangegeven deze strekking intact te willen laten, heeft de Hoge Raad de reikwijdte in belangrijke mate beperkt in een standaardarrest uit 2016. In daaropvolgende arresten heeft de Hoge Raad zijn oordeel herhaald.¹³² Bij de afbakening van sublid 3 maakt de Hoge Raad gebruik van de techniek van het inlezen van een extra bestanddeel, het bestanddeel ‘uitbuiting’, een uitkomst die de Hoge Raad heeft bereikt met behulp van een wetshistorische en wetssystematische methode. Daarbij valt op dat ons hoogste rechtscollege vooral gebruik heeft gemaakt van meer algemeen getinte passages uit de wetsgeschiedenis, meer in het bijzonder uit de memorie van toelichting van artikel 273a (oud) Sr. Geen aandacht is er in de betreffende arresten voor enkele kernpassages uit de wetsgeschiedenis die specifiek op de aard en strekking van de sublid 3 opgenomen gedraging het oog hebben. De vraag rijst daardoor of de Hoge Raad niet al te zeer in strijd met de opvattingen van de wetgever heeft geoordeeld en of het arrest, bezien vanuit het perspectief van de verhoudingen tussen de staatsmachten, wenselijk is.

Dat doet niet af aan het feit dat de arresten van de Hoge Raad onmiskenbaar een uiting zijn van een behoefte de gedraging in sublid 3 meer in lijn te brengen met de andere gedragingen die in het eerste lid van artikel 273f Sr zijn strafbaar gesteld. Het bestanddeel ‘uitbuiting’, dat door de Hoge Raad

¹³² Onder meer in HR 20 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2909, NJ 2017/16 en HR 16 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:884.

dus wordt 'ingelesen', fungeert zo gezien als een scharnierpunt tussen deze gedraging enerzijds en met name de subleden 1 en 4 anderzijds. Overigens wordt uit het inlezen van het bestanddeel 'uitbuiting' niet duidelijk hoe precies dit bestanddeel in een bewezenverklaring van de sub 3-gedraging een rol dient te spelen; de overwegingen van de Hoge Raad bieden ten aanzien van deze vraag weinig handvatten. Zo kan het bestanddeel op meer plekken binnen het feitencomplex dat aan sublid 3 ten grondslag ligt, worden geplaatst. In dit kader werd in deze paragraaf gesproken van de plaatsing van het uitbuitingsbestanddeel in verschillende fasen van het delict; in de ene speelt de vraag of sprake is geweest van uitbuiting reeds bij het strafrechtelijk relevant handelen, terwijl in andere fasen die vraag ziet op het vervolg op dat handelen, te weten de fases waarin een prostituee zich beschikbaar stelt voor het verrichten van seksuele handelingen of deze daadwerkelijk verricht. Afhankelijk van de gekozen benadering veranderen de aard en het type van de gedraging in sublid 3. Als het bestanddeel 'uitbuiting' in de fase van het handelen een rol speelt, behoudt de gedraging haar formele karakter. Wordt 'uitbuiting' gezien als een bestanddeel dat meer op het niveau van de gevolgen van dat handelen moet worden gedacht, dan verkrijgt sublid 3 een meer materieel karakter. Dan staan immers bij het bewijs niet langer de handelingen centraal, maar de gevolgen van die handelingen.

5.5 ARTIKEL 273F LID 1 SUB 4 SR

5.5.1 Dogmatische afbakening van de gedraging in sublid 4

Zoals al is opgemerkt, is de gedraging in sublid 4 een bewerking van de gedraging die eerder in artikel 250ter, eerste lid, sub 1 (oud) en artikel 250a, eerste lid, sub 1 (oud) Sr heeft gestaan. Daarin zag de bepaling louter nog op één soort voor de verdachte te verrichten dienst, namelijk het verrichten van seksuele handelingen met of voor een derde tegen betaling. Voor een goed begrip van de historische ontwikkeling van deze gedraging is het hier nodig zowel de huidige wettekst op te nemen als de tekst van de bepaling zoals die luidde voor de omvorming van het artikel tot het huidige sublid 4. Artikel 250a, eerste lid, sub 1 (oud) Sr stelde tot 1 januari 2005 strafbaar:

'Degene die een ander door geweld of een andere feitelijkheid of door bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid dwingt dan wel door misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of door misleiding beweegt zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met of voor een derde tegen betaling, dan wel onder voornoemde omstandigheden enige handeling onderneemt waarvan hij of zij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander zich daardoor tot het verrichten van die handelingen beschikbaar stelt.'

Sublid 4 is onder invloed van het VN Palermo Protocol verbreed en is, als onderdeel van artikel 273a (oud) Sr, ook gaan zien op arbeid of diensten *buiten* de seksindustrie evenals de beschikbaarstelling van organen. De verbreding had dus een aanzienlijke verruiming van de strafrechtelijke aansprakelijkstelling op grondslag van deze bepaling tot gevolg. De strafbepaling luidt heden ten dage:

‘Degene die een ander met een van de onder 1° genoemde middelen dwingt of beweegt zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van arbeid of diensten of zijn organen beschikbaar te stellen dan wel onder de onder 1° genoemde omstandigheden enige handeling onderneemt waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander zich daardoor beschikbaar stelt tot het verrichten van arbeid of diensten of zijn organen beschikbaar stelt.’

In de ‘voorganger’ van sublid 4 waren de dwangmiddelen nog in de tekst van de bepaling zelf vindbaar, maar in de nieuwe tekst is ervoor gekozen die dwangmiddelen naar sublid 1 te verplaatsen en daarnaar te verwijzen. Waar in sublid 1 de dwangmiddelen zijn verbonden met de handelingen, geldt in sublid 4 dat de dwangmiddelen zijn gekoppeld aan het dwingen dan wel bewegen van de ander om zich voor arbeid of diensten beschikbaar te stellen.¹³³ Met andere woorden moet gezegd kunnen worden dat het beschikbaar stellen door de betrokkenen het gevolg is van het aanwenden van een dwangmiddel door de dader. Tussen het aanwenden van het dwangmiddel en het zich beschikbaar stellen door het slachtoffer dient aldus een oorzakelijk verband te bestaan.¹³⁴

Sub 4 valt uiteen in twee delen. In hoofdstuk 3 zijn we te weten gekomen dat deze tweedeling zijn oorsprong kent in artikel 250ter (oud) Sr. Het tweede deel van subonderdeel 4 ziet op de persoon die enige handeling verricht waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat een ander zich voor arbeid of diensten beschikbaar stelt. De begeleidende omstandigheid die daarbij wordt vereist, is de aanwezigheid van een dwangmiddel. Dat hoeft in het tweede deel niet door de verdachte zelf te zijn gecreëerd dan wel aangewend. Wel wordt opzet op het dwangmiddel vereist, waarnaar in het tweede deel van sublid 4 wordt verwezen als de ‘onder sublid 1 genoemde omstandigheden’. Aangezien dit tweede deel juist in het leven is geroepen voor het vestigen van aansprakelijkheid van degene die het dwangmiddel niet zelf ‘hanteert’, lijkt ook hier weer het ‘wetende dat’ de meest geschikte en meest in het delictstype passende opzetvorm. Het strafrechtelijk verwijt luidt dan

¹³³ De gedwongen orgaanverwijdering wordt hier niet behandeld.

¹³⁴ Tegelijkertijd geldt dat het aanwenden van een dwangmiddel niet de doorslaggevende reden hoeft te zijn voor het handelen van het slachtoffer, zie HR 24 november 2015, ECLI: NL:HR:2015, NJ 2016/31, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen. Het arrest wordt in het navolgende nog uitgebreid besproken.

dat de verdachte – ondanks zijn wetenschap omtrent het bestaan van de ‘omstandigheid’ van een dwangmiddel – tóch ‘enige handeling’ verrichtte.¹³⁵

In het tweede deel zijn zowel een *dolus*- als *culpa*-variant opgenomen. Deze schuldvormen zien evenwel *niet* op de dwangmiddelen, maar op het gevolg dat door de handeling wordt veroorzaakt.¹³⁶ In de wetsgeschiedenis van artikel 250ter (oud) Sr heeft de minister dit met klem benadrukt: opnemings van een *culpa*-variant verlaagt de bewijsbaarheidsgrens, maar kan niet zonder meer tot de conclusie leiden dat hier sprake is van een in ernst minder zwaar strafrechtelijk verwijt.¹³⁷ Dat de minister geen principieel onderscheid heeft willen aanbrengen tussen het eerste en tweede deel van sublid 4 blijkt uit het feit dat ook in het tweede deel opzet op de dwangmiddelen is vereist. In het handelen met de wetenschap (opzet) van het bestaan van die dwangmiddelen ligt uiteindelijk de kern van het de verdachte verweten gedrag besloten. Nog eens extra komt dit naar voren doordat in het tweede deel van sublid 4 het strikt genomen geen vereiste is dat een slachtoffer zich daadwerkelijk heeft beschikbaar gesteld: genoeg is dat de verdachte wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat zijn handelen tot dat beschikbaar stellen leidt.

Gemakshalve spitst de bespreking die volgt zich toe op het eerste deel van de in sublid 4 opgenomen gedraging; het tweede deel van sub 4 wordt vanaf hier dan ook met rust gelaten. In het eerste deel van sublid 4 is zakelijk weergegeven strafbaar gesteld: degene die door een dwangmiddel iemand dwingt dan wel beweegt zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van arbeid of diensten. Ten aanzien van dit eerste deel valt het gebruik van twee werkwoorden op, namelijk ‘dwingen’ en ‘bewegen’. Het onderscheid tussen de werkwoorden ‘dwingen’ en ‘bewegen’ vindt, zoals in hoofdstuk 3 al te zien is geweest, zijn oorsprong in het onderscheid dat de wetgever bij de totstandkoming van artikel 250ter (oud) Sr heeft aangehouden tussen de misbruikdwangmiddelen en de overige dwangmiddelen. Hoewel niet geheel duidelijk is hoe de wetgever precies de verhouding tussen beide vormen van dwangmiddelen heeft gedacht, lijkt met de term ‘beweegt’ te worden uitgedrukt dat het bij de misbruikbestanddelen gaat om meer indirecte vormen van ‘dwang’.¹³⁸

Waar we bij de bespreking van de voorgaande subleden steeds te maken hadden met formeel omschreven delicten, is de gedraging in sub 4 materieel omschreven. Centraal staat namelijk een handeling met een bepaald, voor de constitutie van het delict vereist, gevolg. De handeling kan hier worden omschreven als het *met een dwangmiddel iemand dwingen dan wel bewegen*.¹³⁹ Het

135 Het onderscheid tussen het eerste en tweede deel is, zoals we hier al zien, wat op de achtergrond geraakt door de specifieke uitleg die de Hoge Raad aan het vereiste opzet dat voor het bewijs van de misbruikbestanddelen wordt gevegd, heeft gegeven.

136 Zie daarover ook paragraaf 3.3.3.2.

137 Alink & Wiarda 2010, p. 225.

138 Zie daarover paragraaf 3.3.3.1.

139 Alink & Wiarda 2010, p. 224.

gevolg van die handeling is het beschikbaar stellen van het slachtoffer voor, zakelijk gezegd, arbeid- of dienstverlening. Die arbeid of diensten behoeven dus nog niet daadwerkelijk te hebben plaatsgevonden. Genoeg is dat het slachtoffer zich daarvoor beschikbaar stelt.

De kern van het onrecht dat door de gedraging in sublid 4 wordt aangericht ligt besloten in het aanwenden van een dwangmiddel: daardoor wordt iemand onvrijwillig tot werk aangezet dat hij of zij niet wil doen. Ook hier geldt weer dat de wetgever van een breed dwangconcept is uitgegaan. Met de voorgangers van sublid 4, in artikel 250ter (oud) Sr en artikel 250a (oud) Sr, poogde de wetgever nu eenmaal een brede strafrechtelijke bescherming te bieden aan prostituees. Kern van de gedraging lag dan ook in het verbieden van enige vorm van dwang bij de tewerkstelling rondom sekswerk, waarbij tot op zekere hoogte zelfs geabstraheerd zou kunnen worden van de wilsinstemming van de betrokken prostituee. Zoals Machielse het kernachtig heeft verwoord:

‘Uitgangspunt van het Nederlandse beleid ter zake van exploitatie van prostitutie is dat met strafrechtelijke middelen moet worden opgetreden tegen vormen van exploitatie waarbij enigerlei dwang of misleiding wordt gebruikt of waarbij misbruik wordt gemaakt van een afhankelijke situatie van de vrouw.’ [...] ‘Exploitatie van prostitutie die gepaard gaat met een uitbuitingssituatie, dient daarentegen krachtig te worden bestreden. Niet de strafrechtelijke bevordering van de zedelijkheid [...] is steeds doelstelling van de Nederlandse strafrechtspolitiek geweest, maar de bescherming van hen die onvrijwillig tot prostitutie komen, waarbij de term “onvrijwillig” ruim wordt opgevat.’¹⁴⁰

De redactie van de bepaling in sub 4 heeft volgens de wetgever, zoals in paragraaf 4.2 al werd genoemd, ‘primair het oog op de uitbuiting’.¹⁴¹ ‘Uitbuiting’ is niet een bestanddeel in sub 4, maar kennelijk dus wel de benaming die door de wetgever aan deze gedraging is gegeven, *ergo*: het vervuld zijn van de bestanddelen in sub 4 levert ‘automatisch’ ook de uitbuiting op.¹⁴² In hoofdstuk 4 werd in dit verband gesproken over het gebruik van de term ‘uitbuiting’ in descriptieve zin, meer in het bijzonder de enge-descriptieve zin.¹⁴³ Nog preciezer: het door een dwangmiddel iemand dwingen dan wel bewegen om zich beschikbaar te stellen voor het verrichten van arbeid of diensten *is* de uitbuiting.

Reeds rondom de inwerkingtreding van artikel 273a, eerste lid, sublid 4, (oud) Sr werden vragen gesteld over de reikwijdte van dit verbrede delict.

140 Vgl. Machielse, in: NLR, artikel 273f Sr, aant. 1 (online).

141 *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 3, p. 18.

142 Vgl. Esser & Dettmeijer-Vermeulen, *DD* 2014/48, p. 519; Esser & Dettmeijer-Vermeulen, *Trema* 2015, p. 263-264.

143 Zie over de verschillende manieren waarop de wetgever de term ‘uitbuiting’ gebruikt: paragraaf 4.2.2.

De gedachte daarbij is dat in situaties waarin personen door een dwangmiddel tot sekswerk worden gedwongen de inbreuk op de lichamelijke en geestelijke integriteit per definitie is gegeven, maar dat dit niet *per se* het geval is in situaties waarin het gaat om arbeid of diensten buiten de seksindustrie. Korvinus, Koster en De Jonge van Ellemeet merken in een artikel uit 2006 op:

‘De bewoordingen in diverse subonderdelen van art. 273a lid 1 Sr geven [...] een in potentie groot bereik aan het mensenhandelartikel. Daardoor zijn er puur taalkundig gezien handelingen van diverse gradaties van ernst onder te brengen. Vooral de subonderdelen 4 en 6 rekken het begrip op. Zo zou er volgens lid 1 sub 4 al sprake van mensenhandel kunnen zijn wanneer iemand door middel van bijvoorbeeld “misleiding” een ander “beweegt” zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van arbeid of diensten.’¹⁴⁴

Voorts merkt Machielse op:

‘Ook degene die een ander door fraude en misleiding ertoe brengt asperges te gaan steken of huishoudelijk werk te verrichten is strafbaar aan mensenhandel. Dit gaat wel erg ver. Te denken is bijvoorbeeld aan eetpiraten die door misleiding horecapersoneel ertoe brengen zich beschikbaar te stellen voor het verrichten van diensten aan de eetpiraat.’¹⁴⁵

Met Dettmeijer-Vermeulen heeft auteur dezes enkele publicaties gewijd aan de potentieel ruime reikwijdte van het delict dat in sub 4 is opgenomen.¹⁴⁶ De aanleiding daarvoor werd gevormd door de onzekerheid die in (opnieuw) de feitenrechtspraak was ontstaan over het toepassingsbereik van dit sublid. In het navolgende wordt een beknopt overzicht gegeven van de problematiek die zich in die feitenrechtspraak voordeed. Daarna wordt overgegaan tot een bespreking van de relevante rechtspraak van de Hoge Raad.

5.5.2 Uitleg van (onderdelen van) sub 4 in de rechtspraak van de Hoge Raad

Net als bij sub 3 het geval is, is in de feitenrechtspraak naar verloop van tijd discussie ontstaan over de reikwijdte van de delictsomschrijving in sub 4. Daaraan ten grondslag ligt primair de ruime redactie van deze gedraging. Tot het moment van de verbreding van deze gedraging in 2005 leverde die geen problemen op: als vanzelf leidde het vervuld zijn van de delictsbestanddelen tot gedragingen waarvoor de wetgever ook daadwerkelijk de strafbaarstelling wilde inzetten. Anders werd dat toen sub 4 ‘sectorneutraal’ werd, i.e. ook ging zien op arbeid of diensten *buiten* de seksindustrie. De aard van het werk

144 Korvinus, Koster & De Jonge van Ellemeet, *Trema* 2006, afl. 6, p. 287.

145 Machielse, in: NLR, artikel 273f Sr, aant. 6 (online).

146 Esser & Dettmeijer-Vermeulen, *DD* 2014/48; Esser & Dettmeijer-Vermeulen, *Trema* 2015.

lijkt een doorslaggevende factor te zijn geweest voor de discussie die is ontstaan. Niet elke situatie waarin werk door een dwangmiddel wordt 'afgedwongen', levert kennelijk een omstandigheid op die voor subsumptie onder sub 4 in aanmerking komt, althans zo werd door sommigen beweerd. Op de achtergrond speelde daarbij ook een rol dat in deze zaken eerder sprake leek van andere, wellicht beter op het feitencomplex van de zaak passende delicten, zoals dwang (artikel 284 Sr) of oplichting (artikel 326 Sr).

5.5.2.1 Een extensieve en restrictieve benadering

In de feitenrechtspraak zijn ten aanzien van sub 4 lange tijd twee benaderingen te zien geweest. Onderscheid kan worden gemaakt tussen een 'extensieve' en een 'restrictieve' benadering.¹⁴⁷ In de extensieve benadering is het vervuld zijn van de bestanddelen in sublid 4 genoeg voor een bewezenverklaring, ongeacht (de aard van) het werk dat is verricht. Deze benadering leunt sterk op de grammaticale interpretatiemethode: voor een bewezenverklaring, en een daarop te baseren veroordeling, volstaat het bewijs van de bestanddelen die in de tekst van de wet zijn opgenomen. Dat aan de gedraging in sub 4 door de wetgever de naam 'uitbuiting' is meegegeven, doet in deze benadering verder niet ter zake; de wetgever heeft daarmee niet méér willen doen dan het nader aanduiden van die gedraging. De meest typische voorbeelden waarin een extensieve benadering is gevolgd, worden gevormd door de zaken waarin personen met een dwangmiddel werden bewogen tot het afsluiten van telefoonabonnementen.

Een voorbeeld daarvan was te zien in een zaak die in 2010 werd behandeld door de Rechtbank Haarlem. De verdachte gaf de slachtoffers daarin de opdracht om voor hem telefoonabonnementen af te sluiten en de telefoons vervolgens af te geven. Met het personeel van de telecomwinkel zouden de slachtoffers geen last krijgen, aangezien zij volgens de verdachte juist in het complot zaten: alle telefoons zouden na het afsluiten van de abonnementen teruggaan naar de winkel, alles was alleen bedoeld om de verkoopcijfers van de winkel op te stuwten. Niets bleek minder waar. De telefoons moesten worden afgegeven, en de slachtoffers bleven met schulden achter. De rechtbank overwoog: 'In artikel 273f, eerste lid, sub 4°, Sr is – anders dan bij andere gedragingen die in dat artikel als mensenhandel strafbaar zijn gesteld – niet opgenomen dat de verdachte 'het oogmerk van uitbuiting' dient te hebben gehad. Kennelijk ligt hier, net als bij sub 3°, een bewuste keuze van de wetgever aan ten grondslag. Anders dan de raadsvrouw heeft bepleit, is de rechtbank met de officier van justitie van oordeel dat uit de memorie van toelichting niet valt af te leiden dat de wetgever heeft beoogd 'het oogmerk van uitbuiting' een bestanddeel van deze delictsomschrijving te laten zijn. Voor een bewezenverklaring van mensenhandel, zoals bedoeld in artikel 273f, eerste lid, sub 4°, Sr is derhalve voldoende dat – toegespitst op de onderhavige zaak – verdachte de

147 Esser & Dettmeijer-Vermeulen, *DD* 2014/48, p. 517-520.

slachtoffers met één of meer van de onder artikel 273f, eerste lid, sub 1°, Sr genoemd[e] middelen, waaronder misleiding, heeft bewogen zich beschikbaar te stellen voor het verrichten van arbeid of diensten'. De rechtbank veroordeelt de verdachte vervolgens voor mensenhandel in de zin van artikel 273f, eerste lid, sub 4 Sr.¹⁴⁸

In de restrictieve benadering liggen de kaarten anders. Kern van deze benadering is het uitgangspunt dat niet elke arbeid of dienst waarvoor iemand zich door een dwangmiddel beschikbaar stelt, kan leiden tot het aannemen van strafrechtelijke aansprakelijkstelling onder sublid 4. Om recht te doen aan de wetsgeschiedenis, de ratio van de strafbepaling en de wetssystematiek, is vereist dat de ruime reikwijdte van de gedraging in sublid 4 wordt beperkt. Voor die afbakening is in de feitenrechtspraak eigenlijk steeds maar één methodiek gehanteerd, die van het inlezen van een extra bestanddeel in de delictsomschrijving van sublid 4. De vraag rijst dan meteen welk bestanddeel aanspraak kan maken om in sub 4 ingelezen te worden. Vanaf het begin is dat in de feitenrechtspraak eigenlijk steeds de term 'uitbuiting' geweest en niet zelden werd daarbij door de feitenrechter een beroep gedaan op de passage waarin de wetgever vermeldt dat de redactie van de gedraging in sub 4 primair het oog heeft op de uitbuiting.¹⁴⁹ In de restrictieve benadering wordt de term 'uitbuiting' dus niet louter opgevat als een omschrijving van de gedraging in sublid 4, maar ook als een zelfstandig te bewijzen onderdeel.

In 2015 heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de wijze waarop sublid 4 geïnterpreteerd dient te worden. Hij verkiest daarin de restrictieve benadering. Aan zijn standaardarresten wordt in de volgende paragraaf aandacht besteed.

5.5.2.2 De standaardarresten van 2015 en 2016

Aan de uiteenlopende manieren waarop sub 4 is uitgelegd, ligt mee ten grondslag dat de Hoge Raad over de gedraging lange tijd geen richtinggevende jurisprudentie heeft gewezen. Weliswaar had hij reeds in een arrest uit 2011 overwogen dat het bestanddeel 'oogmerk van uitbuiting' geen deel uitmaakt van de gedraging in sub 4,¹⁵⁰ in de feitenrechtspraak is dat geen beletsel geweest om toch – in elk geval in de restrictieve benaderingswijze – een extra bestanddeel daarin in te lezen. Het gebrek aan een duidelijke rangorde in interpretatiemethoden biedt die ruimte ook; hoewel de grammaticale interpretatiemethode vrij dwingend leidt tot het *niet* inlezen van een extra bestanddeel – hoe leidt een op zichzelf duidelijke tekst immers tot de behoefte om daarin een additioneel onderdeel in te lezen? –, middels de andere interpretatiemethoden blijven voldoende argumenten over om tot nadere afbakening te komen.

148 Rb. Haarlem 8 december 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO8985.

149 *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 3, p. 18.

150 HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR0448, r.o. 4.2.

Zo meteen, als de standaardarresten van de Hoge Raad worden besproken, zal over de houdbaarheid van de ene of andere interpretatiemethode nog het een en ander worden gezegd. Vooreerst is het van belang de aandacht te richten op het arrest van het Hof Den Haag dat uiteindelijk aanleiding is geweest voor de cassatieprocedure waaruit het standaardarrest van de Hoge Raad is voortgevloeid. Gaandeweg wordt ook het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden betrokken dat aanleiding vormde voor het tweede standaardarrest. Vanwege het complementaire karakter van het tweede arrest kunnen het eerste en tweede arrest gezamenlijk wel als één standaardarrest worden beschouwd.

Sublid 4 en de 'veronderstelling van uitbuiting'

In de zaak die speelde voor het Hof Den Haag had de verdachte meerdere, zowel minder- als meerderjarige personen, trachten aan te zetten tot het invoeren van hasj vanuit Marokko naar Nederland.¹⁵¹ In het bijzonder maakte hij daarbij gebruik van twee dwangmiddelen. In de eerste plaats het dwangmiddel 'misleiding', namelijk door de aangeefsters voor te houden dat de koffers waarmee zij de hasjjesj zouden vervoeren, geprepareerd zouden zijn, zodat de drugs niet licht gevonden zouden kunnen worden. Ook vertelde hij hun dat douanebeambten op de te passeren vliegvelden waren omgekocht en, als zij toch in de problemen zouden geraken, een advocaat voor hen zou klaarstaan. Het misbruik van overwicht of van een kwetsbare positie ligt vooral in de persoonlijke situatie waarin de aangeefsters zich bevonden; één van hen functioneerde op laagbegaafd niveau en de privésituatie van de anderen was, aldus het hof, 'niet florissant te noemen'.¹⁵²

Tegen de achtergrond van dit feitencomplex rijst de vraag of in deze zaak sprake is geweest van mensenhandel. Hoewel de tenlastelegging in de zaak moeilijk te doorgronden is, en verschillende subleden daarin door elkaar heen lopen, gaat het hof ervan uit dat daarin ook sub 4 is opgenomen. Vervolgens wijdt het hof uitgebreide overwegingen aan de uitleg die aan dit sublid moet worden gegeven, temeer daar de advocaat-generaal ter zitting heeft bepleit dat dit onderdeel extensief moet worden uitgelegd, dus op zo'n manier dat niet méér hoeft te worden bewezen dan de bestanddelen in de tekst van sub 4. Het hof overweegt:

'Het vierde onderdeel van artikel 273f Sr, eerste lid, Sr is overgenomen uit artikel 250a (oud) Sr. Het eerste onderdeel van het eerste lid van dat, inmiddels vervallen, artikel zag aanvankelijk alleen op prostitutie, maar is later uitgebreid naar overige vormen van seksuele dienstverlening. Uitbuiting wordt in dergelijke gevallen verondersteld.'¹⁵³

151 Hof Den Haag 6 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3398.

152 Hof Den Haag 6 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3398.

153 Hof Den Haag 6 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3398.

Hier doet het hof een belangrijke vaststelling: in zaken waarin personen zich beschikbaar moesten stellen voor seksuele dienstverlening, wordt uitbuiting verondersteld. Hoewel het hof niet verder toelicht wat onder zo'n veronderstelling precies moet worden begrepen, lijkt daarmee te worden uitgedrukt dat een bewezenverklaring van de bestanddelen in sub 4 automatisch ook tot een situatie leidt die de wetgever als 'uitbuiting' heeft willen omschrijven. Met andere woorden wordt de term 'uitbuiting' hier in de (enge) descriptieve zin gebruikt die ook vindbaar is in de memorie van toelichting bij artikel 273a (oud) Sr en waarbij in paragraaf 4.4.2 reeds is stilgestaan. Vervolgens gaat het hof verder in op de vraag welke invloed de verbreding van sub 4 naar niet-seksuele vormen van dienstverlening volgens hem heeft gehad. Het haalt daarbij onder meer de passage aan waarin de wetgever over de gedraging in sublid 4 zegt dat deze primair het oog heeft op uitbuiting. Vervolgens overweegt het hof:

'Uit deze wetsgeschiedenis kan naar het oordeel van het hof het volgende worden afgeleid. Bij overneming van de inhoud van het eerste onderdeel van artikel 250a, eerste lid, (oud) Sr in het hier besproken vierde onderdeel, is de daarin vervatte strafbepaling uitgebreid van seksuele dienstverlening naar alle vormen van het verrichten van arbeid en diensten. De reden van deze uitbreiding is dat ook bij het verrichten van andere activiteiten dan seksuele dienstverlening sprake kan zijn van uitbuiting. Niet blijkt dat de wetgever afstand heeft willen nemen van de strekking en context van deze bepaling. Ook bij die andere diensten en arbeid is uitbuiting verondersteld.

Deze lezing wordt bevestigd in de hierboven genoemde memorie van toelichting, waaruit kan worden afgeleid dat het vierde onderdeel in de ogen van de wetgever "primair het oog (heeft) op de uitbuiting". Het was om deze reden dat de wetgever meende dat de internationale instrumenten die verplichten tot strafbaarstelling van bepaalde handelingen "met het oogmerk van uitbuiting", separaat, in het eerste onderdeel, moesten worden geïmplementeerd.

Daar komt bij dat, zoals ook de rechtbank heeft overwogen, het vierde onderdeel deel uitmaakt van een reeks van onderdelen in het eerste lid waarin verschillende vormen van mensenhandel worden strafbaar gesteld, en waarbij in het tweede lid wordt aangegeven dat "uitbuiting" ten minste de in het tweede lid omschreven gevallen omvat. Deze wetssystematiek wijst niet in de richting van een opvatting waarbij aan het vierde onderdeel niet een veronderstelling van uitbuiting ten grondslag ligt.¹⁵⁴

Zo op het eerste gezicht lijkt het hof een extensieve interpretatie aan te houden: kennelijk is ook bij niet-seksuele arbeid of diensten automatisch sprake van uitbuiting indien kan worden bewezen dat een ander daartoe door een dwangmiddel is gedwongen of bewogen. Maar dan gebeurt er iets opmerkelijks.

154 Hof Den Haag 6 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3398.

Anders dan bij seksuele arbeid of diensten stelt het hof namelijk aparte eisen aan het bewijs van een veronderstelling van uitbuiting. Uit de overwegingen die volgen, kan de conclusie worden getrokken dat daarvan niet automatisch sprake is indien de bestanddelen in sublid 4 worden bewezen. Steeds moet apart nog worden getoetst of van zo'n veronderstelling sprake is geweest. In feite geldt de 'veronderstelling' hier dus als een extra te bewijzen bestanddeel van sublid 4:

'Om deze redenen is het hof, anders dan de advocaat-generaal, van oordeel dat het in het vierde onderdeel omschreven feit alleen strafbaar is als het is begaan onder omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld.'

Opmerkelijk aan de overwegingen van het hof is dat het een knip maakt tussen de arbeid of diensten die voor de pleger van de gedraging in sublid 4 moesten worden uitgevoerd. In geval sprake is van seksuele handelingen wordt de uitbuiting verondersteld indien aan de bestanddelen in sublid 4 is voldaan. De overweging dat ook bij 'andere diensten en arbeid' uitbuiting is verondersteld is daarna enigszins verwarrend, aangezien het hof niet zozeer ervan uitgaat dat die veronderstelling reeds in het bewijs van de bestanddelen besloten ligt, zoals bij seksuele handelingen, maar dat die veronderstelling apart moeten worden vastgesteld. De veronderstelling volgt met andere woorden niet als vanzelf uit het bewijs van de bestanddelen, maar er moet steeds apart nog worden getoetst of van zo'n veronderstelling sprake is geweest. Ofwel: de aard van het voor een verdachte te verrichten werk is bepalend voor de vraag wat bewezen moet worden.

De Hoge Raad laat dit oordeel van het hof overeind en overweegt vrij kort:

'Mede in het licht van de door het Hof vermelde wetsgeschiedenis en in aanmerking genomen dat ook handelen in strijd met art. 273f, eerste lid aanhef en onder 4°, Sr wordt gekwalificeerd als "mensenhandel", getuigt dit oordeel [dat bij het bewijs van sublid 4 sprake moet zijn van een veronderstelling van uitbuiting, LE] niet van een onjuiste rechtsopvatting.'¹⁵⁵

In een arrest van een half jaar later geeft de Hoge Raad meer duiding aan deze overweging. Ten grondslag aan dit arrest lag een zaak die speelde voor het Hof Arnhem-Leeuwarden.¹⁵⁶ In die zaak waren meerdere personen tot het afsluiten van telefoonabonnementen aangezet. Het hof kwam tot een restrictieve interpretatie van sublid 4 en las daarin 'uitbuiting' als een impliciet bestanddeel in. De Hoge Raad overweegt:

¹⁵⁵ HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3309, r.o. 4.3.2.

¹⁵⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 4 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9416.

‘Mede gelet op de wetsgeschiedenis en in aanmerking genomen dat handelen in strijd met art. 273f, eerste lid aanhef en onder 4°, Sr wordt gekwalificeerd als “mensenhandel” en wordt bedreigd met een gevangenisstraf van acht jaren, moet worden aangenomen dat de in het vierde onderdeel omschreven gedragingen alleen strafbaar zijn als zij zijn begaan onder omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld (vgl. HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3309).

Dit brengt mee dat die gedragingen eerst dan als “mensenhandel” kunnen worden bestraft indien uit de bewijsvoering volgt dat voldaan is aan voormelde voorwaarde dat zij zijn begaan onder omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld. Het oordeel van het Hof dat “uitbuiting” moet worden aangemerkt als een impliciet bestanddeel van art. 273f, eerste lid aanhef en onder 4°, Sr, is derhalve juist.

Gelet op het vorenoverwogene heeft het Hof met juistheid geoordeeld dat voor bewezenverklaring van een op art. 273f, eerste lid aanhef en onder 4°, Sr toegesneden tenlastelegging is vereist dat op grond van de omstandigheden van het geval uitbuiting komt vast te staan. Daarbij komt, gelet op hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen en beslist in zijn arrest van 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099, NJ 2010/598, onder meer betekenis toe aan de aard en duur van de tewerkstelling, de beperkingen die zij voor de betrokkene meebrengt en het economisch voordeel dat daarmee door de tewerksteller wordt behaald terwijl bij de weging van deze en andere relevante factoren de in de Nederlandse samenleving geldende maatstaven als referentiekader dienen te worden gehanteerd. Hierbij geldt in geval van minderjarige slachtoffers dat de beoordeling van dergelijke factoren tot een andere uitkomst kan leiden dan in het geval het slachtoffer meerderjarig is (vgl. HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3309).¹⁵⁷

Het is duidelijk dat de Hoge Raad alleen het bewijs van de in sublid 4 opgenomen bestanddelen niet vindt volstaan voor een bewezenverklaring van de daarin opgenomen gedraging. Ook hier weer zien we dat gebruik wordt gemaakt van een wetshistorische en wetssystematische interpretatiemethode. De systematiek komt vooral terug door het noemen van de delictskwalificatie en de strafbedreiging die op mensenhandel is gesteld. Opvallend in de formulering is overigens, en dit is ook al bij de behandeling van sublid 3 opgemerkt, dat de Hoge Raad de ‘veronderstelling van uitbuiting’ aanvankelijk lijkt te beschouwen als een voorwaarde voor de kwalificatie van de sub 4-gedraging als mensenhandel. Die voorwaarde lijkt hier dan ook te fungeren als een kwalificatie-uitsluitingsgrond: indien geen sprake is van een veronderstelling van uitbuiting, dan ook geen kwalificatie van de gedraging als mensenhandel. Uitsluiting van de strafbaarheid zou in dat geval dus niet op het niveau van de eerste vraag uit het rechterlijk beslissingsschema worden bereikt, maar op dat van de tweede vraag, de kwalificatievraag. Indien geen sprake is van een veronderstelling van uitbuiting zou in dat geval, bij ontstentenis van een

157 HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:554, NJ 2016/315.

mogelijkheid het gedrag te kwalificeren, ontslag van alle rechtsvervolging moeten volgen. In paragraaf 5.4 werd er reeds op gewezen dat deze lezing niet voor de hand ligt; daarvoor maakt de Hoge Raad te expliciet duidelijk dat 'uitbuiting' als impliciet bestanddeel heeft te gelden. Die overweging is moeilijk anders te lezen dan dat de vraag of sprake is geweest van uitbuiting een rol speelt bij de vraag of de gedraging in sublid 4 bewezen kan worden verklaard. Daarvan wordt in het navolgende ook uitgegaan, overigens net als bij sublid 3, waarop immers *mutatis mutandis* dezelfde overwegingen van toepassing zijn.

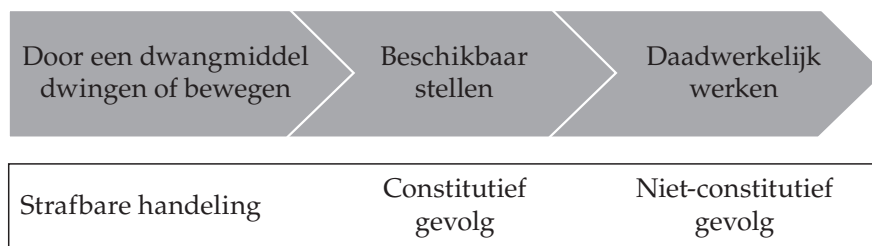
In het navolgende wordt bekeken welke de implicaties zijn van de uitleg die de Hoge Raad in dit arrest heeft gegeven. Omdat het inlezen van het uitbuitingsbestanddeel met gebruikmaking van dezelfde argumenten is gebeurd als bij sublid 3 wordt een bespreking van de wijze waarop de Hoge Raad tot dat inlezen komt in deze paragraaf achterwege gelaten.

Implicaties van het inlezen van een bestanddeel 'uitbuiting'

Het is duidelijk dat de Hoge Raad met het inlezen van een bestanddeel 'uitbuiting' het toepassingsbereik van sublid 4 heeft willen afbakenen: hij gaat uit van een restrictieve interpretatie. De vraag luidt ook hier hoe het bestanddeel uitbuiting zich precies 'in' sublid 4 laat denken. Wat uit het arrest van de Hoge Raad duidelijk is op te maken, is dat aan het bestanddeel uitbuiting de idee van de 'veronderstelling van uitbuiting' is gekoppeld. De gedraging die in sublid 4 is opgenomen is eerst dan strafbaar indien van zo'n veronderstelling kan worden gesproken. Bij de uiteenzetting van sublid 3 in paragraaf 5.4 werd reeds duidelijk dat de Hoge Raad daaraan de criteria uit het *Chinese horeca*-arrest heeft verbonden. Die hoeven op deze plek niet te worden herhaald. Wel is het belangrijk dat wordt ingescherpt dat deze criteria dus ook bij het bewijs van sublid 4 een centrale plaats toekomen. Daardoor rijst ook hier de vraag welk onderdeel van sublid 4 precies aan de hand van deze criteria behoort te worden vastgesteld.

Ook in het geval van sublid 4 is het verhelderend bij de beantwoording van deze vraag het delict op te knippen in enkele, te onderscheiden fasen. Zoals we hebben kunnen zien, ligt de kern van de gedraging in sublid 4 in het door een dwangmiddel iemand dwingen dan wel bewegen zich voor arbeid of diensten beschikbaar te stellen. Kort en goed gaat het om het bewegen van een ander om iets te doen, onder bepaalde begeleidende omstandigheden (het aanwenden van dwangmiddelen). Sublid 4 is in die zin materieel omschreven dat sprake moet zijn van een 'beschikbaar stellen' (het constitutief gevolg). Voor een bewezenverklaring hoeft niet al te zijn gewerkt. *Grosso modo* zijn binnen de kaders van de wetttekst dus twee fasen te onderscheiden: de fase van de handeling (het door een dwangmiddel iemand dwingen of bewegen) en de fase waarin de betrokkene zich beschikbaar stelt. Als derde fase kan nog worden genoemd de fase waarin de betrokkene daadwerkelijk voor de

dader werkzaamheden heeft verricht, maar als gezegd behoort deze fase tot de *delictsaccidentalia* omdat het daadwerkelijk werken geen vereiste is voor het bewijs van het voltooid delict. Schematisch ziet de opdeling van de gedraging in sublid 4 in drie fasen er als volgt uit:



Bezien we de eerste fase nader en betrekken we daarbij het ingelezen bestanddeel 'uitbuiting', dan rijst de vraag hoe de *Chinese horeca*-criteria hierop van toepassing kunnen worden verklaard. Hoe kunnen, met andere woorden, de aard en duur van de werkzaamheden, de beperkingen die deze met zich brachten voor het slachtoffer en het economisch voordeel dat door de dader daarmee werd behaald worden betrokken op de situatie waarin de dader door een dwangmiddel iemand dwingt of beweegt? Ook hier geldt dat deze criteria slechts *mutatis mutandis* kunnen worden overgenomen, toegespitst als deze zijn op de situatie waarin daadwerkelijk van werkzaamheden sprake is geweest. Het meest van belang lijken het criterium van de beperkingen voor de betrokkene en de aard en duur van de werkzaamheden. Die beperkingen worden in deze fase reeds voorondersteld door de aanwezigheid van een of meer dwangmiddelen. Het is evenwel aannemelijk dat de toets van deze beperkingen verder moet gaan dan het vaststellen van een dwangmiddel alleen, anders immers is niet te begrijpen waarom in sublid 4 een apart bestanddeel uitbuiting zou moeten worden ingevoegd. Daarnaast kan in dit kader ook een onderscheid worden gemaakt tussen de aard van de door de verdachte gehanteerde dwangmiddelen. Zo zou bijvoorbeeld de vraag een rol kunnen spelen of de verdachte die zelf heeft gecreëerd of dat hij veeleer gebruik heeft gemaakt van reeds bestaande omstandigheden waarvan hij zich 'louter' bewust is geweest. Ook speelt de aard van de dwangmiddelen een rol: voorstelbaar is dat het aanwenden van geweld de verdachte zwaarder wordt aangerekend vanwege de daarmee gepaard gaande aantasting van de fysieke integriteit van het slachtoffer. De aard- en duurcriteria kunnen mogelijk een rol spelen indien het dwingen dan wel bewegen van het slachtoffer, voordat het zich beschikbaar stelt, langere tijd duurt, bijvoorbeeld omdat daarbij een reis is inbegrepen of dat daarbij sprake is van een periode van langdurige onzekerheid omtrent het al dan niet moeten werken. Het moet worden herhaald dat het hier dan niet de aard en duur van de verrichte werkzaamheden zijn die

worden getoetst, maar de aard en duur van de omstandigheden waaronder iemand tot het zich beschikbaar stellen wordt gedwongen of bewogen. Het gaat met andere woorden om een extra toetsing van de fase waarin iemand door middel van een dwangmiddel reeds tot het zich beschikbaar stellen voor arbeid of diensten wordt gedwongen of bewogen.

Het daadwerkelijk beschikbaar stellen of beschikbaar houden kan als de tweede fase van het delict worden beschouwd. In die fase stelt of houdt een persoon zich dus daadwerkelijk beschikbaar voor de arbeid of diensten die voor een dader moeten worden verricht. Het zullen vooral de omstandigheden zijn waaronder het beschikbaar stellen plaatsvindt die hier aan de *Chinese horeca*-criteria kunnen worden getoetst. De aard- en duurcriteria en het beperkingen-criterium komen hier zo op het eerste gezicht goed tot hun recht. Relevant is in dit verband bijvoorbeeld de staat van de huisvesting of de plek waar iemand moet gaan werken.

Een derde fase valt buiten de wettekst van sublid 4. Deze fase ziet op de situatie waarin daadwerkelijk arbeid of diensten voor de verdachte zijn verricht. Hoewel de omstandigheden waaronder gewerkt is veeleer als *delicts-accidentalia* moeten worden beschouwd, immers betreft het hier geen vereiste voor een bewezenverklaring, is het niet ondenkbaar dat in zaken waarin sublid 4 is ten laste gelegd ook de omstandigheden waaronder arbeid of diensten zijn verricht een rol spelen. Vaak zijn daadwerkelijk verrichte werkzaamheden immers het aangrijpingspunt op grond waarvan het opsporingsonderzoek een aanvang zal nemen. Dit was overigens ook te zien in de zaken die ten grondslag lagen aan de hier besproken arresten; niet de vraag onder welke omstandigheden de slachtoffers zich beschikbaar hadden gesteld stond centraal, maar veeleer onder welke omstandigheden het uitvoeren van een drugstransport dan wel het afsluiten van telefoonabonnementen plaatsvond.

Bezien we het inlezen van het uitbuitingsbestanddeel in de onderscheiden fasen, dan ligt ook hier een keuze voor het scenario voor de hand dat het dichtst aanligt tegen het originele karakter van de gedraging die in sublid 4 is neergelegd. 'Uitbuiting' heeft dan te gelden als bestanddeel ergens in de eerste of tweede fase van het delict. In deze gevallen zal dus moeten kunnen worden gesproken van 'uitbuiting' in de fase waarin iemand wordt gedwongen dan wel bewogen of in de fase waarin iemand zich daadwerkelijk beschikbaar stelt tot het verrichten van arbeid of diensten.

5.5.3 Resumé

Bezien vanuit puur taalkundig perspectief vallen onder artikel 273f lid 1 sub 4 Sr alle werkzaamheden waartoe personen zich onder dwang beschikbaar moeten stellen. Omdat ook de dwangmiddelen breed worden uitgelegd strekt het toepassingsbereik van sublid 4 zich in potentie tot een groot arsenaal aan gedragingen uit. In deze paragraaf is te zien geweest dat de Hoge Raad de

reikwijdte van sublid 4, net als bij sublid 3, heeft afgebakend, in elk geval voor zover het niet-seksuele arbeid of diensten betreft. Door het inlezen van een extra bestanddeel 'uitbuiting', een techniek die we eerder bij de bespreking van sublid 3 zijn tegengekomen, wordt de actieradius van sublid 4 in belangrijke mate ingeperkt. De Hoge Raad, zo kan wel worden gezegd, komt tot een correctie op de ruim uitgevallen strafbaarstelling zoals die door de wetgever in het Wetboek van Strafrecht is neergelegd. Het type gedraging dat met sublid 4 wordt strafbaar gesteld is daardoor van karakter veranderd. Waar in de wettekst de nadruk ligt op het dwangmiddel waarmee iemand zich tot het verrichten van arbeid of diensten beschikbaar heeft moeten stellen, vergt de Hoge Raad met het inlezen van een extra bestanddeel een veel bredere toets van de (verdere) omstandigheden waaronder dat beschikbaar stellen onder dwang plaatsvond. *Ergo*: waar het gaat om niet-seksuele arbeid of diensten, is het *sec* aanwezig zijn van de in de wet genoemde bestanddelen niet langer genoeg om tot een bewezenverklaring te komen.

Met die nadere afbakening heeft de Hoge Raad ook bereikt dat de in sublid 1 en sublid 4 neergelegde gedragingen naar elkaar zijn toegegroeid: door ook bij het bewijs van sublid 4 de *Chinese horeca*-criteria te betrekken, is het beoordelingskader in feite min of meer gelijkgetrokken. Daardoor verliest het onderscheid tussen beide gedragingen veel van zijn betekenis. Deze ontwikkeling wordt nog eens versterkt door het gebruik van de *Chinese horeca*-criteria bij het bewijs van sublid 1. Georiënteerd als deze zijn op daadwerkelijk verrichte arbeid of diensten, dragen deze criteria immers een materieel karakter. Daarmee ligt bij het bewijs als vanzelf de nadruk op daadwerkelijk verrichte arbeid of diensten. Hierdoor heeft de Hoge Raad van sublid 1 een materiële delict gemaakt dan door de wetgever was bedoeld. Ook door die ontwikkeling zijn sublid 1 en sublid 4, dat daadwerkelijk materieel omschreven is, meer naar elkaar toe 'gekropen'. Ook het ideaaltypische schema dat in hoofdstuk 4 werd besproken verliest daardoor veel van zijn zeggingskracht.

5.6 ARTIKEL 273F LID 1 SUB 5 SR

5.6.1 Dogmatische afbakening van de gedraging in sublid 5

In sublid 5 is strafbaar gesteld:

'degene die een ander ertoe brengt zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met of voor een derde tegen betaling of zijn organen tegen betaling beschikbaar te stellen dan wel ten aanzien van een ander enige handeling onderneemt waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander zich daardoor beschikbaar stelt tot het verrichten van die handelingen of zijn organen tegen betaling beschikbaar stelt, terwijl die ander de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt.'

Sublid 5 kan worden gekenschetst als een systematische *specialis* van de gedraging die in sublid 4 is opgenomen, maar de reikwijdte van deze bepaling strekt zich uitsluitend uit tot *seksuele* arbeid of diensten of het tegen betaling beschikbaar stellen van organen. De bepaling ziet uitsluitend op de situatie waarin minderjarigen slachtoffer worden. Om die reden heeft de wetgever niet gewild daarin een dwangbestanddeel op te nemen. In hoofdstuk 3 is al aan de orde gekomen waarom toenmalig minister Korthals Altes een speciale bepaling voor minderjarigen wilde invoeren. Volgens hem is '[...] in het algemeen aan de exploitatie van prostitutie van minderjarigen misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht inherent [...]'.¹⁵⁸ Tegelijk voorzag hij het gevaar dat in voorkomende gevallen op het ontbreken van dit dwangbestanddeel met succes een beroep zou kunnen worden gedaan.¹⁵⁹ Dat wilde de minister voorkomen, omdat volgens hem onder de leeftijd van achttien jaar nimmer kan worden gesproken van een vrijwillige keuze voor prostitutie. Met Alink en Wiarda: een uitbuitingssituatie wordt bij minderjarigen als vaststaand aangenomen, '[...] uitbating van prostitutie door minderjarigen is zonder meer strafbaar'.¹⁶⁰ Aan de wil van de betrokken minderjarige komt aldus geen betekenis toe. In de bewoordingen van de minister:

'[...] een ander tot prostitutie brengen en het ondernemen van enige handeling waarvan de dader weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de ander daardoor in de prostitutie belandt, [wordt] zonder meer [...] gekwalificeerd als mensenhandel, indien die ander minderjarig is'.¹⁶¹

De bescherming van minderjarigen tegen het moeten uitvoeren van sekswerk zonder meer staat dus in sub 5 voorop, zonder dat behoefte te worden nagegaan hoe de minderjarige zelf daartegenover staat.

De gedraging in sublid 5 ziet alleen op het brengen van minderjarigen tot i) het zich beschikbaar stellen voor seksuele handelingen met of voor een derde tegen betaling of ii) het tegen betaling beschikbaar stellen van zijn of haar organen.¹⁶² De verbreding die in sub 4 sinds 1 januari 2005 is doorgevoerd is dus aan sublid 5 deels voorbijgegaan, in die zin dat de bepaling niet ook het oog heeft op andere arbeid of diensten. Buiten de gevallen, genoemd in sublid 5, zal, ook wat de minderjarigen betreft, moeten worden teruggevallen op sublid 4, waarin dwangmiddelen nu juist wel een belangrijke plaats in-

158 *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 8, p. 2 (nota naar aanleiding van het eindverslag).

159 *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 5, p. 4 (memorie van antwoord).

160 Alink & Wiarda 2010, p. 194.

161 *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 5, p. 11.

162 In het navolgende zullen, ten behoeve van de leesbaarheid, steeds alleen de seksuele handelingen worden genoemd.

nemen.¹⁶³ De vraag rijst wel meteen in hoeverre dat ook daadwerkelijk substantieel meer bewijsevenen met zich brengt. Net werd al genoemd dat de minister er min of meer van uitgaat dat het misbruik van overwicht in het geval dat minderjarigen tot prostitutie worden gebracht, inherent is. Alleen teneinde het geheel voorkomen van discussie daarover is hij uiteindelijk tot aparte strafbaarstelling in sublid 5 gekomen. Niet valt in te zien waarom niet ook per definitie sprake is van misbruik van overwicht indien minderjarigen tot andere dan seksuele arbeid of diensten of het afstaan van organen worden aangezet, waardoor de discrepantie tussen subleden 4 en 5 bij minderjarigen in sterke mate wordt gerelativeerd.

Het leeftijdsbestanddeel in sublid 5 is geobjectiveerd en onttrekt zich dus aan enig subjectief bestanddeel.¹⁶⁴ Een beroep op de afwezigheid van alle schuld (*avas*) vanwege de verontschuldigbare (feitelijke) dwaling omtrent de leeftijd is in theorie denkbaar, maar de honorering daarvan is niet heel waarschijnlijk.¹⁶⁵ Een te ruimhartige omgang met het beroep op deze schulduitsluitingsgrond zou indruisen tegen de doelstelling die de wetgever met strafbaarstelling van de gedraging in sublid 5 voor ogen heeft gestaan: elk brengen van minderjarigen tot het zich beschikbaar stellen voor werk in de 'seksbusiness'¹⁶⁶ is strafbaar, en de overwichtpositie van de meerderjarige tot de minderjarige wordt daarbij in beginsel voorondersteld.¹⁶⁷ Dat duidt op het bieden van een breed beschermingsbereik aan minderjarigen tegen elke handeling die de strekking heeft het zich beschikbaar stellen van een minderjarige te stimuleren. Daarvan ging ook het Hof Arnhem-Leeuwarden uit, toen het zich geconfronteerd zag met een verdachte die stelde rondom de leeftijd van het slachtoffer verontschuldigbaar te hebben gedwaald.¹⁶⁸ Het hof overweegt met een beroep op de wetshistorische achtergrond van sublid 5:

'De strekking van artikel 273a (oud), eerste lid onder 5e van het Wetboek van Strafrecht ziet op de bescherming van kinderen, waarbij de minderjarigheid een

163 Alink & Wiarda 2010, p. 228. Te denken valt wellicht ook aan het (obsoleet geraakte) artikel 253 Sr, waarin kort gezegd mede is strafbaar gesteld het afstaan van een kind voor gevaarlijke of de gezondheid ondermijnende arbeid.

164 *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 5, p. 11. HR 5 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5235, *NJ* 2002/546, r.o. 5.6. Dit arrest zag op artikel 250ter, eerste lid, sub 3 (oud) Sr, de voorganger van het huidige sublid 5.

165 De Hullu 2018, p. 368-369. Vgl. ook HR 20 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:135, *NJ* 1959/102, m.nt. W.P.J. Pompe. Zie voorts Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 113-114.

166 Machielse, in: NLR, artikel 273f Sr, aant. 7 (online).

167 In HR 20 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:135, *NJ* 1959/102, m.nt. W.P.J. Pompe deed de voor artikel 245 en 247 Sr vervolgde verdachte een beroep op verontschuldigbare dwaling omtrent de leeftijd van de betrokken personen. De Hoge Raad overweegt dat de vraag of sprake was van afwezigheid van alle schuld '[...] beantwoord moet worden in verband met den aard en de strekking van de strafbepaling welke overtreding den verd. verweten wordt.'

168 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 november 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK7664.

geobjectiveerd bestanddeel vormt. Op grond daarvan had verdachte de verplichting om gedegen onderzoek te doen naar de leeftijd van het meisje. Verdachte heeft verklaard dat hij van het meisje een identiteitsbewijs heeft gezien waaruit bleek dat zij achttien jaar was. Verdachte heeft ter adstructie van zijn betoog geen nader bewijsmateriaal aangedragen zodat niet gebleken is dat hij aan zijn inspanningsverplichting heeft voldaan. Dit geldt te meer nu zowel het meisje als haar vriendin hebben verklaard dat verdachte wist dat het meisje pas zeventien jaar was. Verder wordt de verklaring van verdachte tegengesproken door het meisje die [sic] aan de raadsheer-commissaris heeft verklaard dat zij nooit haar legitimatie aan verdachte heeft laten zien.'

De Hoge Raad laat een tegen de motivering van het hof ingesteld middel falen, aangezien naar zijn oordeel het hof in voldoende mate onderzoek heeft gedaan naar de feiten die aan het beroep op de *avas*-grond ten grondslag hebben gelegen en de verwerping van dit beroep bovendien voldoende heeft gemotiveerd.¹⁶⁹ Aldus kan worden gesteld dat de verdachte van het sub 5-delict slechts in uitzonderlijke gevallen met succes een beroep op verontschuldigbare feitelijke dwaling kan doen: op hem rust, net als bij andere delicten waarin de leeftijd is geobjectiveerd, een 'zware onderzoeksplicht'.¹⁷⁰ Daarvoor zal uit de bewijsmiddelen moeten blijken dat de verdachte 'gedegen onderzoek' heeft gedaan naar de leeftijd van de betrokkene. Of daarvan sprake is, zal in sterke mate afhangen van de concrete omstandigheden van het geval; bij de beoordeling ervan zal het brede beschermingsbereik dat sublid 5 beoogt te bieden steeds veel gewicht in de schaal leggen.

Sublid 5 is, net als sublid 4, een materieel omschreven delict. Centraal staat immers een handeling – het 'ertoe brengen' dan wel enig andere handeling – met een bepaald gevolg: het zich beschikbaar stellen van de minderjarige voor seksuele diensten met of voor een derde tegen betaling of het beschikbaar stellen door die minderjarige van een orgaan. Opgemerkt zij dat hier dus reeds sprake is van een voltooid delict, wederom net als bij sub 4, als de minderjarige zich beschikbaar heeft gesteld.¹⁷¹ Het constitutief gevolg wordt dus niet gevormd door het daadwerkelijk verrichten van seksuele handelingen door de minderjarige. Zo bezien behoeft van daadwerkelijke krenking van de onderliggende rechtsbelangen, van directe schade, nog geen sprake te zijn. Dat is anders als het gaat om de verwijdering van organen: sublid 5 spreekt nadrukkelijk over het beschikbaar stellen van organen, en niet van het beschikbaar stellen van de persoon voor de verwijdering van diens organen.

169 HR 17 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6122, NJ 2011/244.

170 Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 110, 113.

171 Vgl. ten aanzien van artikel 250a, eerste lid, sub 1 (oud) Sr, de voorganger van sublid 4, HR 19 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9215, NJ 2006/525. Vervolg van een poging van sublid 5 zal dus moeten zien op de fase die nog aan het zich beschikbaar stellen voorafgaat.

De delictomschrijving in sub 5 kent verschillende schuldvormen en kan worden getypeerd als een *pro parte dolus pro parte culpa* delict. In eerste instantie moet worden aangenomen dat in het 'ertoe brengen' opzet ligt besloten.¹⁷² Materieel gezien gaat het in sublid 5 dus om een *opzettelijk ertoe brengen*. Het ondernemen van enig andere handeling moet gepaard gaan met ofwel wetenschap (*dolus*) van het gegeven dat die handeling tot het beschikbaar stellen zal leiden ofwel het redelijk vermoeden (*culpa*) dat zulks naar aanleiding van dat handelen zal geschieden. Ten aanzien van sublid 4 heeft de wetgever van oudsher niet willen weten van een onderscheid naar strafwaardigheid tussen de *dolus*- en *culpa*-variant.¹⁷³ De voornaamste reden daarvoor is dat ook bij de *culpa*-variant wel steeds sprake is van opzet op de dwangmiddelen.¹⁷⁴ Nu in sublid 5 geen dwangmiddelen zijn opgenomen, rijst de vraag of de *dolus*- en *culpa*-variant hier qua strafwaardigheid wel uiteenlopen. De wetsgeschiedenis geeft daarover geen uitsluitsel. Aannemelijk lijkt dat wel, aangezien de schuldvorm hier, juist bij ontstentenis van enig dwangmiddel, een belangrijke factor is bij het bepalen van het wezenlijk wederrechtelijke karakter van de gedraging. De *culpa*-variant drukt toch een bepaald andere 'intentionele gerichtheid' uit dan het 'weten' en 'willen' dat uit het opzet voortvloeit. Uit het voorgaande vloeit voort dat de delictomschrijvingen in de subleden 4 en 5 aan elkaar zijn verwant, maar bij nader inzien toch echt een ander 'onrechtstype' op het oog hebben.

Een bespreking van relevante rechtspraak van de Hoge Raad behoeft geen aparte paragraaf: ons hoogste rechtscollege heeft zich over sublid 5 in de loop der jaren nauwelijks hoeven uitlaten. In 2014 heeft hij in een arrest meer duidelijkheid verschaft over de betekenis van het bestanddeel 'ertoe brengt'. Het middel keerde zich tegen de overweging van het hof dat het begrip 'ertoe brengen' op een situatie duidt:

'[...] waarin een reële eigen keuze van de prostituee in meer of mindere mate afwezig is, waarbij op zichzelf niet doorslaggevend is of de prostituee al dan niet minderjarig is. De bescherming van minderjarigen als zodanig moet worden geacht te zijn gelegen in de omstandigheid dat in een dergelijk geval voor strafbaarheid

172 Nu het opzet dus in het 'ertoe brengt' is ingeblikt, rijst de vraag of ook de daaropvolgende bestanddelen door het opzet worden beheerst. Dat is in het Nederlands strafrecht namelijk wel het uitgangspunt (zie De Hullu 2018, p. 222). In dat geval zou ook het geobjectiveerd zijn van het leeftijdsbestanddeel op losse schroeven komen te staan. Dat nu lijkt evenwel onaannemelijk gelet op de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever om, vanuit het perspectief van bescherming van minderjarigen tegen prostitutie, de leeftijd in dit subonderdeel te objectiveren. Bovendien is door opneming van het woord 'terwijl', dat vooraf wordt gegaan door een komma teken, een duidelijke scheiding aangebracht met de zinsnede waarin het 'ertoe brengt' staat.

173 Zie paragraaf 3.3.3.2.

174 Het opzet ligt in de dwangmiddelen besloten. Ook hier is dus sprake van ingeblikt opzet. *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 5, p. 6 (memorie van antwoord).

geen dwangmiddelen zoals genoemd in artikel 273f, eerste lid, aanhef en onder 1° van het Wetboek van Strafrecht zijn vereist.¹⁷⁵

Het minderjarige slachtoffer in deze zaak was reeds in de prostitutie werkzaam en had de verdachte zelf benaderd om faciliterende activiteiten te verrichten. De aanwezigheid van de verdachte ervoer het slachtoffer als beschermend. Gelet op bovenstaande overwegingen komt het hof tot het oordeel dat niet kan worden gesproken

‘[...] van afwezigheid (in meer of mindere mate) van een reële keuze bij E. [het slachtoffer, LE], zodat naar het oordeel van het hof niet wettig en overtuigend kan worden bewezen dat de verdachte E. ertoe heeft gebracht zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen, met of voor een derde tegen betaling’.

Naar het oordeel van de Hoge Raad heeft het hof daarmee een te beperkte uitleg van het ‘ertoe brengt’ aangehouden. Bovendien overweegt hij:

‘In eerdere rechtspraak is beslist dat onder het tot prostitutie brengen *mede* [cursivering: LE] dient te worden verstaan iedere gedraging gericht tegen een persoon ertoe strekkende deze te belemmeren in zijn vrijheid met prostitutie op te houden ongeacht de omstandigheid of deze daarbij vrijwillig betrokken is geraakt dan wel reeds eerder bij prostitutie betrokken was (vgl. HR 6 juli 1999, ECLI:NL:HR:1999:AB9475, NJ 1999/701, rov. 3.3.5). Mede gelet hierop en in aanmerking genomen dat art. 273f, eerste lid onder 5°, Sr blijktens de hiervoor onder 3.2.3 weergegeven wetsgeschiedenis strekt ter bescherming van minderjarigen en om die reden de eis van het uitoefenen van dwang ontbreekt, verdient nog opmerking dat ook voor zover het oordeel van het Hof zou zijn gebaseerd op de opvatting dat de omstandigheid dat aangeefster zich reeds met “prostitutiewerk” bezighield voordat zij de verdachte benaderde en de verdachte op haar verzoek slechts “faciliterende activiteiten” heeft verricht, aan de toepasselijkheid van art. 273f, eerste lid onder 5°, Sr in de weg staat, dat oordeel berust op een verkeerde rechtsopvatting.’¹⁷⁶

De Hoge Raad ontleent zijn uitleg omtrent het ‘ertoe brengen’ voor een groot deel aan een eerder gewezen arrest ten aanzien van artikel 250ter, eerste lid, (oud) Sr, waarmee hij dus ook het oog had op sublid 1 uit dit wetsartikel, waarin de dwangmiddelen wel als bestanddelen waren opgenomen. De uitleg die de Hoge Raad hier van het ‘ertoe brengt’ geeft, ziet daarmee toch op een zekere onvrijwilligheid, het gaat immers om een belemmeren van de vrijheid om met prostitutie op te houden. Tegelijk is in de overweging het woord ‘mede’ opgenomen, wat ook ruimte openlaat voor een bredere uitleg die bovendien meer in lijn is met de bedoelingen van de wetgever: elke vorm van

¹⁷⁵ Hof Den Haag 6 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3595.

¹⁷⁶ HR 20 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1174, NJ 2014/292, r.o. 3.4.

uitbating van minderjarigen voor prostitutie strafbaar stellen, zonder daarbij belang te hechten aan de wil van de minderjarige.

In de feitenrechtspraak is nog te zien geweest dat in sublid 5, op grondslag van de eerder besproken jurisprudentie omtrent subleden 3 en 4, een bestanddeel 'uitbuiting' is ingelezen. Het Hof Arnhem-Leeuwarden beroept zich daarbij op de eerder ten aanzien van sublid 4 gewezen arresten en verklaart het daarin ten aanzien van dat sublid overwogene ook van toepassing op sublid 5.¹⁷⁷ Vervolgens overweegt het hof dat in het geval de bestanddelen uit de delictsomschrijving van sublid 5 bewezen kunnen worden per definitie sprake is van uitbuiting indien reeds seksuele handelingen met of voor een derde tegen betaling zijn verricht. Dit geldt naar het oordeel van het hof echter niet in geval de minderjarige zich alleen daarvoor beschikbaar heeft gesteld:

'De vraag is echter of in geval de minderjarige zich wel beschikbaar heeft gesteld, maar er geen seksuele handelingen hebben plaatsgevonden er ook altijd sprake is van uitbuiting. Naar het oordeel van het hof dient die vraag ontkennend te worden beantwoord. Weliswaar kan het zich beschikbaar stellen onder zodanige omstandigheden plaatsvinden dat gesproken kan worden van uitbuiting, maar dat hoeft niet het geval te zijn. In een situatie dat een persoon een 17-jarige vraagt of ze thuis klanten wil ontvangen en die 17-jarige geeft aan dat ze dat wel wil, maar zij vervolgens geen klanten ontvangt, zijn naar het oordeel van het hof die feiten op zich onvoldoende om te spreken van een situatie waarin sprake was van uitbuiting.'

Volgens het hof moet in sublid 5 dus een soortement van 'knip' worden gemaakt. In zaken waarin de minderjarige reeds heeft gewerkt is per definitie sprake van uitbuiting. In zaken waarin geen daadwerkelijke werkzaamheden zijn verricht, maar de minderjarige zich 'slechts' beschikbaar gesteld heeft, is dat niet per definitie het geval, maar zal het aannemen van het uitbuitingsbestanddeel afhangen van de omstandigheden waaronder het beschikbaar stellen heeft plaatsgehad. In de door het hof behandelde zaak ging het om een minderjarige die op verzoek van de verdachte foto's van zichzelf had gemaakt. De verdachte had die vervolgens gebruikt voor het samenstellen van een seksadvertentie, die hij op internet plaatste. Hoewel het slachtoffer meermalen gebeld werd door potentiële klanten, heeft zij steeds de boot afgehouden en is het van daadwerkelijke seksuele handelingen nooit gekomen. Het hof is onder die omstandigheden van oordeel dat van uitbuiting geen sprake kan zijn.

De beslissing van het hof laat zich, tegen de besproken achtergrond van sublid 5, moeilijk begrijpen. Anders dan het hof meent, kan aan de wetsgeschiedenis noch aan de rechtspraak worden ontleend dat sublid 5 een bestanddeel 'uitbuiting' zou moeten omvatten. De wetgever is er juist bij

177 Hof Arnhem-Leeuwarden 20 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3907, r.o. 2.4.3.

herhaling duidelijk over geweest dat elk ertoe brengen van minderjarigen om zich voor sekswerk beschikbaar te stellen strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigt, ongeacht de vraag of dat beschikbaar stellen vervolgens ook tot daadwerkelijke seksuele handelingen heeft geleid. Het arrest is dan ook gecasseerd. De vraag of in sublid 5 het bestanddeel uitbuiting moet worden ingelezen, beantwoordt de Hoge Raad in zijn arrest van 2 oktober 2018 ontkennend:

‘Art. 273f, eerste lid aanhef en onder 5°, Sr strekt ter bescherming van minderjarigen. Om die reden ontbreekt daarin ook de eis van het uitoefenen van dwang, welke eis wel wordt gesteld in art. 273f, eerste lid aanhef en onder 4°, Sr (vgl. HR 20 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1174, NJ 2014/292) en beperkt het zich tot, kort gezegd, het ertoe brengen van een minderjarige zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met een derde tegen betaling en het beschikbaar stellen van zijn organen tegen betaling, alsmede tot het ondernemen van handelingen waardoor een minderjarige daartoe overgaat. Dit in aanmerking genomen en mede gelet op de onder 3.2 weergegeven wetsgeschiedenis – waarin onder meer is opgemerkt dat in het algemeen aan de exploitatie van prostitutie van minderjarigen misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht inherent is – is er, anders dan geldt ten aanzien van art. 273f, eerste lid aanhef en onder 3° en 4°, Sr (vgl. HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:554, NJ 2016/315 en HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:857, NJ 2016/314), geen grond ‘uitbuiting’ naast de overige bestanddelen aan te merken als een impliciet bestanddeel van art. 273f, eerste lid aanhef en onder 5°, Sr. De in het bestreden arrest besloten liggende andersluidende opvatting van het Hof is dan ook onjuist.’¹⁷⁸

De Hoge Raad komt dus niet tot het inlezen van een bestanddeel ‘uitbuiting’ in de delictomschrijving. Anders dan het geval is geweest in het arrest van 17 mei 2016, waarin ‘uitbuiting’ als bestanddeel is ingelezen in sublid 3, kiest de Hoge Raad er in deze zaak wel voor bij de uitleg van het sublid primair de specifiek op dit sublid betrekking hebbende passages uit de wetsgeschiedenis tot uitgangspunt te nemen.

5.6.2 Relatie van sublid 5 met enkele zedendelicten

De gedraging in sublid 5 was voorheen opgenomen in artikel 250a, eerste lid, sub 3 (oud) Sr en stond in de zedentitel.¹⁷⁹ Omdat de verbreding waarover eerder werd gesproken aan dit sublid deels¹⁸⁰ voorbij is gegaan, en de bepaling inhoudelijk slechts summier is gewijzigd, draagt dit sublid nog in sterke

¹⁷⁸ HR 2 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1823, NJ 2018/402.

¹⁷⁹ Sublid 5 kwam voor het eerst in de wet te staan met de inwerkingtreding van artikel 250ter, eerste lid, sub 3 (oud) Sr op 1 februari 1994.

¹⁸⁰ Deels omdat het toepassingsbereik natuurlijk wel is verbreed naar degene die een minderjarige ertoe brengt zijn organen tegen betaling beschikbaar te stellen.

mate een zedenkarakter. Lindenberg en Van Dijk beschouwen sublid 5 om die reden zelfs als zedenmisdrijf, hoewel het dus een plaats buiten de zedentitel heeft gekregen.¹⁸¹ Zo bezien kan sublid 5 als enigszins ontheemd worden beschouwd. Tegen deze achtergrond ligt het voor de hand dat sublid 5 inhoudelijk enige overlap kent met misdrijven tegen de goede zeden, de 'seksuele delicten'.¹⁸² Daarbij valt in de eerste plaats te denken aan de strafbaarstelling van koppelarij in artikel 250 Sr, meer in het bijzonder de algemene koppelarij-bepaling in artikel 250, eerste lid, sub 2 Sr.¹⁸³ Daarin wordt met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie bedreigd:

hij die, buiten de gevallen genoemd onder 1°, het plegen van ontucht door een minderjarige wiens minderjarigheid hij kent of redelijkerwijs moet vermoeden, met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert.

In de nota van wijziging die strekte tot zijn invoering zag de wetgever artikel 250ter lid 1 sub 3 (oud) Sr als een 'bijzondere bepaling' ten opzichte van artikel 250 Sr. Artikel 250ter lid 1 sub 3 (oud) Sr onderscheidt zich daarin van de koppelarijgedraging omdat het aan die laatste '[...] nog het element [toevoegt] dat de ontucht van de minderjarige met een derde plaatsvindt *in het kader van souteneurschap of prostitutie*' [cursivering: LE].¹⁸⁴ Kennelijk beschouwde de wetgever de gedraging in artikel 250ter lid 1 sub 3 Sr als een 'logische specialis' van de koppelarijgedraging, die hier dus als *generalis* functioneert.¹⁸⁵ Een belangrijk verschil is wel dat bij de mensenhandelgedraging de leeftijd is geobjectiveerd, daar waar dat bij koppelarij niet het geval is. Niet alleen voegt de voorganger van sublid 5 een element aan de koppelaarsgedraging toe, er gaat ook wat vanaf. De potentiële kring van strafrechtelijk aansprakelijk te stellen personen wordt daardoor niet alleen beperkt, maar in zekere zin ook uitgebreid. Dat laat onverlet dat bij sublid 5 steeds zal moeten komen vast te staan dat het handelen van de verdachte ertoe strekte de minderjarige zich voor seksuele handelingen met of voor een derde beschikbaar te stellen.

Naast de koppelarijgedraging kent sublid 5 ook inhoudelijke overlap met andere bepalingen in de zedentitel. Net als bij artikel 250 Sr gaat het ook bij

181 Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 12, p. 193.

182 Onder de misdrijven tegen de goede zeden (of eerbaarheid) worden op deze plek met Ten Voorde verstaan de met seksualiteit samenhangende zedenmisdriften. Ten Voorde volgt overigens de oorspronkelijk door de wetgever gehanteerde terminologie. Ten Voorde 2016, p. 191. Vgl. Smidt II 1891, p. 278-279.

183 In artikel 250, eerste lid, sub 1 Sr zijn de normadressaten beperkt tot personen die in een kwalitatieve verhouding tot de minderjarige staan, waaronder bijvoorbeeld zijn begrepen ouders, stiefouders en pleegouders. Het gaat hier, anders dan in artikel 250, eerste lid, sub 2 Sr, om (expliciete) kwaliteitsdelicten. Zie over kwaliteitsdelicten nader Kelk/De Jong 2016, p. 62.

184 *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, 5, p. 11-12 (memorie van antwoord).

185 Preciezer gaat het om een 'gekwalficeerde logische specialis', aangezien voor de mensenhandelgedraging zwaardere strafmaxima golden en gelden. Vgl. De Hullu 2018, p. 538.

de artikelen 248a en 248f Sr om een vorm van het ‘uitlokken van ontucht met een derde’.¹⁸⁶ In artikel 248a Sr is strafbaar gesteld:

Hij die door giften of beloften van geld of goed, misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding een persoon die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt of iemand die zich, al dan niet met een technisch hulpmiddel, waaronder een virtuele creatie van een persoon die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, voordoet als een persoon die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, opzettelijk beweegt ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen van hem te dulden, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

Zakelijk weergegeven is hier strafbaar gesteld degene die een minderjarige met gebruikmaking van bepaalde middelen opzettelijk beweegt ontuchtige handelingen te plegen.¹⁸⁷ In de memorie van toelichting is uitdrukkelijk bepaald dat het hier ook kan gaan om ontuchtige handelingen met een derde; om die reden werd in 2002 juist het bestanddeel ‘met hem’, dat eerder in dit artikel was opgenomen, geschrapt.¹⁸⁸ Er zijn verschillen tussen sublid 5 en artikel 248a Sr. Zo moet in artikel 248a Sr sprake zijn van dwang- of beïnvloedingsmiddelen (door giften of beloften *et cetera*) en is bovendien de leeftijd *niet* geobjectiveerd, waardoor het opzet of de *culpa* van de verdachte ook op deze omstandigheid moet zijn gericht. Tegelijk moet met Lindenberg en Van Dijk worden geconcludeerd dat de gedragingen elkaar in wezen weinig ontlopen.¹⁸⁹ Ze merken daarbij terecht op dat ook artikel 248a Sr als een prostitutie-gerelateerde bepaling wordt beschouwd.¹⁹⁰ Het verschil in strafmaxima tussen beide gedragingen¹⁹¹ is volgens hen ‘[...] niet eenvoudig te relativeren’.¹⁹²

186 Deze categorisering is ontleend aan Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 187-194. De auteurs onderscheiden zes vormen waarin het uitlokken van ontucht met een derde in een specifieke, bijzondere bepaling is strafbaar gesteld, te weten de artikelen 246, 247, 248a, 248f, 250 Sr en, ten slotte, ons sublid 5.

187 Het voert buiten het bestek van dit onderzoek om in te gaan op de strekking van het bestanddeel ‘ontuchtige handelingen’. Zie voor een uitgebreide verhandeling daarover Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 37-90.

188 Vgl. *Kamerstukken II* 2000/01, 27745, 3, p. 11 (memorie van toelichting). Zie uitgebreid over artikel 248a Sr: Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 133-137, p. 598-599.

189 Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 193: ‘Het verschil in strafmaximum is groot [tussen sublid 5 en artikel 248a Sr, LE], terwijl de door de bepalingen geraakte gedragingen weinig uiteen lijken te lopen’.

190 Zij verwijzen daarbij naar *Kamerstukken II* 2000/01, 27745, 3, p. 11 (memorie van toelichting), waarin de minister opmerkt dat het zowel in artikel 247, 248a als 248b Sr (mede) gaat om seksuele handelingen met een minderjarige prostituee.

191 Het strafmaximum van de ongekwalificeerde variant van sublid 5 is twaalf jaar gevangenisstraf, waar de maximumstraf voor het delict in artikel 248a Sr is gesteld op vier jaar.

192 Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 193.

Overlap is er ook nog met de delictsomschrijving in artikel 248f Sr, dat op 1 maart 2014 in werking trad. Ook daarin gaat het om het door bepaalde middelen – andere dan de in artikel 248a Sr geformuleerde – teweegbrengen dan wel bevorderen van het plegen van ontucht door een minderjarige met een derde. Overigens is in de parlementaire behandeling van deze wet geen aandacht geweest voor de inhoudelijke overlap met sublid 5. Omdat de middelen in artikel 248a en 248f Sr elkaar inhoudelijk kunnen overlappen, is het onderscheid tussen beide niet altijd duidelijk te maken.¹⁹³

Sublid 5 ziet *niet* op de prostituant.¹⁹⁴ De wetgever heeft in de strafbaarstelling van de prostituant van een minderjarige prostituee onder meer willen voorzien door het zonet besproken artikel 248a Sr, maar ook door het opnemen van een meer bepaalde strafbaarstelling die ziet op minderjarigen tussen de 16 en 18 jaar. In artikel 248b Sr is strafbaar gesteld:

Hij die ontucht pleegt met iemand die zich beschikbaar stelt tot het verrichten van seksuele handelingen met een derde tegen betaling en die de leeftijd van zestien jaren maar nog niet de leeftijd van achttien jaren heeft bereikt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

Dit delict onderscheidt zich van dat in sublid 5 omdat de wederrechtelijkheid van de gedraging is gegrondvest in de onwenselijke (seksuele) interactie die tussen twee personen plaatsheeft. In sublid 5 gaat het veeleer om de onwenselijkheid van het feit dat minderjarigen tot het verrichten van betaalde seksuele diensten worden aangezet. In relatie tot de gedraging in artikel 248b Sr gaat het in sublid 5 aldus om de persoon die het seksueel contact dat in artikel 248b Sr is gecriminaliseerd mogelijk maakt, ofwel de gelegenheid daartoe verschaft.¹⁹⁵

Beknopt is hierboven stilgestaan bij de relatie van sublid 5 met enkele, in de zedentitel opgenomen misdrijven. Daarbij hebben we ons beperkt tot de meest aan dat artikel gerelateerde zedenmisdrijven. De behandeling van de artikelen hierboven laat zien dat sublid 5 in materiële zin nog een sterke band heeft met de zedentitel, ook al is het daaruit sinds 2005 verdwenen.

¹⁹³ Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 192.

¹⁹⁴ De wetgever heeft dit geëxpliciteerd in *Kamerstukken II 1996/97, 25437, 3, p. 9* (memorie van toelichting).

¹⁹⁵ Hiervan was bijvoorbeeld sprake in de zaak die wel bekend is geworden als de ‘Valkenburgse zedenzaak’. Daarin ging het om een minderjarig slachtoffer dat ertoe was gebracht zich voor sekswerk beschikbaar te stellen. In die zaak werd door het OM voor de eerste maal ook op grote schaal ingezet op het vervolgen van de klanten van de minderjarige prostituee. Zie over de verhouding tussen artikel 248b Sr en artikel 273f, eerste lid, sub 5 Sr uitgebreid Nationaal Rapporteur 2015b, hfdst. 2.

5.6.3 Resumé

In de bespreking hierboven blijkt het brede beschermingsbereik van sublid 5. Enig faciliteren van minderjarigen in de prostitutie is reeds als mensenhandel strafbaar. Sublid 5 is wat dit betreft een typisch product van de jaren tachtig en negentig, waarin men op de in de jaren zestig ingezette liberaliseringsbeweging feitelijk al in grote mate was teruggekomen en waarin de ontvankelijkheid voor een grotere rol voor het strafrecht bij het reguleren van de zeden, vooral ten aanzien van minderjarigen, weer was gegroeid. Omdat de strekking van sublid 5 niet is gewijzigd met de verplaatsing naar de vrijheidstitel is moeilijk in te zien hoe deze gedraging zich precies tot het primair door de wetgever onderscheiden rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid verhoudt. Veeleer draagt sublid 5 primair nog een zedenkarakter en het is in dit verband dan ook veelzeggend dat ook Lindenberg en Van Dijk dit sublid nog onverkort als zedenmisdrif beschouwen. In de rechtspraak is sublid 5 ondertussen een relatief rustig bezit; door de Hoge Raad is het brede toepassingsbereik van sublid 5 recentelijk nog bevestigd.

5.7 DE PROFIJTTREKKERSBEPALINGEN IN SUBLEDEN 6 TOT EN MET 8

Voor de bespreking van de subleden 6, 7 en 8 is op deze plek één paragraaf gereserveerd. Aan deze keuze ligt het gelijkaardige karakter van deze onderdelen ten grondslag: steeds gaat het om het trekken van voordeel uit gedragingen die elders in artikel 273f Sr, en dus apart, zijn strafbaar gesteld.¹⁹⁶ De wetgever spreekt in dit verband ook wel van de profijttrekkers, en overweegt daarover in algemene zin:

‘In de onderdelen 6° tot en met 9° zijn allerlei vormen van het trekken van profijt uit mensenhandel en uitbuiting strafbaar gesteld. Voor een effectieve bestrijding van mensenhandel is het immers wenselijk dat niet alleen de mensenhandelaren zelf, maar ook de uitbaters van de uitbuiting waarop de mensenhandel is gericht, uitdrukkelijk strafbaar worden gesteld en daardoor effectief kunnen worden aangepakt. Voor deze uitbreiding heeft model gestaan artikel 250a, eerste lid, onderdelen 4° tot en met 6°.’¹⁹⁷

In het navolgende worden de profijttrekkersbepalingen apart van elkaar besproken. De meeste aandacht gaat uit naar de gedraging die in sublid 6 is opgenomen. De behandeling van subleden 7 en 8 kan vanwege de overlap

¹⁹⁶ De vraag kan worden gesteld of ‘uitbuiting’, dat bestanddeel is van sublid 6, als een apart strafbaar gestelde gedraging kan worden beschouwd. Hierop wordt in paragraaf 5.7.1 nog teruggekomen.

¹⁹⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 3, p. 18-19.

met sublid 6 vervolgens kort zijn. Hoewel door de wetgever ook de gedraging in sub 9 als profijttrekkersgedraging wordt beschouwd, wordt zij apart besproken in paragraaf 5.8; aan die keuze ligt ten grondslag dat de gedraging zich naar haar aard wezenlijk van de gedragingen in subleden 6 tot en met 8 onderscheidt.

5.7.1 Artikel 273f lid 1 sub 6 Sr

In artikel 273f lid 1 sub 6 Sr is strafbaar gesteld:

degene die opzettelijk voordeel trekt uit de uitbuiting van een ander.

De criminalisering van het voordeeltrekken uit prostitutie kende reeds een lange geschiedenis in het Wetboek van Strafrecht, zoals in hoofdstuk 3 is gedemonstreerd. De onderhavige bepaling kan, met enige stevige voorbehouden, als een opvolger van de klassieke souteneursgedraging worden gezien, die in artikel 432, sub 3, (oud) Sr stond en dus overtreding tegen de openbare orde was.¹⁹⁸ We zijn in hoofdstuk 3 te weten gekomen dat deze gedraging nog niet bestond uit enig dwangmiddel: het voordeel trekken uit de ontucht van 'eene vrouw' zonder meer was strafbaar, ongeacht de vraag of de betrokken vrouw dit voordeel al dan niet vrijwillig aan de souteneur afstond.¹⁹⁹ In de jaren zeventig en tachtig zijn voorstellen gedaan tot inperking van de strafbaarheid, met name door invoeging van een dwangmiddel.²⁰⁰ Tot nieuwe wetgeving kwam het pas op 1 oktober 2000, toen artikel 250a lid 1 sub 4 (oud) Sr in werking trad. Aan deze bepaling ontleent sublid 6 zijn redactie. Daarin werd ook de basis gelegd voor de metamorfose die de voordeeltrekkersbepaling in de jaren negentig zou doormaken. Was het voordeeltrekken in de souteneursgedraging nog gericht op de bevoordeling uit prostitutie *sec*, en had minister Korthals Altes voorgestaan daar de bevoordeling door dwang van te maken, de wetgever heeft met artikel 250a lid 1 sub 4 (oud) Sr uiteindelijk het oog gehad op een andersoortige gedraging. Daarin gaat het niet om de gedwongen afdracht uit seksuele handelingen met of voor een derde, maar om de bevoordeling uit seksuele handelingen waartoe de betreffende persoon is bewogen of gedwongen. We zien aan het onderscheid reeds dat met sublid 6 een andersoortige dader wordt aangesproken. De wetgever achtte de opnemering van een aparte strafbaarstelling van de voordeeltrekkers noodzakelijk aange-

198 Zie voor een uitgebreide beschrijving van artikel 432 sub 3 (oud) Sr paragraaf 3.3.3.1. Vgl. ook Lindenberg 2014, p. 44, die opmerkt dat '[...] de tekst van [de souteneursbepaling] de kiem [is] van waaruit artikel 273f lid 1, sub 6 Sr is gegroeid'.

199 Zie paragraaf 3.3.3.1.

200 Zoals we in paragraaf 3.3.3.1 hebben kunnen zien, gaf het door minister Korthals Altes geïnstigeerde voorstel tot wijziging van artikel 432 sub 3 Sr zelfs de klarenstoot voor de opheffing van het bordeelverbod in artikel 250bis (oud) Sr.

zien het volgens hem niet volstrekt zeker was '[...] of met behulp van deelnemingsconstructies in voldoende mate effectief kan worden opgetreden tegen achtergrondaders [...]'.²⁰¹ De wetgever expliciteert hier dus wie normadressaat is: degene die van de uitbuiting profiteert. Die persoon heeft dus, gelet op deze achtergrond, niet de persoon te zijn die de situatie van uitbuiting zelf heeft gecreëerd. Integendeel, de minister heeft met deze strafbaarstelling juist een andere, te onderscheiden normadressaat voor ogen gehad. In de passage die net al voorbijkwam, voegt hij daaraan nog de kwalificatie 'uitbater van de uitbuiting' toe, waardoor goed duidelijk wordt dat de wetgever met de profijttrekkersbepalingen in beginsel het oog heeft op een ander dan de mensenhandelaar dan wel de uitbouter zelf.²⁰² Overigens laat het voorgaande onverlet dat sublid 6 in de praktijk vaak in combinatie met de subleden 1 en 4 wordt ten laste gelegd en zelden alleen: in zulke zaken wordt de verdachte niet alleen het creëren van de uitbuiting zelf verweten, maar ook het trekken van voordeel daaruit.²⁰³ Het onderscheid tussen de uitbouter en de uitbater daarvan verdwijnt in deze zaken naar de achtergrond.

Sublid 6 zag als artikel 250a lid 1 sub 4 (oud) Sr uitsluitend op het opzettelijk voordeel trekken uit, kort gezegd, de prostitutie van een ander, terwijl de dader wist of redelijkerwijs had moeten vermoeden dat die ander zich onder de omstandigheden genoemd in het toenmalige sub 1 (dwangmiddelen) had beschikbaar gesteld (het huidige sublid 4). Anders gezegd was sprake van een systematische samenhang tussen de subleden die thans genummerd zijn als sublid 4 en 6. In 2005 is de strekking van de strafbaarstelling in sublid 4 verbreed tot andere dan seksuele arbeid of diensten. Ook sublid 6 is aan deze verbreding onderhevig geweest. Anders dan het volgen van de in sublid 4 gehanteerde redactie, is in sublid 6 de term 'uitbuiting' neergezet: voortaan zou elk opzettelijk voordeel trekken uit de uitbuiting van een ander strafbaar zijn. We hebben in hoofdstuk 4 reeds gezien dat het gebruik van de term 'uitbuiting' niet onproblematisch is, kort gezegd omdat de wetgever die term niet consistent hanteert in de wetsgeschiedenis en daarvan aldus meer betekenissen te onderscheiden zijn.²⁰⁴ De vraag is in dit geval dan ook waarnaar precies de term 'uitbuiting' in sublid 6 verwijst. Een voor de hand liggend antwoord op deze vraag zou zijn om voor wat de betekenis van dit begrip betreft aan te sluiten bij de vormen van uitbuiting die in het tweede lid onder woorden zijn gebracht. Daarop wijst ook de volgende overweging uit de memorie van toelichting van artikel 273a (oud) Sr:

'In het voorgestelde onderdeel 6° wordt het opzettelijk voordeel trekken uit uitbuiting, zoals omschreven in het tweede lid, strafbaar gesteld.'

201 *Kamerstukken II 1996/97*, 25437, 3, p. 9.

202 *Lindenberg 2014*, p. 33-39.

203 *Nationaal Rapporteur 2012*, p. 204. Zie ook *Lindenberg 2014*, p. 44.

204 Zie daarover paragraaf 4.2.2.

In het tweede lid van artikel 273f Sr worden, zoals in hoofdstuk 4 te zien is geweest, meerdere vormen van uitbuiting opgesomd, zonder dat wordt voorzien in een definitie van uitbuiting. Bovendien is de uitbuiting op zichzelf niet als zodanig strafbaar gesteld. De vraag rijst hier dus of de wetgever met sublid 6 het voordeel trekken uit een op zichzelf niet strafbare gedraging heeft willen criminaliseren. Lindenberg wijst terecht op de bewijsproblematiek die dat met zich kan brengen.²⁰⁵ Kennelijk moet de oriëntatie van de rechter er in deze gevallen op gericht zijn een bestanddeel te bewijzen dat niet verwijst naar een strafbare gedraging.

Naast de benadering die ervan uitgaat dat met 'uitbuiting' wordt verwezen naar de vormen van uitbuiting die in artikel 273f, tweede lid, Sr zijn opgesomd, kan ook een meer wetssystematische invalshoek tot uitgangspunt worden genomen. Daarbij moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat, hoewel uitbuiting niet als zodanig is strafbaar gesteld, er veel aanwijzingen zijn dat de wetgever met de 'uitbuiting' primair het oog heeft gehad op de gedraging die in sublid 4 is strafbaar gesteld: het vervuld zijn van de bestanddelen levert die uitbuiting op. De Hoge Raad heeft aan die gedraging evenwel wel een extra bewijsvereiste gesteld door de uitbuiting ook als impliciet bestanddeel van sublid 4 aan te merken.

Vanwege de historische relatie van het huidige sublid 6 met sublid 4 lijkt het ook verdedigbaar om te stellen dat de wetgever met het bestanddeel 'uitbuiting' het oog moet hebben gehad op de gedraging in sublid 4.²⁰⁶ Daarop wijzen ook de termen waarin de wetgever over deze gedraging heeft gesproken: sublid 4 heeft volgens hem immers primair het oog op de uitbuiting, daar waar bijvoorbeeld sublid 1 ziet op de activiteit van de mensenhandel (het handelen door een dwangmiddel met het oogmerk van uitbuiting), en dus *niet* op de uitbuiting *sec.*²⁰⁷ Tegelijk maakt de in hoofdstuk 4 reeds besproken brede, descriptieve betekenis van het uitbuitingsbegrip de zaken er hier niet makkelijker op.²⁰⁸ Als uitbuiting een omschrijving is van alle gedragingen die in artikel 273f, eerste lid, Sr zijn opgenomen, dan ligt de gevolgtrekking voor de hand dat sublid 6 bijvoorbeeld ook ziet op het voordeel trekken uit de gedragingen die zijn opgenomen in de subleden 1, 2 en 3. Enige grond kan wellicht ook worden gevonden in de passage die zonet aan het begin van paragraaf 5.7 is opgenomen: de wetgever spreekt daar over subleden 6 tot en met 9 als onderdelen die niet alleen het trekken van profijt uit *uitbuiting* strafbaar stellen, maar ook uit *mensenhandel*. Veronderstellende dat daaronder ook de subleden 1, 2 en 3 kunnen worden begrepen, ziet sublid 6 zo bezien ook op het voordeel trekken uit deze gedragingen. Voor zo'n benadering moet men intussen wel open staan; het bestanddeel 'uitbuiting' wordt nogal opgerekt

²⁰⁵ Lindenberg 2014, p. 40-41.

²⁰⁶ Zie ook Lindenberg 2014, p. 41.

²⁰⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 3, p. 18 (memorie van toelichting).

²⁰⁸ Zie paragraaf 4.2.2.

als deze lijn wordt aangehouden. Dat sublid 6 zich ook uitstrekt tot degenen die profiteren van de gedragingen die in subonderdelen 1 en 2 zijn opgenomen, staat overigens in de feitenrechtspraak niet ter discussie. Zoals zojuist al gemeld, worden de subleden 1, 4 en 6 vaak in combinatie met elkaar ten laste gelegd en ook bewezen.²⁰⁹

Naast het opnemen van de term uitbuiting is in sublid 6 nog een andere belangrijke wijziging doorgevoerd. Die ziet op de schuldvorm die heeft te gelden ten aanzien van datgene waaruit voordeel wordt getrokken. In de redactie van artikel 250a, eerste lid, sub 4 (oud) Sr ging het nog om het trekken van voordeel uit seksuele handelingen van een ander met of voor een derde tegen betaling, *terwijl de dader weet of redelijkerwijs moet vermoeden* dat die ander zich onder de in artikel 250a, eerste lid, sub 1 (oud) Sr genoemde omstandigheden beschikbaar stelt tot het plegen van die handelingen. Het oude artikel bediende zich dus van twee schuldvormen. In sublid 6 van artikel 273f Sr is deze formulering niet overgenomen ten aanzien van het (nieuwe) bestanddeel uitbuiting. De vraag rijst dan ook welke schuldvorm precies heeft te gelden ten aanzien van die uitbuiting. Geruime tijd bestond daarover onduidelijkheid in de feitenrechtspraak, totdat de Hoge Raad in 2015 arrest wees in een zaak waarin de uitleg van sublid 6 centraal stond.²¹⁰ Het arrest van de Hoge Raad is even kort als dogmatisch zuiver: omdat het woord ‘uitbuiting’ achter het bestanddeel ‘opzettelijk’ is geplaatst, beheerst dit opzet óók de uitbuiting.²¹¹ Alleen een redelijk vermoeden omtrent het bestaan van die uitbuiting volstaat dus niet langer. Bewezen zal moeten worden dat het opzet van de dader op de uitbuiting, op z’n minst in voorwaardelijke vorm, was gericht. De A-G staat overigens in haar conclusie voor dit arrest een benaderingswijze voor waarin onder het opzet in dit geval het ‘wetende dat’ wordt verstaan, maar verstaat daaronder overigens ook het voorwaardelijk opzet.²¹² Voor het verstaan van het opzet als ‘wetende dat’ is ook in dit specifieke geval veel te zeggen omdat het opzet immers ook hier, net als bij het bewijs van de misbruikbestanddelen, op een bepaalde omstandigheid moet zijn gericht en niet op een gevolg. Welbeschouwd is in sublid 6 dan strafbaar gesteld de persoon die opzettelijk voordeel trekt uit de uitbuiting van een ander, terwijl die persoon weet dat de ander is uitgebuit. Ook hier ligt het voor de hand dit weten te begrijpen als een weten van een daadwerkelijk bestaande situatie. Alleen indien de

209 Nationaal Rapporteur 2012, p. 204. Zie ook Lindenberg 2014, p. 44.

210 HR 8 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2467, NJ 2015/374. Over de feitenrechtspraak die zich voor het wijzen van het arrest door de Hoge Raad had ontwikkeld zie Lindenberg 2014, p. 49-57.

211 HR 8 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2467, NJ 2015/374, r.o. 3.3. De Hullu 2018, p. 221 spreekt in dit verband van een ‘algemene interpretatieregel’. Daarvan ging ook reeds de strafwetgever van 1886 uit, zie Smidt I 1891, p. 78. Zie ook Kelk/De Jong 2016, p. 253-254.

212 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken, ECLI:NL:PHR:2015:1353, bij HR 8 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2467, NJ 2015/374.

uitbuiting heeft plaatsgehad is er dus ruimte voor het bewijs van het opzettelijk voordeel trekken daaruit.

Het opzetbestanddeel in sublid 6 ziet nadrukkelijk ook op de gedraging van het 'voordeel trekken', zoals uit de tekst van de delictsomschrijving blijkt. De wetgever heeft hiermee proberen te voorkomen dat ook onachtzaamheid ten aanzien van de profijttrekking onder deze gedraging zou komen te vallen.²¹³ Nadrukkelijk is met sublid 6 dus niet bedoeld ook te voorzien in de strafrechtelijke aansprakelijkstelling van de onachtzame profiteur, wat overigens ook wel blijkt uit het wegvallen van de *culpa*-variant ten aanzien van de uitbuiting.

Ten aanzien van sublid 6 rest nog de vraag wat moet worden verstaan onder het trekken van voordeel, de *actus reus*-zijde van het delict. Lindenberg heeft erop gewezen dat over dit bestanddeel geen consensus bestaat, niet in de rechtspraak en evenmin in de rechtswetenschappelijke literatuur. Hij onderscheidt twee betekenissen die aan het voordeel trekken kunnen worden gegeven. In de eerste betekenis behoeft het voordeel trekken niet te bestaan uit een concreet aanwijsbaar voordeel, maar wel in een zekere bestendige rol die de voordeeltrekker omtrent de uitbuiting van een ander heeft gespeeld. Te denken valt bijvoorbeeld aan de *bodyguard* van een prostituee, die in zijn rol een zekere duurzame bron van inkomsten genereert uit de uitbuiting van de prostituee.²¹⁴ De tweede betekenis van het voordeel trekken vergt juist wel een concreet aanwijsbaar voordeel, er moet '[...] daadwerkelijk voordeel zijn genoten; iets wat men 'winst' zou kunnen noemen'.²¹⁵ In dit kader zoekt Lindenberg ook nadrukkelijk aansluiting bij de betekenis van het 'voordeel trekken' in andere strafbepalingen. Zo is in artikel 416, tweede lid, Sr (opzetheling) strafbaar gesteld degene die opzettelijk uit de opbrengst van enig door misdrijf verkregen goed voordeel trekt.

Wet noch wetsgeschiedenis geven een doorslaggevend antwoord op de vraag of ook sublid 6 zo moet worden begrepen dat het steeds moet gaan om het voordeel trekken uit de opbrengst van uitbuiting, en dus sprake moet zijn een concreet aanwijsbaar voordeel uit de uitbuiting. Lindenberg wijst overigens als belangrijke oorzaak aan dat sub 6 vaak ook wordt tenlastegelegd bij vervolging van de mensenhandelaar en uitbouter zelf, i.e. personen die haast per definitie ook in concrete zin voordeel trekken uit de door hen gecreëerde situaties; in de rechtspraak wordt daarmee zelden apart bij de vraag naar de voordeeltrekking stilgestaan, waardoor weinig duidelijkheid bestaat over de

213 Dat het nadrukkelijk willen uitsluiten van de onachtzame profiteur ook een argument oplevert voor het laten zien van het opzetbestanddeel op de uitbuiting, zoals A-G Spronken meent in haar conclusie voor het zojuist besproken arrest, is weinig overtuigend. De wetgever heeft, om dit doel te bereiken, immers het bestanddeel 'opzettelijk' op het voordeel trekken laten zien, en voorzag in de oude redactie van sublid 6 nu juist wel zelf in een *culpa*-onderdeel.

214 Lindenberg 2014, p. 41-49.

215 Lindenberg 2014, p. 43.

vraag wat onder ‘voordeel trekken’ in de zin van deze bepaling moet worden verstaan.²¹⁶

5.7.2 Artikel 273f lid 1 sub 7 Sr

In sub 7 is strafbaar gesteld:

degene die opzettelijk voordeel trekt uit de verwijdering van organen van een ander, terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat diens organen onder de onder 1° bedoelde omstandigheden zijn verwijderd.

De constructie van dit misdrijf is dezelfde als die is gehanteerd bij sub 6. Ook hier bestaat de verwijtbare handeling uit het voordeel trekken. Niet de uitbuiting, maar de verwijdering van organen van een ander is ditmaal de bron waaruit dat voordeel wordt getrokken.²¹⁷ Het *mens rea*-gedeelte van de gedraging bestaat uit twee aspecten. Ten eerste moet door de dader *opzettelijk* voordeel worden getrokken, net als bij de gedraging in sublid 6. Ten tweede moet er ofwel opzet ofwel sprake zijn van *culpa* met betrekking tot de verwijdering van de organen onder de in het eerste lid bedoelde omstandigheden. Ook als de dader niet zeker wist dat de organen als gevolg van het hanteren van een of meer dwangmiddelen zijn verwijderd, maar daarvan wel een vermoeden had moeten hebben, is het opzettelijk voordeel trekken dus strafbaar.

De delictsomschrijving in sublid 7 is gesteld in de voltooid tegenwoordige tijd. Dit duidt erop dat het een constitutief vereiste is dat de orgaanverwijdering daadwerkelijk heeft plaatsgehad. Dat maakt het aannemelijk dat sublid 7 vooral ook een rol speelt bij het bewijs van de gedraging die in sublid 4 en 5 is opgenomen, waarin immers is strafbaar gesteld de persoon die door een dwangmiddel een ander dwingt of beweegt zijn organen beschikbaar te stellen onderscheidenlijk de persoon die een minderjarige ertoe brengt zijn organen beschikbaar te stellen. Ook kan sublid 7 worden gebruikt in gevallen waarin de gedraging in subleden 1 en 2 daadwerkelijk tot de verwijdering van organen heeft geleid. Is echter wel sprake van een voltooid delict op voet van de subleden 1, 2, 4 en 5 maar heeft de orgaanverwijdering niet daadwerkelijk plaatsgehad, dan is voor een bewezenverklaring op grond van sublid 7 geen plaats. Op dit punt onderscheidt sublid 7 zich van sublid 6, omdat laatst-

²¹⁶ Lindenberg 2014, p. 44.

²¹⁷ Daar waar orgaanverwijdering in eerder besproken subleden onderdeel was van een delictsomschrijving waarin ook andere vormen van mensenhandel waren strafbaar gesteld, is er steeds voor gekozen niet specifiek op de orgaanverwijdering in te gaan, mede omdat ten aanzien daarvan nog weinig rechtspraak beschikbaar is. Nu sublid 7 uitsluitend op orgaanverwijdering ziet, is de keuze gemaakt daar wel een aparte paragraaf aan te wijden. Omdat met dit sublid weinig praktische ervaring is opgedaan, kan de bespreking relatief kort zijn.

genoemde sublid ook al kan worden bewezen indien nog niet gewerkt is, maar het slachtoffer zich uitsluitend voor arbeid of diensten beschikbaar heeft gesteld (sublid 4).

Ook bij sublid 7 geldt dat sprake moet zijn van een verband tussen het voordeel trekken enerzijds en de verwijdering van de organen anderzijds; daarop duidt het woord 'uit' in de delictsomschrijving. Wat onder het trekken van voordeel uit een gedwongen orgaanverwijdering moet worden verstaan, wordt uit de wetsgeschiedenis niet duidelijk. Voor zover bekend heeft ook nog geen vervolging plaatsgevonden op grondslag van dit sublid, wat het moeilijk maakt om de precieze afbakening van deze term in kaart te brengen. Wel is de laatste jaren steeds meer inzicht verschaft in de verschijningsvormen waarin dit delict zich kan voordoen.²¹⁸ Wat daarbij opvalt, is dat de illegale handel in organen doorgaans verloopt via een complexe keten van personen, die daarin alle hun eigen rol hebben. Zo zijn er koppelaars, die personen die patiënten en donoren met elkaar in contact brengen. Ook spelen in het proces van orgaanverwijdering artsen een belangrijke rol; zij zijn immers nodig om de transplantatie uit te voeren en te begeleiden. In de Israëlische *Netcare*-zaak, die uitgebreid is beschreven door Ambagtsheer, is bovendien zichtbaar dat tal van anderen bij de illegale orgaanhandel betrokken kunnen zijn, bijvoorbeeld verplegers en degenen die vliegtickets of hotelreserveringen regelen voor patiënten die naar het buitenland reizen om de illegale orgaantransplantatie plaats te laten vinden.²¹⁹ Indien de orgaanverwijdering onder dwang heeft plaatsgehad is het niet ondenkbaar dat deze schil van personen op voet van sublid 7 wordt vervolgd mits zij natuurlijk van de dwang waaronder de orgaanverwijdering heeft plaatsgehad op de hoogte waren of daarvan een vermoeden hadden of hadden moeten hebben.

5.7.3 Artikel 273f lid 1 sub 8 Sr

In sublid 8 is strafbaar gesteld:

degene die opzettelijk voordeel trekt uit seksuele handelingen van een ander met of voor een derde tegen betaling of de verwijdering van diens organen tegen betaling, terwijl die ander de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt.

De in sublid 8 opgenomen voordeeltrekkersbepaling sluit aan bij de in sublid 5 opgenomen gedraging. Het gaat om het voordeel trekken uit de seksuele handelingen door een minderjarige met of voor een derde of het voordeel trekken uit de betaalde orgaanverwijdering bij een minderjarige. Net als bij

²¹⁸ Zie over de *modi operandi* van orgaanhandelaren uitgebreid Ambagtsheer 2017 en De Jong 2017.

²¹⁹ Ambagtsheer 2017, p. 133-134.

sublid 7 rijst hier de vraag of de bedoelde seksuele handeling of de orgaanverwijdering daadwerkelijk moeten hebben plaatsgevonden. De redactie van sublid 8 wijst hier wel op. Dit maakt het aannemelijk dat sublid 8 alleen kan worden tenlastegelegd indien eerst wordt vastgesteld dat sprake is geweest van de gedraging die in sublid 5 is strafbaar gesteld en die gedraging daadwerkelijk tot de seksuele handeling of de orgaanverwijdering heeft geleid en niet uitsluitend tot het beschikbaar stellen daarvoor.

Anders dan bij sublid 7 is in sublid 8 geen *culpa*-variant opgenomen ten aanzien van de verrichte seksuele handelingen of de verrichte orgaanverwijdering. Vanwege het feit dat het bestanddeel 'opzettelijk' in sublid 8 vooraan is geplaatst, geldt ook hier dat de dader-profijttrekker daadwerkelijke wetenschap van die seksuele handelingen had. Het leeftijdsbestanddeel lijkt zich aan het opzetvereiste te onttrekken, vanwege de afbreking in de zin, herkenbaar aan het woord 'terwijl'.²²⁰ Ook in sublid 8 is de leeftijd dus geobjectiveerd; een beroep op verontschuldigbare dwaling zal niet snel slagen.

5.8 ARTIKEL 273F LID 1 SUB 9 SR

In deze paragraaf wordt de gedraging besproken die is strafbaar gesteld in sub 9 van artikel 273f, eerste lid, Sr. Aangevangen wordt met een algemene bespreking van deze gedraging, waarbij wordt teruggegrepen op de wetsgeschiedenis en hetgeen daarover reeds naar voren is gebracht bij de behandeling van de totstandkoming van eerdere mensenhandelartikelen, in hoofdstuk 3. Daarna wordt, in paragraaf 5.8.2, de blik gericht op een belangrijk arrest van de Hoge Raad van 16 oktober 2018.

5.8.1 De gedraging in sub 9

In sublid 9 is strafbaar gesteld:

Degene die een ander met een van de onder 1° genoemde middelen dwingt dan wel beweegt hem te bevoordelen uit de opbrengst van diens seksuele handelingen met of voor een derde of van de verwijdering van diens organen.

Dit sublid kent een zekere eigenstandige geschiedenis. In essentie kan de gedraging in sublid 9 worden beschouwd als de opvolger van het soute-neursverbod, dat – zoals we in hoofdstuk 3 hebben gezien – reeds sinds 1911 een plek had in het Wetboek van Strafrecht. Bij de invoering ervan was het soute-neursverbod opgenomen als overtreding gericht tegen de openbare orde. In

²²⁰ Lindenberg & Van Dijk, p. 111-112 spreken in dit kader ook wel van een 'breuk in het schuldverband'.

2000 werd het, met de invoering van artikel 250a (oud) Sr, een misdrijf tegen de zeden (in artikel 250a, eerste lid, sub 6 (oud) Sr). De achtergrond daarvan moge inmiddels als bekend worden verondersteld. Door ook in dit sub 6 dwangmiddelen op te nemen, werd samenhang bereikt met de andere gedragingen die in artikel 250a (oud) Sr waren opgenomen.

Dat het souteneursverbod pas in 2000 voor de eerste maal sinds 1911 werd gewijzigd, wekt onterecht de indruk dat het verbod vóór die tijd steeds onomstreden was. De uitgebreide bespreking van de historie van de strafbaarstelling in hoofdstuk 3 heeft ons al geleerd dat de twijfels omtrent de strafwaardigheid van de souteneur reeds in de jaren zestig waren ontstaan. De commissie-Stoffels adviseerde in 1964 dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid op voet van het artikel beperkt zou moeten worden tot de 'actieve souteneur';²²¹ volgens de commissie zou uitsluitend strafbaar moeten zijn de persoon die een ander *beweegt* hem uit ontucht te bevoordelen, waarbij die persoon dan

'[...] enige activiteit in welke vorm ook moet hebben uitgeoefend op de zich prostituerende om geld of onderhoud boven de mate van diens vrijwilligheid te verschaffen'.²²²

Ook Hartsuiker deed met zijn dissertatie uit 1964 een duit in het zakje. Anders dan de commissie-Stoffels adviseerde hij de strafbaarheid van de souteneur niet afhankelijk te maken van een beweegmiddel: het enkele weten of goedvinden dat de vrouw in de prostitutie werkzaam is, zou volgens hem volstaan. Wel stond Hartsuiker een benadering voor waarin de specifieke strafwaardigheid van het souteneurschap meer in de delictsomschrijving zou worden uitgedrukt. Die was er volgens Hartsuiker vooral in gelegen dat de man zich in de context van een "liefdesverhouding" van een zekere duur' door de vrouw geheel of gedeeltelijk laat onderhouden. Dat de wil van de vrouw op enige manier zou moeten worden geschaad, komt bij Hartsuiker niet terug. Met de strafbaarstelling heeft hij dan ook niet het oog op de bescherming van de individuele rechtsbelangen van de vrouw, maar beoogt hij vooral het instituut van het souteneurschap zelf te treffen. Evengoed kon de vrouw zelf daarbij een kwalijke rol spelen; volgens Hartsuiker is zij het immers die, behoudens uitzonderingen, vrijwillig ertoe overgaat de man uit haar inkomsten te onderhouden.²²³ Door het omvormen van het souteneurschap tot misdrijf (tegen de zeden) zou de weg worden geëffend voor de mogelijkheid om ook de vrouw zelf voor het souteneurschap te vervolgen, in de hoedanigheid van deelnemer: als uitlokker of als medeplechtige. Hartsuiker noemt het vervolgen

221 De commissie ontleent het onderscheid tussen de actieve en passieve souteneur aan Pompe, die dit introduceerde in zijn annotatie bij HR 21 september 1948, ECLI:NL:HR:1948:16, *NJ* 1949/13. Zie daarover ook paragraaf 3.3.2.

222 Stoffels 1964, p. 35-36.

223 Hartsuiker 1965, p. 116.

en bestraffen van de vrouw die het souteneurschap uitlokt, '[...] alleszins gerechtvaardigd [...]'.²²⁴

Naast de gedraging zelf kon ook de systematiek achter de strafbaarstelling van de souteneur op belangstelling rekenen. In 1911 had minister Regout besloten de souteneur, naast de bedelaar en landloper, in artikel 432 (oud) Sr op te nemen. Hoegenaamd werd met de strafbaarstelling van de souteneur dus primair de openbare orde beschermd. Tegelijkertijd werd de souteneursgedraging als een zwaarder vergrijp gedacht dan dat van de bordeelhouder of koppelaar, wiens gedragingen wél als misdrijf in het Wetboek van Strafrecht waren opgenomen. Hartsuiker heeft er in dit verband terecht op gewezen dat aan de keuze om het souteneursverbod in de titel met overtredingen tegen de openbare orde op te nemen vooral een strafvorderlijk argument ten grondslag heeft gelegen.²²⁵ Omdat de voorstelling bij de souteneursfiguur er een was van een 'gevaarlijke parasiet', een die – net als de landloper en de bedelaar – meer baat zou hebben bij een zekere heropvoeding dan bij straf, werd de bijkomende straf van plaatsing in een rijkswerkinrichting de meest passende strafmodaliteit gevonden. Te zien is hier dus dat de oriëntatie op de straf ook de indeling en systematisering van het strafbaar feit heeft bepaald; het gebrek aan opportune strafmodaliteiten in de misdrijventitel is van doorslaggevende betekenis geweest voor de systematisering van het souteneursverbod als overtreding en voor de indeling ervan in de titel over de openbare orde.

Deze ontwikkeling laat onverlet dat over de souteneur in veel pejoratieve termen werd gesproken dan over de bordeelhouder of koppelaar.²²⁶ Ofschoon het souteneursverbod 'slechts' een overtreding was, soutenage werd – buiten de systematiek van het strafwetboek om – wel degelijk als een ernstig vergrijp gezien en met de criminalisering van de souteneur werd niet zozeer de openbare orde beschermd, maar veeleer de goede zeden. De figuur van de souteneur, zo merken Stoffels c.s. op, wekte de hevigste emoties op, veel heviger dan die ten aanzien van de bordeelhouder of koppelaar:

'Men zag deze figuur als de man die de prostitutie organiseerde, de vrouw uitbuitte, haar aanzette tot grotere activiteit ter vermeerdering van eigen profijt, daarbij de schandelijkste dwangmiddelen en bedreigingen niet schuwde en het niet zelden niet bij bedreigingen liet'.²²⁷

Pas in 1983 komt er beweging in de activiteit van de strafwetgever omtrent de strafbaarstelling van de souteneur. In hoofdstuk 3 is hier reeds uitgebreid bij stilgestaan. Toenmalig minister Korthals Altes van Justitie zag zich door de wens om de bijkomende straf van plaatsing in een rijkswerkinrichting af

224 Hartsuiker 1965, p. 117.

225 Hartsuiker 1965, p. 105-106.

226 Stoffels 1964, p. 27.

227 Stoffels 1964, p. 27.

te schaffen, geplaatst voor de keuze of, en zo ja, in welke vorm de strafbaarstelling van de souteneur zou moeten worden behouden. Indachtig de adviezen van de commissies van Stoffels en Melai, heeft hij zich daarbij georiënteerd op de souteneur die een bijdrage zou leveren aan de inperking van de keuzevrijheid van prostituees. Omdat hij de door de commissie-Stoffels gemunte term 'beweegt' te vaag vond, stelde hij de strafbaarstelling voor van de persoon die door enig dwang- of pressiemiddel de prostituee zou dwingen dan wel bewegen tot het hem of haar uit de opbrengst van de seksuele handelingen bevoordelen. In de voorstelling van Korthals Altes zou het deze bepaling, die dus in feite een bewerking betrof van de souteneursgedraging, zijn die in de plaats zou komen niet alleen van artikel 432 sub 3 (oud) Sr, maar ook van artikel 250bis (oud) Sr, waarin in 1983 nog het bordeelverbod was opgenomen; dit nieuwe souteneursverbod – dat inmiddels allang niet meer deze naam droeg – zou daarmee niet alleen voorzien in de strafbaarstelling van de 'typische' souteneur, maar ook in die van de voordeeltrekkende bordeelhouders of koppelaar.

De wens om het bordeelverbod op te heffen, strandde evenwel in de Eerste Kamer. Toen vanaf 1996 minister Sorgdrager opnieuw – en ditmaal uiteindelijk met succes – de opheffing van het bordeelverbod voorstelde, was de aandacht vooral gericht op het voordeeltrekken uit *gedwongen* prostitutie. Uiteindelijk zou deze gedraging moeten voorkomen dat strafbare exploitatie van prostitutie na opheffing van het bordeelverbod straffeloos zou blijven, overigens in combinatie met de in 1994 al in werking getreden gewijzigde strafbaarstelling van mensenhandel. Het is opmerkelijk dat in de wetgevingsoperatie vanaf 1996 de souteneursgedraging haast uit het debat lijkt te zijn verdwenen. Pas later in het wetgevingsproces komt de minister met een nota van wijziging die een afgeleide van het souteneursverbod inhoudt en die opmerkelijk genoeg veel wegheeft van de bepaling waarmee Korthals Altes in 1983, onvoorzien, de klarenstoot had gegeven voor een debat over de opheffing van het bordeelverbod.

De wetgever heeft de souteneursgedraging sinds 1983 steeds als een *specialis* van het dwangdelict in artikel 284 Sr beschouwd. Het gaat hier om een systematische *specialis*, aangezien de dwangmiddelen in sublid 9 niet letterlijk uit artikel 284 zijn overgenomen, maar aan sublid 1 zijn ontleend. De dwang is ten opzichte van de *generalis* in artikel 284 Sr niet het onderscheidende kenmerk; dat is veeleer het doel waartoe de dwang door de verdachte wordt aangewend: het afstaan van de opbrengsten die uit sekswerk zijn verkregen.

Opvallend aan sublid 9 is dat het door dwang laten afstaan van opbrengsten uit sekswerk strafbaar is, ook indien dit sekswerk niet onder dwang geschiedde. De aansluiting van sublid 9 met de andere subleden in lid 1 ligt dan ook niet besloten in de dwang waarmee dat werk gepaard ging. Op de keper beschouwd is in wezen de enige relatie met de andere onderdelen dat ook dit delict ziet op 'dwang in het kader van sekswerk', maar anders dan bijvoorbeeld bij de subleden 1, 4 en 6 behoeft het daarbij niet vast te staan

of iemand ook door die dwang tot het werk is gebracht. Het heeft daarmee een gelijkend, maar toch echt wezenlijk ander karakter dan die andere gedragingen. De gedraging die in sublid 9 is strafbaar gesteld kan zich ook voordoen volledig buiten de context van gedwongen werk in de seksindustrie.

De gedraging in sublid 9 ontleent een groot deel van haar inhoud aan andere onderdelen binnen artikel 273f Sr. Zo worden ook hier de dwangmiddelen gehanteerd die in sublid 1 zijn uitgeschreven. In potentie omvat de strafbaarstelling elke vorm van bevoordeling uit de opbrengst van seksuele handelingen of de verwijdering van organen. Doorgaans zal het gaan om directe, financiële bevoordeling, zoals het afstaan van geld. De bevoordeling kan ook bestaan uit andere, minder directe financiële voordelen, bijvoorbeeld in de meer klassieke gevallen waarin de een (de souteneur) door de ander (de prostituee) wordt onderhouden.

De misbruikbestanddelen worden, zoals bij de bespreking van de subleden 1 en 4 al ruimschoots is belicht, door de Hoge Raad zodanig breed uitgelegd dat daaronder ook valt degene die een bepaalde handeling ten aanzien van een persoon verricht wetende dat die persoon zich in een kwetsbare of ongelijkwaardige positie bevindt. Bezien vanuit deze optiek, en beperkt tot deze misbruikbestanddelen, kan de in sublid 9 opgenomen gedraging zo worden geherformuleerd dat steeds sprake moet zijn van een persoon A die persoon B beweegt om hem te bevoordelen uit de opbrengst van diens sekswerk, terwijl persoon A weet dat persoon B zich in een kwetsbare of ongelijkwaardige positie ten opzichte van hem bevindt.

Het bestanddeel 'beweegt' uit sublid 9 drukt uit dat tussen de bedoelde dwangmiddelen en het bevoordelen een oorzakelijk verband dient te bestaan. Het bevoordelen door B moet dus kunnen worden beschouwd als het resultaat van het door A gehanteerde middel. De brede uitleg van de misbruikbestanddelen leidt hier tot een probleem waaraan wij eerder raakten bij de bespreking van de subleden 1 en 4. Als namelijk voor het bewijs van het misbruik van overwicht of een kwetsbare positie volstaat dat A zich daarvan bewust was, valt niet goed in te zien waardoor dan precies B tot het bevoordelen van A is gekomen. B kan toch moeilijk door een veronderstelde wetenschap omtrent zijn eigen kwetsbare positie aan de kant van A tot het bevoordelen zijn geraakt? Die wetenschap *an sich* zegt namelijk niets over de reden waarom B de ander, A, bevoordeeld heeft. Het lijkt hier opportuun om het bestanddeel 'beweegt' zo uit te leggen dat sprake moet zijn van enige inwerking van het door de verdachte gehanteerde middel op het betreffende resultaat, i.c. het bevoordelen. Daarmee blijft de eis van wetenschap van het overwicht of de kwetsbare positie overeind, maar moet bovendien komen vast te staan dat dit overwicht of de kwetsbare positie redelijkerwijs als oorzaak voor het bevoordelen kan worden aangewezen. Overigens lijkt het geëigend ook hier niet als vereiste te stellen dat het middel de enige, of zelfs maar doorslaggevend de reden is geweest om de verdachte te bevoordelen.

De vraag kan nog worden gesteld of het voor een bewezenverklaring van de in sublid 9 opgenomen gedraging vereist is dat het daadwerkelijk tot een bevoordelen van de verdachte is gekomen. Zulks vloeit onzes inziens reeds uit het bestanddeel 'beweegt' voort, dat immers ziet op een oorzakelijk verband tussen de middelen waarnaar in de delictsomschrijving wordt verwezen en het bereiken van een concreet resultaat, namelijk het bevoordelen. Bovendien lijkt het voor de hand te liggen dat, als de wetgever een bredere strekking voor ogen had gestaan, hij daarin wel de formule van het 'zich beschikbaar stellen tot' of een soortgelijk bestanddeel had opgenomen. De Hoge Raad heeft zich over de vraag nimmer uitgelaten. In de summier feitenrechtspraak waarin de uitleg van sublid 9 centraal staat, is deze vraag tot op heden eenmaal expliciet naar voren gebracht. De Rechtbank Den Haag overweegt in haar vonnis van 23 maart 2018:

'Naar het oordeel van de rechtbank is evenmin vereist dat daadwerkelijk van bevoordeling sprake is geweest. De tekst van artikel 273f, eerste lid, sub 9 Sr biedt ruimte voor die opvatting. Bovendien komt een dergelijke uitleg tegemoet aan de strekking van de strafbaarstelling van mensenhandel, te weten het belang van behoud van iemands geestelijke en lichamelijke integriteit en persoonlijke vrijheid. Immers, door met een dwangmiddel iemand ertoe te bewegen hem te bevoordelen uit de opbrengst van diens seksuele handelingen met of voor een derde is daarmee diens geestelijke integriteit en persoonlijke vrijheid reeds geschonden en naar het oordeel van de rechtbank is daarmee het delict voltooid.'²²⁸

De rechtbank verwijst hier voor haar uitleg dus direct terug naar de rechtsbelangen die met de strafbaarstelling van mensenhandel worden beschermd. Tegen de achtergrond van de historie van de gedraging die in sub 9 is strafbaar gesteld, valt op dat de vrijheidsbeperking hier als centrale onderdeel van deze subgedraging wordt gepresenteerd. De vraag is in hoeverre dit juist is. Natuurlijk is door opneming van de dwangmiddelen een relatie met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid getrokken. De status van de gedraging in sub 9 als voordeeltrekkersdelict maakt evenwel juist dat niet alleen het bewijs van enig dwangmiddel behoort centraal te staan, maar juist ook de vraag *wat* door het aanwenden daarvan is bewerkstelligd. Indien de wetgever niet had gewild de daadwerkelijke voordeeltrekking als constitutief vereiste te laten gelden, dan had het bovendien in de rede gelegen dat hij – net als bijvoorbeeld in sub 4 – gebruik had gemaakt van het bestanddeel 'beschikbaar stellen' of – zoals in sub 1 – het oogmerkbestanddeel. Daarnaast kan nog worden opgemerkt dat de wetsgeschiedenis van het bestanddeel 'beweegt', ook indien dat onderdeel uitmaakt van andere, niet onmiddellijk aan mensenhandel gerelateerde

228 Rb. Den Haag 23 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:3899.

delictsoomschrijvingen,²²⁹ vrij dwingend tot de conclusie leidt dat dit een oorzakelijk verband veronderstelt tussen een middel enerzijds en een daadwerkelijk ingetreden resultaat anderzijds.

5.8.2 Uitbuiting als bestanddeel van sublid 9

Hierboven is aan de hand van de wetsgeschiedenis een beeld verkregen van de strekking van de gedraging die in sub 9 is strafbaar gesteld. In zijn arrest van 16 oktober 2018 heeft de Hoge Raad daaraan een belangrijke dimensie toegevoegd door in sub 9, net als in het geval van de subleden 3 en 4, het bestanddeel ‘uitbuiting’ in te lezen. Hoewel door de Hoge Raad wederom gepresenteerd als ‘impliciet bestanddeel’, lijkt het uitbuitingsbestanddeel ook hier weer feitelijk als een soortement van kwalificatievereiste te worden gehanteerd: het bewijs van de gedraging in sub 9 is eerst geleverd indien die gedraging gepaard ging met omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld. Het ligt voor de hand dat in het vervolg ook bij het bewijs de criteria uit het *Chinese horeca*-arrest een rol hebben te vervullen. Verdere afbakening van de gedraging zal in concrete gevallen dus geschieden over de band van de beoordelingscriteria van de aard en duur van de verrichte werkzaamheden, de beperkingen die de situatie meebracht voor het slachtoffer en het economisch voordeel dat door de voordeeltrekker is behaald.

Net als bij sub 3 laten zich ook hier belangrijke kanttekeningen plaatsen bij de uitleg die de Hoge Raad heeft gegeven. De bezwaren laten zich opdelen in een wetshistorisch, wetssystematisch en wetstechnisch argument. Om deze argumenten nader uiteen te kunnen zetten, worden hier eerst de relevante overwegingen van de Hoge Raad weergegeven:

‘2.4.1. Mede gelet op de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis en in aanmerking genomen dat handelen in strijd met art. 273f, eerste lid aanhef en onder 9°, Sr wordt gekwalificeerd als “mensenhandel” en ten tijde van het tenlastegelegde werd bedreigd met een gevangenisstraf van zes jaren (thans twaalf jaren), moet worden aangenomen dat de onder 9° omschreven gedragingen alleen strafbaar zijn als zij zijn begaan onder omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld. Uit die wetsgeschiedenis blijkt immers dat in het bijzonder werd beoogd alle gevallen van (seksuele) uitbuiting tegen te gaan. Dat art. 250a, eerste lid aanhef en onder 6°, Sr (welke bepaling de voorganger is van art. 273f, eerste lid aanhef en onder 9°, Sr) blijktens de geschiedenis van de totstandkoming van die bepaling zoals weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 8, ertoe strekte ook het profiteren van vrijwillige – en dus niet als “uitbuiting” aan te merken – prostitutie tegen te gaan, leidt niet tot een ander oordeel, mede in aanmerking genomen dat de opsomming van strafbare gedragingen en “middelen” in art. 250a,

²²⁹ Te denken valt in het bijzonder aan artikel 248a Sr, waarin de seksuele verleiding van jeugdigen is strafbaar gesteld en artikel 326 Sr (oplichting).

eerste lid aanhef en onder 6°, Sr beduidend beperkter is dan die in art. 273f, eerste lid aanhef en onder 9° in samenhang met art. 273f, eerste lid aanhef en onder 1°, Sr.

2.4.2. Dit brengt mee dat de in art. 273f, eerste lid onder 9°, Sr bedoelde gedragingen van degene die een ander dwingt dan wel beweegt hem te bevoordelen als in die bepaling bedoeld, eerst dan als 'mensenhandel' kunnen worden bestraft indien uit de bewijsvoering volgt dat is voldaan aan voormelde voorwaarde dat die gedragingen zijn begaan onder omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld. 'Uitbuiting' moet worden aangemerkt als een impliciet bestanddeel van art. 273f, eerste lid aanhef en onder 9°, Sr (vgl. HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:556, NJ 2016/315 ten aanzien van het vierde onderdeel van art. 273f, eerste lid, Sr).²³⁰

Ten eerste het wetshistorisch argument. Zoals hierboven is te zien, hecht de Hoge Raad veel waarde aan het feit dat de wetgever de gedraging in sub 9 als een vorm van seksuele uitbuiting heeft beschouwd. De wetgever heeft inderdaad in deze termen gesproken. In hoofdstuk 4 is echter ook duidelijk geworden dat het begrip 'uitbuiting' door de wetgever van uiteenlopende betekenissen is voorzien; het werd om die reden een homoniem begrip genoemd.²³¹ Uit niets in de wetsgeschiedenis blijkt evenwel dat de wetgever het heeft voorgestaan deze kwalificatie als een aansprakelijkheidsbeperkende voorwaarde te laten gelden, zeker niet in het geval van sub 9. Uit de wetsgeschiedenis kan immers worden afgeleid dat de wetgever met de strafbaarstelling ook – of juist! – het oog heeft gehad op het door dwang profiteren uit *vrijwillig* sekswerk, zoals in paragraaf 3.3.3.3 is besproken. Ook advocaat-generaal Bleichrodt, die in zijn conclusie voor dit arrest tot de slotsom komt dat het uitbuitingsbestanddeel om wetshistorische en wetssystematische redenen *niet* van sub 9 onderdeel uitmaakt, merkt op dat de strafbaarheid van de gedraging in sub 9 zonder dat sprake is van onvrijwillige prostitutie door de wetgever 'nadrukkelijk onder ogen [is] gezien en aanvaard' en heeft in de wetsgeschiedenis '[...] geen aanknopingspunten kunnen vinden die erop wijzen dat de wetgever bij de introductie van de strafbaarstelling van art. 273a (oud) Sr hierover anders is gaan denken'.²³²

Hier sluit het wetssystematische argument bij aan. Tegen het oordeel van de Hoge Raad kan namelijk worden ingebracht dat de wetgever, had hij de uitleg van de Hoge Raad hebben voorgestaan, nooit met de redactie van sub 9 op de proppen zou zijn gekomen: het ligt namelijk voor de hand dat straf-

230 HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1941.

231 Zie daarover uitgebreid paragraaf 4.4.2.

232 Concl. A-G F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2018:394, bij HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1941.

baarstelling van de gedraging in sub 6 makkelijk deze functie had kunnen vervullen.²³³ Hieraan kan nog worden toegevoegd dat sub 9 in artikel 250a (oud) Sr (als sub 6) juist is opgenomen als aanvulling op de strafrechtelijke bescherming die via de andere onderdelen van het mensenhandelartikel zou kunnen worden geboden. De wetgever had er namelijk twijfels over of de *onvrijwillige* afdracht na *vrijwillige* prostitutie steeds succesvol op grond van artikel 250a (oud) Sr, het afpersingsdelict (artikel 317 Sr) of het algemeen dwangdelict (artikel 284 Sr) vervolgd zou kunnen worden en meende daarom dat het vereist was dat de 'onvrijwillige afdracht van uit prostitutie afkomstig [sic] gelden alsnog strafbaar wordt gesteld'.²³⁴

Ook een ander systematisch aspect speelt hier nog een rol, een aspect waar ook bij de bespreking van sub 3 al aandacht naar is uitgegaan. Zo valt in de overwegingen van de Hoge Raad op dat, naast de voornoemde kwalificatie als vorm van seksuele uitbuiting, ook veel waarde wordt gehecht aan de delictskwalificatie 'mensenhandel' en de strafbedreiging die op alle gedragingen in artikel 273f, eerste lid, is gesteld. Het is echter de vraag of dit beroep op algemene wetseigenschappen voldoende recht doet aan de tamelijk specifieke subgedragingen die de wetgever onder de noemer van de mensenhandel heeft willen brengen. Als uit de wetsgeschiedenis zo duidelijk is wat de wetgever met de strafbaarstelling van een specifieke gedraging heeft beoogd, dan is het de vraag hoeveel gewicht deze algemene aspecten in de schaal moeten leggen, zeker ook nu de wetgever zelf niet heeft nagelaten te benadrukken dat in artikel 273f zeer verschillende gedragingen zijn strafbaar gesteld. Overigens kan hiertegen in worden gebracht dat zowel kwalificatie als strafbedreiging belangrijke elementen kunnen vormen bij de interpretatie van (bestanddelen van) delictsomschrijvingen. Bovendien geldt dat de rechter vrij is daarbij die bronnen te kiezen die hem goeddunken, er is met andere woorden geen 'rangorde' tussen interpretatiemethoden. Toch wringt de uitleg die de Hoge Raad aan sublid 9 heeft gegeven en we vermoeden dat dit hier, opnieuw, net als bij sublid 3, te maken heeft met het feit dat uit de wetsgeschiedenis zo evident blijkt welke strekking de wetgever aan de gedraging heeft willen meegeven. Sublid 9 ligt weliswaar ingebed in een structuur met zware delictskwalificatie en dito strafbedreiging, maar hoe relevant is dat als de wetgever er geen misverstand over heeft laten bestaan wat hij met de strafbaarstelling van de concrete gedraging heeft willen bereiken? Mijns inziens moet de betekenis van de systematiek in deze gevallen gerelativeerd worden en de uitgangspunten van de wetgever gerespecteerd.²³⁵

233 Zo ook F.W. Bleichrodt in voornoemde conclusie, o. 19.

234 *Kamerstukken II* 1997/98, 25437, 5, p. 23.

235 Zo ook Bleichrodt, die in zijn voormelde conclusie opmerkt dat de kritiek '[...] die in de literatuur is geuit op de reikwijdte van onderdeel 9 [...] vooral de rechtspolitieke afweging in het wetgevingstraject [raakt]'. Die kan volgens hem niet leiden '[...] tot een uitleg die afwijkt van de bedoeling van de wetgever, zoals deze kan worden afgeleid uit de tekst van de wet, de Kamerstukken en de verhouding van de verschillende onderdelen van art.

Een derde, en laatste, argument ziet op de wetstechniek. Het gaat hier vooral om de vraag naar de comptabiliteit van het uitbuitingsbestanddeel met de delictsomschrijving in sublid 9, problematiek die ook al aan de orde is gekomen bij de bespreking van de subleden 3 en 4. Ook hier weer luidt de vraag: waar zou – als we dat als bestanddeel zouden beschouwen – de uitbuiting in de tekst van de delictsomschrijving moeten worden opgenomen? En ervan uitgaande dat door invoeging van ‘uitbuiting’ ook voor sublid 9 de *Chinese horeca*-criteria relevantie hebben, hoe kan die formule dan goed op die gedraging worden toegepast? Moet vooral worden gekeken naar de aard en zwaarte van de gehanteerde dwangmiddelen? En zo ja, is alleen het misbruik van een kwetsbare positie dan niet genoeg om over uitbuiting te kunnen spreken? Moet in die gevallen weer meer worden gekeken naar de feitelijke handelingen die de profiteur heeft verricht waardoor iemand is gedwongen of bewogen? En, voortbordurend op de *Chinese horeca*-criteria, hoe verhouden eigenlijk de ‘aard en duur van de tewerkstelling’ zich tot het delict in sub 9, waarin immers dat werken zelf niet onvrijwillig hoeft te hebben plaatsgevonden. Het zijn allemaal vragen die rijzen nu ‘uitbuiting’ volgens de Hoge Raad ook een plek moet hebben in de delictsomschrijving van sublid 9. Problematisch daarbij is vooral dat eenzelfde techniek wordt gehanteerd voor de afbakening van zeer uiteenlopende gedragingen, met verschillende redacties. Bovendien ook dat de *Chinese horeca*-criteria van oudsher op een heel andere delictsomschrijving zijn toegespitst waarbij onmogelijk ook de gedraging in sublid 9, of die in sublid 3, in ogenschouw kon worden genomen.

Hoe dit ook zij, duidelijk is dat door het arrest van de Hoge Raad de strafrechtelijke aansprakelijkheid op grond van sublid 9 in belangrijke mate is beperkt, terwijl – net als bij sublid 3 – tamelijk duidelijk is dat de wetgever daar niet van heeft willen weten. Ook hier, kortom, is de vraag of de strafrechtelijke bescherming op basis van artikel 273f Sr niet op onwenselijke wijze is ingeperkt. Bovendien kunnen kanttekeningen worden geplaatst bij de wijze waarop dat is gebeurd. Net als bij sublid 3 is gebleken dat meer algemene wetseigenschappen – de delictskwalificatie en de strafbedreiging – beslissend zijn gemaakt bij de interpretatie van het delict, hoezeer ook de wetsgeschiedenis over de bedoelingen van de wetgever geen misverstand laat bestaan. Ook zien we dat de omschrijving van het delict als uitbuitingsvorm veel gewicht in de schaal legt, terwijl de wetgever die typering niet als aansprakelijkheidsbeperkende voorwaarde heeft gedacht.

273f, eerste lid, Sr’. Concl. A-G F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2018:394, o. 21, bij HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1941.

5.9 RESUMÉ

In dit hoofdstuk is het zoeklicht geplaatst op de gedragingen die in artikel 273f, eerste lid, Sr als mensenhandel zijn strafbaar gesteld. Weinig verrassend is de conclusie dat deze gedragingen zeer verschillend van aard zijn. Die vaststelling geldt niet alleen de inhoud van de gedragingen, maar ook de wijze waarop die gedragingen zijn geconstrueerd. Zo bevatten de eerste drie subleden formeel omschreven gedragingen, terwijl de andere gedragingen een materiëler opzet kennen. De gedragingen verhouden zich diensgevolge op verschillende wijzen tot de eventuele gevolgen die door het begaan van een strafbare gedraging kunnen intreden en daarmee ook tot het rechtsbelang dat ermee wordt beschermd. Subleden 1 tot en met 3 vergen niet dat het door de verdachte beoogde gevolg is ingetreden, in subleden 4 tot en met 9 gaat het steeds wel om een zeker resultaat dat als gevolg van het handelen is veroorzaakt.

Dit hoofdstuk overziend kan worden gezegd dat de Hoge Raad in recente jaren belangrijke standaardarresten heeft gewezen die het toepassingsbereik van de subleden 1 tot en met 4 hebben afgebakend. Ook voor de subleden 5, 6 en 9 is dat het geval. Wat opvalt is dat ten aanzien van de subleden 1, 3, 4, 6 en 9 sprake is van een restrictieve uitleg, terwijl het toepassingsbereik van de bepalingen ten aanzien van minderjarigen juist intact is gebleven of zelfs is verruimd. Zo blijft de Hoge Raad vasthouden aan de brede uitleg die aan sublid 5 kan worden gegeven. En bij de uitleg van sublid 2, dat een *specialis* is van sublid 1, draagt de Hoge Raad de feitenrechter op met de omstandigheid van de minderjarigheid extra rekening te houden.

De Hoge Raad heeft in enkele standaardarresten veel aan het formele karakter van de subleden 1 tot en met 3 afgedaan. De eisen die hij stelt aan het bewijs van het bestanddeel ‘oogmerk van uitbuiting’, dat in subleden 1 en 2 staat, zijn primair georiënteerd op de situatie waarin die uitbuiting daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Deze uitleg leidt ertoe dat de vraag of de verdachte het bedoelde oogmerk had sterk afhankelijk wordt gemaakt van het gevolg dat door zijn handelen is ingetreden. *Mutatis mutandis* geldt dit ook de gedraging in sublid 3. Daarin heeft de Hoge Raad immers een bestanddeel ‘uitbuiting’ ingelezen en het bewijs van dit bestanddeel geschiedt langs exact dezelfde lijnen als die die worden toegepast bij het bewijs van het oogmerk van uitbuiting. Al met al kan worden gesteld dat de formeel omschreven gedragingen door de geldende bewijsvereisten in feite veel van hun formele karakter hebben verloren. Het wetsartikel heeft daarmee blootgestaan aan wat wel een zekere ‘materialisering’ kan worden genoemd.

De uitleg van de Hoge Raad heeft het verkrijgen van een goed begrip van de strekking van de strafbaarstelling van mensenhandel er niet in alle opzichten eenvoudiger op gemaakt. Waar vanuit wetssystematisch perspectief nog een tamelijk grove indeling kon worden gemaakt in formeel omschreven gedragingen – subleden 1 tot en met 3 –, gedragingen die zien op het kwalijke

gevolg van die formeel omschreven gedragingen – opgenomen in subleden 4 en 5 – en gedragingen met betrekking tot het financieel gewin dat als gevolg van dit alles kan worden behaald – subleden 6 tot en met 9 –, heeft dit onderscheid door de rechtspraak van de Hoge Raad aan belang ingeboet. Zijn arresten hebben er tevens toe geleid dat het moeilijker is om een onderscheid tussen de verschillende subleden aan te houden. Zo heeft de uitleg van de subleden 3 en 4, meer in het bijzonder het inlezen van een bestanddeel uitbuiting daarin, onmiskenbaar voor een zekere overlap met de gedragingen in subleden 1 en 2 gezorgd. In het bijzonder voor sublid 3 is het de vraag wat die gedraging, materieel gezien, nog toevoegt aan de strafbaarstelling van de gedraging in sublid 1. Hetzelfde geldt voor de gedraging in sub 9; hoezeer heeft de strafbaarstelling van deze gedraging nog meerwaarde ten opzichte van de strafbaarstelling van de gedraging die in sub 6 is opgenomen?

In dit hoofdstuk is te zien geweest dat het bestanddeel 'uitbuiting' via de rechtspraak van de Hoge Raad een grote rol is gaan spelen binnen de strafbaarstelling van mensenhandel. Het inlezen ervan in de subleden 3, 4 en 9 heeft het toepassingsbereik van deze gedragingen in belangrijke mate beperkt; zelfs kan worden gesteld dat dit uitbuitingsbestanddeel het centrale onderdeel van die subleden is geworden, zonder dat dit begrip dus in de wet is opgenomen. Het is opvallend dat de werkwijze van de Hoge Raad in de literatuur niet op meer kritiek is gestuit. Zo onproblematisch is dit inlezen namelijk niet. Hierboven is aan de orde gesteld dat voor alle betrokken gedragingen de vraag kan worden opgeworpen waar precies in de delictsomschrijving het nieuwe uitbuitingsbestanddeel een plaats moet krijgen. Bovendien kan op grond van de overwegingen van de Hoge Raad ook worden volgehouden dat dit extra bestanddeel veeleer niet als bestanddeel, maar als een soort kwalificatie-uitsluitingsgrond fungeert, waarbij het ontbreken van het uitbuitingskarakter aan de bewezenverklarde, *wettelijke* bestanddelen de strafbaarheid doet ontvallen.

Het inlezen van een uitbuitingsbestanddeel levert, bezien vanuit het perspectief van rechtsbescherming, weinig problemen op. Onmiskenbaar geldt het bestanddeel immers als een aansprakelijkheidsbeperkende factor, waarmee de strafrechtelijk opererende overheid aan strengere regels is gebonden. Bekijken we de benadering van de Hoge Raad vanuit andere invalshoeken, dan verandert het oordeel. Vanuit instrumenteel perspectief valt meteen op dat belangrijke, de strafbaarheid begrenzende bestanddelen niet in de wet zijn opgenomen. Dat is niet bevorderlijk voor de duidelijkheid van het wetsartikel en, diensgevolge, de hanteerbaarheid ervan door de strafrechtelijke actoren. Dat onzekerheid bestaat over de precieze strekking van artikel 273f komt de effectiviteit van het strafvorderlijk optreden tegen mensenhandel niet ten goede. Ook is daarmee sprake van een bepaald wankel basis voor het strafvorderlijk optreden. Dat de wet niet langer een afspiegeling vormt van hetgeen werkelijk strafbaar is, ondergraaft het uitgangspunt dat de wet voor de inzet van deze bevoegdheden als belangrijkste basis heeft te gelden.

Ook vanuit constitutioneel perspectief is de huidige stand van zaken problematisch. Die situatie werpt de meer fundamentele vraag op of de door de Hoge Raad toegepaste techniek van het inlezen van een bestanddeel wel past in ons stelsel van machtscheiding en het daarin neergelegde primaat van de wetgever. Het staat ons op deze plek zeker niet voor een al te rigide opvatting daarvan te huldigen. Het is ook moeilijk over de taakverdeling tussen wetgever en rechter exacte uitspraken te doen; met Mevis ontbreekt het in het strafrecht aan een uitgewerkt 'model van rechtsvormingsverdeling tussen strafrechter en strafwetgever'.²³⁶ Veeleer is sprake van een 'samenspel' of 'wisselwerking', waarbij de rechtsvorming dan weer door de ene, dan weer door de andere actor wordt opgepakt.²³⁷ Maar ook al bestaan geen harde kaders aan de hand waarvan die verhouding in het concrete geval precies kan worden geduid, de grenzen van wat de rechterlijke interpretatievrijheid vermag, lijken toch bepaald te zijn bereikt indien op bestanddeelniveau aan delictsomschrijvingen moet worden gesleuteld. Indien kennelijk de wettelijke termen zelf noch de andere aansprakelijkheidsvoorwaarden die uit het wettelijke systeem voortvloeien, de cassatierechter in de gelegenheid stellen een delict nader af te bakenen, dan lijken de grenzen van zijn rechtsvormende werk toch wel bereikt. Tegelijk geeft de wens tot die afbakening te willen komen een duidelijk signaal af. Onmiskenbaar zijn we de afgelopen jaren getuige van een vorm van 'communicatie' tussen rechter en wetgever, zoveel is wel duidelijk, en de boodschap van de Hoge Raad lijkt vooralsnog te zijn dat de strafbaarstelling van mensenhandel veel te ruim in haar jas zit.

Met deze uitleidende beschouwingen sluiten we ons onderzoek naar de gedragingen in het eerste lid van artikel 273f Sr af. In hoofdstuk 7, waarin de reflectie op de bevindingen centraal zal staan, wordt op enkele observaties die we in dit hoofdstuk hebben gedaan nog teruggekomen. Dat gebeurt evenwel niet voordat de bevindingen die tot dusver in dit boek zijn gedaan vanuit het perspectief van het daarmee primair beschermde rechtsbelang worden bekeken. Een blik vanuit dit perspectief zal de resultaten verder verrijken en verdiepen.

²³⁶ Mevis, *DD* 2017/19, p. 179.

²³⁷ Groenhuijsen, *DD* 2016/42.

6 | De rechtsbelangen in artikel 273f Wetboek van Strafrecht

In de vorige hoofdstukken hebben we een beeld gekregen bij de historische genese van de strafbaarstelling van mensenhandel (hoofdstuk 3). Bovendien is aandacht besteed aan de systematiek waarin artikel 273f Wetboek van Strafrecht is ingebed (hoofdstuk 4) en is uitgebreid stilgestaan bij de betekenis van de afzonderlijke gedragingen die daarin zijn strafbaar gesteld (hoofdstuk 5).

De rechtsbelangen die ermee worden beschermd zijn bij de bespreking van de gedragingen die in artikel 273f zijn opgenomen zijdelings al aan de orde gekomen. De doelstelling van dit hoofdstuk is om deze rechtsbelangen naar voren te halen, te articuleren. Dat wordt gedaan door de gedragingen uit het eerste lid af te zetten tegen het rechtsbelang dat volgens de wetgever primair met hun strafbaarstelling moet worden beschermd: het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid. Deze werkwijze levert vervolgens niet alleen een antwoord op de vraag of ook andere rechtsbelangen met die gedragingen worden beschermd, maar stelt nadrukkelijk de vraag centraal in hoeverre die gedragingen zich verhouden tot het primair door de wetgever gepostuleerde rechtsbelang. Deze toetsing is belangrijk omdat van de kwaliteit van die verhouding niet alleen de legitimiteit van de wetgeving afhankelijk is, maar ook de geloofwaardigheid van het rechtsbelang als ordeningsinstrument in handen van de wetgever en als oriëntatiepunt bij de interpretatie van de wet door de rechter.

In hoofdstuk 2 van dit boek is het nut van het rechtsbelangenconcept benadrukt: een betekenisvolle inzet daarvan draagt bij aan een rationele, en dus meer legitieme vorm van strafrechtsvorming- en hantering. De imperatief die primair uit dit concept voortvloeit, is geadresseerd aan de strafwetgever, zo hebben we gezien, en luidt dat hij telkens in staat moet zijn om transparant te maken welke rechtsbelangen met zijn strafwetgeving beschermd worden. Bovendien vloeit uit het concept nog een ander vereiste voort. Niet alleen is de wetgever bij strafbaarstelling gehouden rechtsbelangen te selecteren, ook dient hij te waarborgen dat tussen de door hem strafbaar te stellen gedraging en het uitverkoren rechtsbelang een betekenisvol, inhoudelijk verband bestaat. Op z'n minst moet gezegd kunnen worden dat de strafbaarstelling van gedraging X redelijkerwijs bijdraagt aan de bescherming van rechtsbelang Y. Het rechtsbelangenconcept vergt zo gezien niet alleen *een* verband tussen gedraging en rechtsbelang, maar schrijft ook voor dat de tussen beide getrokken relatie op inhoudelijke argumenten rust. Is dat niet het geval, dan komt daarmee niet

alleen de legitimerende, maar ook de ordenende en interpretatieve functie van het rechtsbelangenconcept onder druk te staan.

Voorafgaand aan het confronteren van de als mensenhandel gecriminaliseerde gedragingen met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid is het goed enkele methodologische opmerkingen te maken over de wijze waarop die confrontatie wordt vormgegeven. Vooreerst moet daarbij worden aangetekend dat de vraag of sprake is van een materieel betekenisvolle relatie tussen gedraging en rechtsbelang zich niet met een eenvoudig 'ja' of 'nee' laat beantwoorden. Veeleer moet deze toetsing – zoals ook in hoofdstuk 2 al is opgemerkt – als een 'Fulleriaanse exercitie' worden gedacht.¹ Bij het formuleren van zijn desiderata van 'juridische moraliteit' is de doelstelling van Fuller niet geweest exacte uitspraken te kunnen doen over het moment waarop een rechtssysteem begint of ophoudt 'moreel' te zijn. Veeleer ging het hem erom principes te ontwerpen die een toets van het morele gehalte van een gegeven rechtssysteem kunnen faciliteren en behulpzaam zijn bij het verschaffen van een begin van een antwoord op de vraag hoe dat rechtssysteem zich tot die principes verhoudt.² *Mutatis mutandis* hebben we op deze plek hetzelfde voor ogen indien de verhouding gedraging-beschermd rechtsbelang wordt getoetst. Zo'n toets resulteert in antwoorden met een zeker 'meer of minder-karakter'. Die ontberen wellicht exactheid, maar kunnen heel wel in een bepaalde richting wijzen en meer fundamentele problemen transparant maken die anders onzichtbaar waren gebleven.

Zoals uit het voorgaande al kan worden opgemaakt zal de toets in dit hoofdstuk zich beperken tot een confrontatie met het rechtsbelang dat met de strafbaarstelling van de gedragingen in artikel 273f, eerste lid, Sr primair wordt beschermd. Zoals in hoofdstuk 4 is besproken, staat het de wetgever voor daarmee ook andere rechtsbelangen te protegeren, namelijk de lichamelijke en geestelijke integriteit. Omdat zij in de systematiek van de wet ontbreken, zijn dit in hoofdstuk 4 de *secundair beschermde officiële rechtsbelangen* genoemd. De vraag rijst waarom de toets in dit hoofdstuk uitsluitend het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid tot uitgangspunt neemt. De reden daarvoor ligt in eerste instantie besloten in het geprivilegieerde karakter van dit rechtsbelang, dat niet voor niets het *primair beschermde officiële rechtsbelang* is. Onder meer is dat terug te zien aan de reflectie van dit rechtsbelang in de naam van de titel waarin het mensenhandelmisdrijf is opgenomen; dit rechtsbelang is daarmee voor de ordening en nadere systematisering van de gedragingen uit het eerste lid van artikel 273f in het bijzonder van belang en daarmee in potentie ook voor de uitleg daarvan door de rechter. Ten slotte dient een beperking tot het vrijheidsbelang de volgbaarheid van de analyse: die wordt

1 Zie paragraaf 2.3.

2 Fuller gebruikt hiervoor de metafoor van de pointer on a scale. Fuller 1969 (1964), p. 9-13, p. 27-30: 'Separating the two [de 'morality of duty' en de 'morality of aspiration', LE] is a fluctuating line of division, difficult to locate precisely, yet vitally important' (p. 27).

daardoor een stuk overzichtelijker. De secundair beschermde rechtsbelangen verliezen daarmee overigens niet hun betekenis. Indien blijkt dat met de gedragingen die in het navolgende worden besproken ook andere rechtsbelangen worden beschermd, zal in het bijzonder ook worden nagegaan in hoeverre het dan de lichamelijke en geestelijke integriteit betreft.

Een laatste opmerking heeft betrekking op het feit dat de gedragingen die in artikel 273f, eerste lid, zijn opgenomen vooral in de afgelopen jaren in belangrijke mate zijn afgebakend door de Hoge Raad. Reeds daarom zal in dit hoofdstuk niet kunnen worden volstaan met een analyse aan de hand van de wet of wetsgeschiedenis alleen. De gedragingen zoals die uit de wet 'afleesbaar' zijn, kunnen met andere woorden niet het exclusieve uitgangspunt vormen bij het toetsen van de relatie gedraging-rechtsbelang. Daarvoor is tevens nodig dat wordt betrokken op welke wijze het 'rechtersrecht' aan die gedragingen nader vorm en inhoud heeft gegeven.

In het navolgende staat de aangekondigde toets centraal in paragraaf 6.1. De subleden 1 en 2 en de subleden 6 tot en met 8 worden, gelet op hun samenhang, gezamenlijk besproken. In het resumé van deze paragraaf zal worden overgegaan tot de beantwoording van de in dit boek centraal gezette onderzoeksvraag. Dit resumé vormt ook de opmaat naar een reflectie op de bevindingen uit dit onderzoek, in hoofdstuk 7.

6.1 DE ALS MENSENHANDEL STRAFBAAR GESTELDE GEDRAGINGEN EN HUN VERHOUDING TOT HET RECHTSBELANG VAN DE PERSOONLIJKE VRIJHEID

6.1.1 Subleden 1 en 2

De gedraging in het eerste sublid, die is ontleend aan een definitie die op het niveau van de VN tot stand is gekomen, is formeel omschreven.³ Het gaat – kort gezegd – steeds om een handeling die kan geschieden door het aanwenden van een dwangmiddel en die wordt ondernomen met een specifiek oogmerk: het oogmerk van uitbuiting. Voor het voltooien van dit delict is het niet een vereiste dat die uitbuiting daadwerkelijk heeft plaatsgevonden; ook als een handeling heeft plaatsgehad louter met dat oogmerk – zonder dat de uitbuiting als gevolg is ingetreden – is dat genoeg voor een bewezenverklaring: de strafbare gedraging betreft het handelen *sec*, niet de uitbuiting zelf. In dit kader is wel opgemerkt dat het hier een delict in de voorfase van de uitbuiting

3 Als sublid 1 wordt genoemd wordt in het hiernavolgende doorgaans ook sublid 2 bedoeld, tenzij onderdelen worden besproken die niet in sublid 2 zijn opgenomen. Zoals hierboven reeds werd opgemerkt gaat het dan om de dwangmiddelen in sublid 1, die niet in sublid 2 staan en dus niet hoeven te worden bewezen.

betreft.⁴ Het is historisch gezien de klassieke opzet van het mensenhandel-delict: het gaat om een zekere handel die al dan niet tot een bepaald resultaat leidt, zonder dat het intreden van dit resultaat als aansprakelijkheidsvoorwaarde in de strafbaarstelling is opgenomen.⁵

De formele omschrijving van het delict in sublid 1 verraadt al dat de wetgever dat op een afstand heeft geplaatst van de mogelijke gevolgen ervan. Die vormen geen *delictsessentialia*, maar zijn slechts *accidentalia*.⁶ Het formeel omschreven karakter daarvan brengt met zich dat de gedraging in sublid 1 trekken heeft van een gevaarzettingsdelict, waarin niet de concrete, directe schade aan het rechtsbelang vooropstaat, maar veeleer het gevaarzettende karakter van die gedraging.⁷ Vermunt heeft in dit kader wel opgemerkt dat bij strafbaarstelling voor de wetgever twee opties openstaan:

‘[...] ofwel hij neemt de in de norm verboden relatie handeling-beschermde rechtsgoed als constitutief bestanddeel op in de wettelijke delictsomschrijving, ofwel hij maakt slechts de handeling tot feitelijke component van de delictsomschrijving, daarmee bedoelde relatie buiten de wettelijke geformuleerde voorwaarden voor strafbaarheid houdend’.⁸

Formeel omschreven delicten zijn volgens Vermunt

‘die strafbare feiten, waarbij in de wettelijke delictsomschrijving wel de delictshandelingen, maar niet het effect ervan op het beschermde rechtsgoed als constitutief bestanddeel is opgenomen’.⁹

Deze observaties scherpen in dat bij het toetsen van de relatie tussen de gedraging in sublid 1 en het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid niet het resultaat van die gedraging – de uitbuiting – leidend moet worden gemaakt. Als aangrijpingspunt bij die toetsing dienen de strafbaar gestelde handelingen

4 Vgl. Concl. A-G A.J.M. Machielse, ECLI:NL:PHR:2016:176, bij HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:554, NJ 2016/315, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen.

5 De strafwetgever van 1911 had reeds een gedraging voor ogen waarin het ging om ‘enige handeling, ondernomen met het oogmerk om een vrouw aan de prostitutie over te leveren’. Zie voor een uitgebreide behandeling van de strafbaarstelling van 1911, waarin uiteindelijk overigens geen delictsomschrijving werd opgenomen, paragraaf 3.2.3.

6 De terminologie is ontleend aan Van Hattum 1953, p. 161. Nieboer spreekt in dit kader ook wel over een ‘continuatie-oogmerk’; daarbij ligt de vervolg-gedraging – i.c. de uitbuiting – buiten de delictsinhoud. Nieboer 1991, p. 161.

7 Rutgers 1992, p. 22 zou dit delictstype nader preciseren als ‘onzelfstandig gevaarzettingsdelict’ omdat uit de delictsomschrijving duidelijk wordt dat het opzet van de verdachte op de voltooiing van een van het voorbereidingsdelict te onderscheiden delict moet zijn gericht. Deze typering is hier, zoals we in hoofdstuk 5 hebben kunnen zien, in zoverre verwarrend dat ‘uitbuiting’ in artikel 273f Wetboek van Strafrecht niet specifiek is strafbaar gesteld. Wel kan worden volgehouden dat de strafwetgever hierbij het oog heeft gehad op de gedraging die in sublid 4 is strafbaar gesteld.

8 Vermunt 1984, p. 182. Voor dit onderscheid was aandacht in paragraaf 2.2.3.

9 Vermunt 1984, p. 183.

te gelden en de intentie waarmee deze werden verricht, niet de uitbuiting zelf. Het materieel opzetbegrip dat door middel van het oogmerk in sublid 1 is opgenomen, vergt anderzijds wel dat die uitbuiting een bijzondere rol speelt – niet als daadwerkelijk ingetreden gevolg, maar als het object waarop de wil van de dader in het bijzonder moet zijn gericht.

Plaatsen we in eerste instantie het zoeklicht op de handelingen die in sublid 1 zijn strafbaar gesteld, dan valt op dat het om neutrale, alledaagse menselijke handelingen gaat: het zijn handelingen *qua talis*. Die leveren in de rechtspraak dan ook geen of nauwelijks moeilijkheden op. Vervoeren is wat een ‘normaal mens’ onder vervoeren pleegt te verstaan en hetzelfde geldt bijvoorbeeld ook voor huisvesten.¹⁰ Het ‘werven’ heeft al een meer specifiek-juridische inhoud, maar ook voor die handeling geldt dat deze ruim wordt uitgelegd en de betekenis ervan in de rechtspraak niet ter discussie staat. Typisch aan de handelingen in sublid 1 is dat ze op zichzelf geen wederrechtelijk karakter hebben; de wederrechtelijkheid is uit de handeling zelf niet afleesbaar. Dat geldt overigens voor veel, zo niet alle delictsomschrijvingen waarin het oogmerk is opgenomen: het oogmerk maakt daarvan juist onderdeel uit om niet-wederrechtelijke van wederrechtelijke handelingen te onderscheiden. Zo bezien kan over de handelingen in sublid 1 worden gezegd wat ook voor het ‘wegnemen’ in de zin van artikel 310 Wetboek van Strafrecht geldt: het gaat om op zichzelf neutrale handelingen die eerst hun specifiek-strafrechtelijke karakter verkrijgen indien het oogmerk waarmee zij worden verricht wordt betrokken.¹¹ Met andere woorden is het bij formeel omschreven delicten vooral de subjectieve zijde die moet kunnen instaan voor het realiseren van de relevante relatie tussen de gedraging enerzijds en het door de wetgever daarmee beschermde rechtsbelang anderzijds.

Het voorgaande betekent dat de relatie met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid vooral in het bestanddeel van het oogmerk van uitbuiting moet worden gezocht. Het is goed om op deze plek te onderscheiden tussen de *inhoud* van dit subjectieve bestanddeel enerzijds en het *bewijs* daarvan anderzijds. Bezien vanuit de inhoud schrijft het oogmerk voor dat de wil van de verdachte in het bijzonder op de uitbuiting van een ander gericht moet zijn geweest. Daarmee is evenwel meteen gegeven, dat dit gevolg nog niet plaats hoeft te hebben gevonden. Hier staat dus vooral het *met een oogmerk handelen* voorop. De relatie met het rechtsbelang wordt primair bewerkstelligd door de potentie die dit wilsgerichte handelen bezit om uiteindelijk iemand uit te buiten. Met andere woorden: de bijzondere gerichtheid die bij het handelen op iemands uitbuiting aanwezig is, bewerkstelligt primair de relatie van

10 Vgl. onder meer Concl. A-G A.J. Machielse, ECLI:NL:PHR:2017:1108, bij HR 3 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:3483.

11 Recent is een en ander nog eens duidelijk geworden in HR 20 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:367, NJ 2018/326. Zie voor de conclusie voor dit arrest: Concl. A-G F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2017:1555.

de gedraging met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid. Het gevaarzettende karakter schuilt dan vooral in de voorbereidingshandelingen die de verdachte reeds heeft ondernomen om uiteindelijk iemand uit te kunnen buiten en het gevaar dat van die uitbuiting uitgaat voor het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid.

Het beeld wordt anders indien niet de aan de dogmatiek ontleende inhoud van het oogmerkbestanddeel centraal wordt gesteld, maar we in plaats daarvan de focus leggen op de wijze waarop dit oogmerk in de rechtspraak dient te worden bewezen. We hebben kunnen zien dat de Hoge Raad in een standaardarrest uit 2009 criteria heeft aangereikt aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of in het concrete geval van een uitbuitingsoogmerk sprake is geweest. De Hoge Raad past daarbij een objectiverende methode toe: de aanwezigheid van een uitbuitingsoogmerk kan, ook los van de verklaring van de verdachte, uit de bewijsmiddelen worden afgeleid. Factoren waarmee naar het oordeel van de Hoge Raad vervolgens rekening dient te worden gehouden, zijn de aard en de duur van de tewerkstelling, de beperkingen die deze met zich bracht voor de tewerkgestelde en het economisch voordeel dat daarmee door de tewerksteller is behaald. Opvallend is dat hier wordt uitgegaan van de situatie waarin voor de verdachte *daadwerkelijk* werkzaamheden zijn verricht. Anders dan de formele omschrijving van het delict doet vermoeden, wordt bij het *bewijs* van het oogmerkbestanddeel dus wel degelijk het accent gelegd op het resultaat van de met het oogmerk verrichte handeling en de omstandigheden waaronder dit resultaat zijn beslag heeft gekregen. We zouden dit ook anders kunnen verwoorden: waar de wetgever bij het formuleren van de gedraging in sublid 1 heeft gedacht in termen van een formeel omschreven delict heeft de Hoge Raad veel meer de gevolgen van die gedraging centraal willen stellen: de uitbuiting zelf. Dit betekent niet dat de Hoge Raad *de jure* de eis stelt dat steeds sprake moet zijn geweest van daadwerkelijk verrichte werkzaamheden; ook hij ziet natuurlijk het formele karakter van het delict wel in. Het punt is evenwel dat de wijze waarop het oogmerkbestanddeel dient te worden bewezen van de gedraging in sublid 1 in feite een *de facto* materieel omschreven delict maakt, waarbij steeds het oogmerk in retrospectief uit de uitbuiting zelf wordt afgeleid. Het kan ook anders worden gezegd: de Hoge Raad realiseert tussen de gedraging in sublid 1 en het rechtsbelang dat daarmee wordt beschermd een meer directe verbinding.¹² In de bewijscriteria die hij aanreikt, klinkt dan ook duidelijk het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid door – zowel in het criterium van de aard en duur van de tewerkstelling als dat van de beperkingen voor het slachtoffer. Met het criterium van het economisch voordeel hangen daarnaast in onze optiek ook andere rechtsbelangen samen. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het belang van het voorkomen van oneerlijke concurrentie tussen bedrijven die hun personeel

12 Zo ook Van de Wetering, Eckhardt & Bakker, *DD* 2018/13, p. 153.

onderbetalen of op onrechtmatige wijze beknibbelen op de omstandigheden waaronder werknemers hun arbeid moeten verrichten. Voorts wordt met dit criterium de burger in zijn hoedanigheid van werknemer beschermd, in die zin dat het tegengaan van het wederrechtelijk behalen van economisch voordeel ook beoogt te voorzien in de bescherming tegen hetgeen in het arbeidsrechtelijke discours wel ‘verdringing’ wordt genoemd.¹³ Hoewel de Hoge Raad weliswaar eist dat de rechter in zijn motivering er blijk van geeft de door hem aangereikte criteria te hebben gehanteerd, is het geen vereiste dat die criteria in een concrete zaak steeds alle zijn vervuld. Vooral in zaken waarin het oogmerk uitsluitend op basis van het behaalde economisch voordeel wordt vastgesteld kan de relatie met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid wegvallen.

6.1.2 Sublid 3

In sublid 3 is strafbaar gesteld degene die een ander aanwerft, medeneemt dan wel ontvoert met het oogmerk die ander in een ander land ertoe te brengen zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met of voor een derde. Deze gedraging is ontleend aan een verdrag dat in 1933 tot stand is gekomen. Daarin was consensus bereikt over het laten wegvallen van enig dwangvereiste in de definitie van vrouwenhandel, een bestanddeel dat tot dan toe wel van de internationale mensenhandeldefinitie uit 1910 onderdeel had uitgemaakt. In het verdrag van 1933 is wel de eis van grensoverschrijding opgenomen. Sublid 3 ziet dan ook alleen op die gevallen waarin het oogmerk is gericht op het tewerkstellen van een ander in het buitenland.

Net als de gedragingen die in subleden 1 en 2 zijn neergelegd is de gedraging in sublid 3 formeel omschreven. We hebben net al kunnen zien dat dit formele karakter reeds bij voorbaat een indirecte relatie met het beschermde rechtsbelang vooronderstelt: niet de daadwerkelijke krenking van het rechtsbelang treedt bij formeel omschreven delicten op de voorgrond, maar het gevaarzettende karakter daarvan, het risico dat de gedraging in zich bergt dat uiteindelijk het rechtsbelang wordt gekrenkt. Is de relatie van de gedraging in sublid 3 daarmee gelijksoortig aan die van de gedragingen in de eerste twee subleden van lid 1? Het moge uit hoofdstuk 5 genoegzaam duidelijk zijn geworden dat dit geenszins het geval is. Anders dan bij de subleden 1 en 2 kent het oogmerk van de verdachte bij sublid 3 niet een automatisch veronderstelde relatie met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid, aangezien dat oogmerk niet hoeft te zijn gericht op een met de wilsonvrijheid samenhangend object, zoals in het geval van subleden 1 en 2 de uitbuiting, en evenmin dwangmiddelen behoeven te worden bewezen. De gedraging in sublid 3 bevat ook verder geen bestanddeel dat als vereiste stelt dat de wilsvrijheid van het

13 Zie over het begrip ‘verdringing’ uitgebreid Van den Berge e.a. 2018.

slachtoffer in het geding moet zijn gekomen, op het bestanddeel 'ontvoeren' na, dat vanwege zijn geringe praktische betekenis in dit boek echter verder niet uitgebreid is besproken.¹⁴ Reeds bij de strafbaarstelling van deze gedraging was daarmee duidelijk dat deze op gespannen voet zou staan met het rechtsbelang dat de strafwetgever ermee beoogd heeft te beschermen. De incongruente relatie tussen gedraging en rechtsbelang die we hier gewaarworden, vloeit als het ware reeds uit de wet en de wetsgeschiedenis zelf voort, aangezien daarin geen termen aanwijsbaar zijn die de gedraging duidelijk met het rechtsbelang van de vrijheid in verband brengen. Een wetshistorische analyse levert juist het beeld op van een strafwetgever die op meer momenten de kans had de gedraging in sublid 3 te decriminaliseren, of daar in elk geval een aan de wilsvrijheid van de betrokken personen georiënteerd bestanddeel in op te nemen, maar daar bewust, en met opgaaf van redenen, vanaf heeft gezien. Zo zou het volgens de wetgever een in de aanpak van mensenhandel onwenselijk signaal afgeven indien Nederland het nog vigerende verdrag uit 1933 zou moeten opzeggen. Ook is in de wetsgeschiedenis duidelijk oog voor meer instrumentele overwegingen: de lage bewijsdrempel van sublid 3 biedt immers, in combinatie met de hoge strafbedreiging, al snel 'toegang' tot bijzondere opsporingsbevoegdheden uit het Wetboek van Strafvordering en toepassing van de strafvorderlijke dwangmiddelen. In de wetsgeschiedenis is bovendien duidelijk dat eigenlijk geen andere dan praktische argumenten ten grondslag hebben gelegen aan de keuze voor de verplaatsing van de gedraging in sublid 3 naar de titel met misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid; de wetgever wilde alle, historisch met het thema van de mensenhandel samenhangende gedragingen bij elkaar in de wet laten staan. Op voorhand was daarmee duidelijk dat de gedraging op gespannen voet zou staan met het rechtsbelang dat de wetgever primair ermee wilde beschermen.

Die spanning kan zonder twijfel als de voornaamste oorzaak worden aangewezen voor de onzekerheid die enige tijd in de feitenrechtspraak heeft bestaan over het toepassingsbereik van sublid 3. In hoofdstuk 5 is in dit kader aandacht besteed aan enkele restrictieve interpretaties die de afgelopen jaren door verschillende feiteninstanties zijn toegepast.¹⁵ Onmiskenbaar is daarin het streven zichtbaar geworden om de gedraging in sublid 3 af te bakenen en het verband tussen deze gedraging en het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid sterker tot uitdrukking te brengen. Eenzelfde tendens is herkenbaar in het standaardarrest van de Hoge Raad uit 2016. Het inlezen van het bestanddeel 'uitbuiting' in sublid 3 kan veilig worden gekwalificeerd als een poging de relatie tussen gedraging en rechtsbelang te herstellen. Herstellen is hier eigenlijk niet eens het goede woord: de Hoge Raad poogt met zijn uitleg een verhouding te realiseren die de wetgever in wezen nooit voor ogen heeft gestaan en in de door hem opgetuigde wetgeving ook nooit transparant is

14 Zie paragraaf 5.4.2.1.

15 Zie paragraaf 5.4.2.3.

geweest. Daarmee stuiten we op een vreemde, haast paradoxale situatie: hoewel impliciet, bakent de Hoge Raad een gedraging af met een beroep op het primair beschermde rechtsbelang dat met strafbaarstelling wordt beschermd, terwijl uit de wetsgeschiedenis evident blijkt dat de wetgever die afbakening nooit voor ogen heeft gestaan. Hier wreekt zich de disharmonische relatie tussen gedraging en rechtsbelang, die reeds bij de overheveling van dit delict naar de titel met misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid gegeven was.

Het inlezen van een uitbuitingsbestanddeel heeft ervoor gezorgd dat ook voor het bewijs van sublid 3 betekenis toekomt aan de criteria die de Hoge Raad voor het bewijs van het bestanddeel 'oogmerk van uitbuiting' in de subleden 1 en 2 heeft opgeworpen. In hoofdstuk 5 is al opgemerkt dat die criteria, net als bij de subleden 1 en 2 het geval is, niet logisch aansluiten bij de formele aard van het delict. Zo geldt ook voor sublid 3 dat de daarin opgenomen gedraging door de wetgever formeel is omschreven en de relatie tussen gedraging en rechtsbelang dus niet als constitutief vereiste is opgenomen in de delictsomschrijving. De criteria die bij het bewijs van het uitbuitingsbestanddeel een rol spelen, zijn daarentegen in grote mate geënt op de situatie waarin daadwerkelijk voor de verdachte werkzaamheden zijn verricht. Nu die ook bij sublid 3 dienen te worden toegepast, kan ook in dit geval worden gesproken van een zekere 'materialisering' van het delict.

6.1.3 Sublid 4

Kort gezegd is in sublid 4 strafbaar gesteld degene die een ander door middel van een dwangmiddel weet te dwingen dan wel te bewegen zich voor arbeid of diensten beschikbaar te stellen. We hebben in hoofdstuk 5 gezien dat de tekst van sublid 4 direct is ontleend aan de gedraging die in 1994 in artikel 250ter (oud) Wetboek van Strafrecht kwam te staan. Dit artikel bevatte, in het eerste lid, sub 1, de eerste uitgeschreven delictsomschrijving van mensenhandel in het Wetboek van Strafrecht. Het dwangmiddel is daarin een centrale plek toegekend: alle arbeid of diensten waartoe mensen door een dwangmiddel worden gedwongen of bewogen kunnen, afgaande op de tekst van de wet, onder de vigore van dit sublid worden gebracht. Bovendien behoeft ook voor een bewezenverklaring van deze gedraging nog geen sprake te zijn geweest van daadwerkelijk voor de verdachte verrichte werkzaamheden. Genoeg is dat iemand zich daarvoor beschikbaar heeft gesteld: dat beschikbaar stellen laat zich in sublid 4 als het materiële gevolg van de handeling (het door een dwangmiddel iemand dwingen dan wel bewegen) denken. In het spoor van Vermunt is de in de norm verboden relatie handeling-beschermde rechtsgoed in sublid 4 dus als constitutief bestanddeel opgenomen in de delictsomschrijving. Anders gezegd: de relatie tussen gedraging en rechtsbelang zal voor-

namelijk moeten blijken uit de feiten en omstandigheden waaronder het slachtoffer zich voor de verdachte beschikbaar heeft gesteld.

Vestigen we op die relatie onze aandacht, dan ontstaan meteen problemen. Ten eerste vanwege de extensieve uitleg die door de Hoge Raad is aangehouden van de dwangmiddelen die in sublid 4 zijn opgenomen. In hoofdstuk 5 is te zien geweest dat deze problematiek vooral geldt voor de misbruikbestanddelen. Voor het bewijs van het misbruik van een kwetsbare positie of het misbruik van overwicht is, zo heeft de Hoge Raad bepaald, niet méér vereist dan dat de verdachte zich van de omstandigheden waaruit de kwetsbare positie of het overwicht voortvloeide, bewust is geweest. Sublid 4 krijgt door die uitleg in potentie een zeer ruim toepassingsbereik. Daarmee rijst ook direct de vraag of in elke situatie waarin sprake is van het bewijs van een dwangmiddel automatisch ook de beperking van de vrijheid is gegeven. Die vraag nu moet, gelet op de specifieke uitleg van de Hoge Raad, ontkennend worden beantwoord. Vooral in zaken waarin de verdachte alleen misbruikbestanddelen zijn ten laste gelegd volstaat in principe de bewezenverklaring van objectief vast te stellen omstandigheden – bijvoorbeeld het feit dat iemand illegaal in Nederland verblijft en schulden heeft – en het bewustzijn daarvan aan de kant van de verdachte. De daadwerkelijke krenking van de wilsvrijheid van het betrokken slachtoffer komt hier helemaal niet aan bod, maar wordt door het bewijs van het dwangmiddel wel degelijk verondersteld afwezig te zijn. De problematiek van het breed uitgelegde dwangmiddel treedt binnen sublid 4 veel prominenter op de voorgrond dan bij sublid 1; in sublid 4 immers vormen de dwangmiddelen dragende bestanddelen, die het meest kenmerkend zijn voor het strafrechtelijk verwijt dat aan de verdachte wordt gemaakt.

Voordat de reikwijdte van de gedraging in sublid 4 werd uitgebreid naar vormen van niet-seksuele arbeid- of dienstverlening vormde het toepassingsbereik van deze gedraging geen probleem. De verklaring hiervoor ligt vooral in het doorslaggevende belang dat uiteindelijk wordt toegekend aan de aard van het werk waartoe het slachtoffer door een dwangmiddel wordt gebracht. De gedachtegang die in de literatuur wel is te ontwaren – en die ook in de feitenrechtspraak terug te zien is – is dat de lichamelijke integriteit bij gedwongen seksuele arbeid direct in het geding is, terwijl dit bij andersoortige werkzaamheden niet of niet per definitie het geval is. Voor de uitleg van het in sublid 4 opgenomen delict wordt dus doorslaggevende betekenis gehecht aan het secundaire rechtsbelang van de lichamelijke integriteit. Dit uitwijken naar een ander rechtsbelang dan dat van de persoonlijke vrijheid valt eenvoudig te verklaren nu via het bestanddeel van de dwangmiddelen die afbakening niet goed kan worden bereikt door de extensieve uitleg die ons hoogste rechtscollege daaraan heeft gegeven.

Anders dan deze benadering heeft de Hoge Raad er in zijn standaardarresten van 2015 en 2016 voor gekozen niet de aard van het werk voor de afbakening van sublid 4 beslissend te maken. Ook hier kiest hij ervoor in de tekst van de wet een nieuw bestanddeel in te lezen, dat van ‘uitbuiting’. Ook hier

geldt dat de toepassing van deze techniek door de Hoge Raad kan worden begrepen als een poging om de relatie tussen gedraging en rechtsbelang meer inhoud te geven. Door het inlezen van een extra bestanddeel 'uitbuiting' komt, zoals we in hoofdstuk 5 hebben behandeld, de vraag centraal te staan of het beschikbaar stellen door het slachtoffer geschiedde onder omstandigheden die als uitbuiting kunnen worden aangemerkt. Ook hier spelen de criteria waarin de Hoge Raad in zijn standaardarrest uit 2009 heeft voorzien een belangrijke rol, al sluiten die, zoals we in hoofdstuk 5 ook hebben opgemerkt, niet naadloos op de aard van het delict aan: de criteria gaan er immers van uit dat er reeds voor de verdachte gewerkt is, terwijl dit ook voor het bewijs van sublid 4 niet is vereist. Het inlezen van een uitbuitingsbestanddeel in sublid 4 leidt ook hier ertoe dat de focus bij het bewijs in feite meer komt te liggen op de daadwerkelijke krenking van het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid, vooral te zien aan het criterium van de beperkingen van het slachtoffer en de aard en duur van de werkzaamheden.

6.1.4 Sublid 5

Sublid 5 is een bepaling met een in potentie breed beschermingsbereik. Door het ontbreken van dwangmiddelen is elke gedraging waardoor een minderjarige feitelijk tot een rol in de seksbranche wordt gebracht, strafbaar gesteld als mensenhandel. De wetgever is zich ervan bewust geweest dat daarmee voorbij wordt gegaan aan de wilsvrijheid van minderjarige individuen. Hoewel hij opmerkt dat leeftijdsgrenzen 'altijd enigszins arbitrair' zijn en er misschien '[...] enkele jeugdigen van zestien of zeventien jaar [zijn] die de stap in de prostitutie weldoordacht zouden maken [...]', heeft hij de strafwetgeving ter zake afgesteld op hetgeen volgens hem in het algemeen van een minderjarige kan worden verwacht en is voor een afzonderlijke beoordeling van de wilsvrijheid daarom geen plaats.¹⁶

In sublid 5 is dat terug te zien. De vooronderstelling die met betrekking tot deze delictsomschrijving in de wetsgeschiedenis vindbaar is, is dat aan de wil van minderjarigen ten aanzien van het werken in de prostitutie geen belang kan worden gehecht: de onvrijheid van de minderjarige die tot het zich beschikbaar stellen voor seksuele handelingen wordt gebracht, ligt als het ware inherent in zijn of haar leeftijd besloten. Met de strafbaarstelling beoogt de wetgever daarmee niet alleen te voorkomen dat minderjarigen in de prostitutie geraken, en hen tegen een leven in die prostitutie te beschermen, ook is daarmee, de redenering van de wetgever volgend, *per definitie* de vrijheid van de minderjarige individuen beschermd. Het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid valt als het ware met het rechtsbelang van de bescherming van de

16 *Kamerstukken II 1990/91, 21027, 8, p. 2.*

seksuele integriteit van minderjarigen samen. De wetgever laat hier beschermings- en vrijheidsbeginsel vloeiend in elkaar overlopen, terwijl deze toch in principe tegenover elkaar staan.

Interessant is dat sublid 5 daarmee een belangenafweging blootlegt die vooral ook bij andere zedendelicten zichtbaar is. Met Ten Voorde gaat het daarbij om het vinden van een balans tussen enerzijds het respect voor de seksuele zelfbeschikking, óók die van minderjarigen (adolescenten), en anderzijds het beschermen van de seksuele integriteit van diezelfde minderjarigen.¹⁷ In hoofdstuk 3 is reeds beschreven dat de mensenhandelwetgeving die eind jaren tachtig werd geïnitieerd, mede het resultaat is van de toenemende zorgen in de maatschappij, ook aan de kant van de wetgever, over seksueel misbruik van vrouwen en minderjarigen. Het beschermingsbeginsel – dat het beschermen van de seksuele integriteit van minderjarigen laat prevaleren boven de bescherming van hun seksuele vrijheid (seksuele zelfbeschikking) – heeft daarmee in de loop der tijd aan terrein gewonnen, en dat is niet in de laatste plaats zichtbaar geworden door de toevoeging van nieuwe zedendelicten en het uitbreiden van de actieradius van bestaande seksuele delicten.¹⁸ Ook de introductie van de voorganger van sublid 5, artikel 250ter, eerste lid, sub 3 Sr, moet in dit licht worden begrepen: de bescherming van minderjarigen tegen het werken in de prostitutie *zonder meer* staat voorop, zonder dat de onvrijwilligheid van de minderjarige wordt gevorderd.

Dit gegeven scherpt tegelijkertijd in dat de relatie van sublid 5 met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid niet per definitie gegeven is. Hoewel die wetgever wel degelijk ook sublid 5 rechtvaardigt met een beroep op het beschermen van de vrijheid van minderjarigen, staat toch vooral de bescherming van hun seksuele integriteit centraal. Hun (seksuele) vrijheid is met het bestaan van sublid 5 niet per definitie beschermd, in elk geval niet zonder, zoals de wetgever doet, semiologisch enigszins te chicaneren, namelijk door de bescherming van de seksuele integriteit gelijk te stellen aan het beschermen van de seksuele vrijheid.

Net als voor sublid 3 geldt voor het in deze paragraaf besproken sublid dat zijn inhoud niet onderhevig is geweest aan de verbreding tot andere vormen van arbeid- of dienstverlening dan seksuele, behoudens het tegen betaling beschikbaar stellen van organen. Waar dus de inhoud van het sublid nauwelijks wijzigde, deed de ‘omgeving’ van deze bepaling dat wel. De vraag rijst of die omgeving ook van invloed is geweest op de nadere afbakening van haar toepassingsbereik. In tegenstelling tot wat te zien is geweest bij sublid 3 is daarvan bij sublid 5 tot dusver geen sprake. De Hoge Raad heeft zich tot nog toe in weinig gevallen over dit sublid 5 uitgelaten, maar komt in zijn meest recente arrest in elk geval niet tot een correctie op de reikwijdte van dit sublid, bijvoorbeeld op basis van, net als bij subleden 3 en 4, zijn plaats in de vrijheids-

17 Ten Voorde 2016, p. 195. Zie ook Lindenberg & Van Dijk 2016, p. 51-52, p. 608-611.

18 Kool 1999, p. 97-128.

titel en de kwalificatie die ook aan deze gedraging is meegegeven ('mensenhandel').

6.1.5 Subleden 6 tot en met 8

Tussen de subleden 6 tot en met 8 bestaan grote overeenkomsten; daarin gaat het steeds om gedragingen die zien op het trekken van voordeel uit een elders in het eerste lid strafbaar gestelde gedraging. Zo is de strafrechtelijke aansprakelijkstelling op grondslag van deze subleden telkens afhankelijk van eerder gepleegde, apart van het voordeeltrekken strafbaar gestelde handelingen. De gedraging in sublid 7 is gekoppeld aan subleden 1, 2, 4 en 5, daar waar sublid 8 alleen is verbonden met de gedraging die in sublid 5 is strafbaar gesteld. Sublid 6 vormt in dit kader een lastiger te begrijpen gedraging, aangezien die het voordeeltrekken uit 'uitbuiting' criminaliseert, terwijl uit de wet zelf, de wetsgeschiedenis noch de rechtspraak helder wordt waarnaar deze term precies verwijst; uitbuiting is bovendien in artikel 273f Wetboek van Strafrecht niet als zodanig strafbaar gesteld. Wel is in hoofdstuk 5 opgemerkt dat het vanwege de wetshistorische ontwikkeling van dit artikel, voor de hand ligt dat het bestanddeel 'uitbuiting' in sublid 6 verwijst naar de gedraging die in sublid 4 is strafbaar gesteld.¹⁹ Dit weerhoudt de praktijk er overigens niet van de gedraging alleen met sublid 1 ten laste te leggen. Door het inlezen van een uitbuittingsbestanddeel in de subleden 3 en 9 door de Hoge Raad zou kunnen worden volgehouden dat sublid 6 ook op het voordeeltrekken uit deze misdrijven betrekking heeft.

Kerneigenschap van elk van de gedragingen in de subleden 6 tot en met 8 is dat deze afhankelijk zijn van het plaatsvinden van een andere strafbare gedraging.²⁰ Hieruit kunnen enkele belangrijke conclusies worden getrokken die van invloed zijn op hetgeen over de verhouding tussen deze gedragingen en het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid kan worden opgemerkt. In eerste instantie dient te worden benadrukt dat de voordeeltrekker niet ook degene hoeft te zijn die de strafbare gedraging heeft begaan waaruit het voordeel wordt getrokken (het gronddelict). De strafwetgever heeft blijkens de wetsgeschiedenis met de voordeeltrekkersbepalingen juist een ander type dader willen aanspreken – door hem wel de 'achtergrondader' genoemd.²¹ In de rechtspraak, zo hebben we gezien, worden de bepalingen echter vaak ook aan de verdachte van het gronddelict zelf tenlastegelegd; het voordeeltrekken wordt hem dan – naast het begaan van het gronddelict zelf – apart verweten.

¹⁹ Zie paragraaf 5.7.1.

²⁰ We gaan er daarbij van uit dat het bestanddeel 'uitbuiting' in sublid 6 verwijst naar de gedraging die in sublid 4 is strafbaar gesteld.

²¹ *Kamerstukken II 1996/97, 25437, 3, p. 9.*

In het afhankelijke karakter van de voordeeltrekkersbepalingen ligt de veronderstelling besloten dat de schade aan het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid in beginsel reeds – namelijk door het plaatsvinden van het gronddelict – heeft plaatsgehad. De vraag die kan worden opgeworpen, is of de gedraging van het voordeeltrekken een extra, zelfstandige schending van dit rechtsbelang oplevert of daar uitsluitend een extra dimensie aan toevoegt. De wetgever zwijgt daarover. Hoewel duidelijk is dat hij de pleger van het delict in sublid 6 onderscheidt van de pleger van het delict waaruit voordeel wordt genoten, werkt hij het verschil in strafwaardigheid verder niet uit. Anders dan bij de tot dusver besproken gedragingen is het daarom zinvol om te bezien in hoeverre de theorie hier meer licht kan laten schijnen op de verhouding van de gedragingen in de subleden 6 tot en met 8 tot het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid.

Duidelijk is voorshands dat deze gedragingen niet in directe zin op het rechtsbelang van de vrijheid zijn betrokken. Ook kunnen de gedragingen niet in termen van gevaarzetting worden begrepen, omdat het steeds gaat om situaties waarin de schending van de persoonlijke vrijheid al plaats heeft gevonden door voltooiing van het gronddelict. Wel zou de strafbaarstelling van de voordeeltrekkersbepalingen in algemene zin, en met een sterk moralistische ondertoon, kunnen worden gerechtvaardigd vanuit het belang dat niet de indruk mag worden gewekt dat ‘misdaad loont’. Het begunstigingskarakter van de voordeeltrekkersbepalingen wordt dan uitgelicht, maar daarmee worden natuurlijk andere rechtsbelangen dan dat van de persoonlijke vrijheid aangesproken.

Het is de vraag of niet toch termen aanwezig zijn die een zelfstandig materieel verband tussen deze gedragingen en het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid kunnen realiseren. Vruchtbaar is het in dit verband te rade te gaan bij Simester en von Hirsch. In hoofdstuk 2 hebben we kennisgemaakt met de categorieën die zij aanhouden bij het onderscheiden van verschillende typen delicten. Het onderscheid tussen deze typen ligt bij hen steeds in de verschillende wijzen waarop gedragingen zich tot rechtsbelangen verhouden. Niet alleen wordt door Simester en von Hirsch onderscheiden tussen ‘direct, primary harms’ en ‘remote, primary harms’, ook die ‘remote’ – op afstand van het rechtsbelang geplaatste – gedragingen worden door de auteurs verder onderverdeeld.²² Naast de gevaarzettingsdelicten kunnen daaronder ook de door hen gemunte ‘profylactische’ gedragingen worden verstaan: gedragingen die slechts in een verhouding tot het beschermde rechtsbelang komen te staan na, of in combinatie met, het plegen van een ‘further human intervention’ – of het nu gaat om de mogelijke, opvolgende gedragingen van de dader zelf of een ander. Profylactische gedragingen onderscheiden zich van gevaarzettende gedragingen omdat het risico op schade binnen de eerstgenoemde categorie

22 Simester & von Hirsch 2014, hfdst. 4 en 5.

niet rechtstreeks uit de gedraging zelf voortvloeit.²³ Te denken valt in dit verband bijvoorbeeld aan veel milieudelicten; een enkele overtreding van een milieudelict door X levert wellicht geen of slechts in summiere mate schade op aan het rechtsbelang dat wordt beschermd, maar als eenieder zou handelen zoals X, is dat heel wel het geval. Schade aan het rechtsbelang is hier dus afhankelijk van opeenvolgende gedragingen van anderen, maar dat doet aan de legitimiteit van de strafbaarheid van de enkele gedraging, zo menen Simester en von Hirsch, niet af; die kan worden gegrond in het argument dat als anderen overeenkomstig zouden handelen, wel degelijk het rechtsbelang schade wordt berokkend.²⁴

Voor een goed begrip van de subleden 6 tot en met 8 is het evenwel niet deze vorm van profylactische schade die van belang is. Toepasselijker is het hier te wijzen op de profylactische schade van het type 'mediating intervention' (bemiddelde tussenkomst). De bemiddelde tussenkomst wordt hier telkens gevormd door een gedraging X door S die kan leiden tot gedraging Y (door S of een ander gepleegd). Simester & von Hirsch maken onderscheid tussen verschillende bemiddelde gedragingen. Een constante daarbij is dat zij een vorm van 'normative involvement' (normatieve betrokkenheid) bij een in de toekomst gelegen delict veronderstellen dat op zichzelf in staat is om het rechtsbelang direct dan wel indirect te schaden (gedraging Y). Onder die normatieve betrokkenheid verstaan de auteurs bijvoorbeeld vormen van uitlokking, maar ook het aanmoedigen van personen om delicten te plegen, het voorzien van die personen van de benodigde middelen om die delicten te plegen of het daaromtrent verzorgen van advies.

Ook het voordeeltrekken uit de subleden 6 tot en met 8 kan als een bemiddelde gedraging worden begrepen. Toegespitst op de gedraging in sublid 6 kan wel worden gezegd dat de normatieve betrokkenheid van deze gedraging reeds in het opzet op de uitbuiting besloten ligt. Onzes inziens vormt dit evenwel niet de kern van de relatie die tussen de voordeeltrekkersgedraging en het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid bestaat. Die wordt, anders dan de delictsomschrijving op het eerste gezicht doet vermoeden, niet zozeer geconstitueerd door de relatie met de uitbuiting die in het *verleden* heeft plaatsgehad, maar veeleer door de uitbuiting die er in de *toekomst* potentieel mee in de hand wordt gewerkt en de directe schade die zo ontstaat aan het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid. De kern van het verwijt dat de voordeeltrekker zo bezien kan worden gemaakt ligt vooral besloten in de 'uitstraling' of 'reflexwerking' die dat voordeeltrekken kan hebben op situaties van uitbuiting in de toekomst. Het is goed na te voelen dat door het voordeeltrekken in potentie een 'markt voor uitbuiting' ontstaat of blijft bestaan: waaruit voordeel wordt getrokken, daar is behoefte aan. Het voordeeltrekken is met andere woorden niet alleen op zichzelf kwalijk, maar werkt ook in de

23 Simester & von Hirsch 2014, p. 79.

24 Simester & von Hirsch 2014, p. 85-86 reppen over 'conjunctive harms'.

hand dat situaties van uitbuiting in stand worden gehouden of bevorderd. Bovendien ligt daarin een zekere instemming of vergoelijking van die uitbuiting besloten.

Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat de subleden 6 tot en met 8 wel degelijk een eigen strafrechtelijk verwijt in zich bergen dat bovendien een relatie heeft, zij het een indirecte, met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid. Het frapperende van deze gedragingen is zo gezien dat zij *prima facie* zijn gericht op de onwenselijkheid van het profiteren van een strafbare gedraging die heeft plaatsgehad, maar de legitimiteit van hun strafbaarstelling veeleer lijkt af te hangen van de relatie tussen deze gedragingen en de potentiële strafbare gedragingen die er in de toekomst op volgen. Of, anders verwoord: de gedragingen in de subleden 6 tot en met 8 worden vanuit het verleden bewezen, maar hun strafbaarstelling gelegitimeerd met een blik op de toekomst.

Opmerking verdient nog dat de bovenstaande argumenten ten aanzien van sublid 8 eigenlijk alleen kunnen worden volgehouden als ook het gronddelict waarnaar dit sublid verwijst – d.i. sublid 5 – een materiële relatie heeft met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid. Nu te zien is geweest dat daarover discussie kan bestaan, is het ook maar de vraag in hoeverre de argumenten hierboven legitiem op sublid 8 kunnen worden betrokken.

6.1.6 Sublid 9

De gedraging die in sublid 9 is opgenomen, onderscheidt zich in die zin van de andere voordeeltrekkersbepalingen – in de subleden 6 tot en met 8 – dat dit voordeel niet wordt getrokken uit een strafbare gedraging, maar uit de seksuele handelingen van een ander met of voor een derde. Waar de subleden 6 tot en met 8 dus steeds twee strafbare gedragingen veronderstellen – het delict zelf en het daaraan verbonden gronddelict – geldt dat niet voor sublid 9, waarbij de ‘bron van inkomsten’ niet met enige overtreding van de strafwet gepaard hoeft te gaan. Hieruit kan reeds de conclusie worden getrokken dat de gedraging in sublid 9 zich niet op eenzelfde wijze tot het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid verhoudt. De relatie hiermee zal toch vooral door dit delict zelf moeten worden geconstitueerd.

De wetgever heeft zich de gedraging in sub 9 heel duidelijk voorgesteld als een misdrijf tegen de persoonlijke vrijheid. Daarop wijst bijvoorbeeld de relatie die is getrokken met het algemene dwangdelict dat in artikel 284 Sr is opgenomen: sublid 9 is daar een *specialis* van. Toch er is een kenmerkend verschil, in die zin dat in sublid 9 aanzienlijk meer dwangmiddelen zijn opgenomen dan in artikel 284 Sr. Verder geldt, net als bij sublid 4, dat deze dwangmiddelen een centrale plaats innemen in de constitutie van de strafbare handeling. We bespraken al dat deze dwangmiddelen van een zeer brede uitleg zijn voorzien door de Hoge Raad. Daarmee speelt ook hier het probleem dat

niet elk van de dwangmiddelen zich op even natuurlijke wijze met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid verhoudt. Zo is ook hier een goede voorstelling te maken bij de vrijheidsbeperking die door het aanwenden van geweld wordt gerealiseerd, maar ligt dat beduidend anders indien sprake is van de misbruikbestanddelen. De sterk geobjectiveerde manier waarop deze dwangmiddelen worden bewezen, maakt dat het afstaan van geld uit sekswerk door een kwetsbare persoon welhaast per definitie het delict in sublid 9 oplevert. In deze gevallen komt de relatie met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid niet altijd goed uit de verf.

Inmiddels heeft deze problematiek ook het niveau van de Hoge Raad bereikt. Ook in sub 9 heeft hij een uitbuitingsbestanddeel ingelezen, waardoor de reikwijdte van deze gedraging flink is ingeperkt. In de overwegingen van de Hoge Raad is duidelijk terug te zien dat hij moeite heeft met de strafbaarstelling van het (gedwongen) voordeeltrekken uit *vrijwillige* prostitutie. Ook hier lijkt het feit dat met deze gedraging het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid zou moeten worden beschermd invloed te hebben uitgeoefend op de restrictieve uitkomst. En ook hier kan de uitleg van de Hoge Raad worden begrepen als een poging de gedraging meer met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid in lijn te brengen. Net als bij sub 3 geldt dat deze interpretatie niet onproblematisch is omdat uit de wetshistorische stukken duidelijk blijkt dat de wetgever van een beperkte uitleg van sub 9 niet heeft willen weten.

6.2 RESUMÉ

In paragraaf 6.1 is te zien geweest dat de gedragingen die in artikel 273f, eerste lid, Sr zijn opgenomen zich niet alle op even logische wijze tot het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid verhouden. Bezien we de gedragingen in de subleden 3, 4, 5, 8 en 9 op wettelijk niveau – dus zonder de rechtspraak van de Hoge Raad te betrekken – dan kan er ernstig aan worden getwijfeld of deze gedragingen redelijkerwijs aan het beschermen van de persoonlijke vrijheid bijdragen. In het bijzonder geldt dat sublid 3; de kale vorm waarin die gedraging in de wet staat, stelt op geen enkele manier de eis van enige wilsinperking, waardoor de verhouding met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid automatisch onder druk komt te staan. Voor sublid 5 geldt hetzelfde en daarmee ook voor sublid 8. De aard van deze gedragingen en het brede beschermingsbereik daarvan – minderjarigen worden ook tegen zichzelf in bescherming genomen – wijzen er veel meer op dat hier de goede zeden worden beschermd en de subleden 5 en 8 kunnen dan ook beter worden begrepen als ‘seksuele delicten’. Anders gezegd: veel meer dan de persoonlijke vrijheid, wordt met de strafbaarstelling van deze gedragingen het rechtsbelang van de goede zeden beschermd. Ook de verhouding van de gedragingen in de subleden 4 en 9 met de persoonlijke vrijheid is problematisch. De brede

uitleg van de daarin opgenomen misbruikbestanddelen – die in de context van deze bepalingen worden begrepen als dwangmiddelen – maakt dat in voorkomende gevallen de daadwerkelijke krenking of gevaarzetting van de persoonlijke vrijheid wel heel erg op de achtergrond verdwijnt.

De laatste jaren hebben laten zien dat de Hoge Raad op de ruime strekking van de strafbaarstelling van mensenhandel een correctie heeft willen doorvoeren. In hoofdstuk 5 werd al opgemerkt dat zich bij de wijze waarop dat is gebeurd kanttekeningen laten plaatsen. De vraag rijst vooral hoe geëigend het is dat de Hoge Raad zich bij de afbakening van de betreffende delicten in belangrijke mate of mede heeft georiënteerd op het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid. Op het eerste gezicht moet deze gang van zaken natuurlijk worden toegejuicht: de kritische potentie van het rechtsbelangenconcept wordt immers ten volle benut indien het gebruik ervan door de rechter leidt tot een nadere begrenzing van de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het typische geval dat zich bij de strafbaarstelling van mensenhandel echter voordoet, is dat de op het rechtsbelang georiënteerde interpretaties van de Hoge Raad niet altijd in lijn zijn met de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever, zoals die voortvloeit uit de parlementaire achtergrondstukken. Hier wreekt zich – op het niveau van de rechter – dat de wetgever de verhouding tussen sommige gedragingen in artikel 273f, eerste lid, Sr en het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid, niet goed heeft doordacht en dat op het niveau van de wet sprake is van een gemankeerde relatie tussen gedraging en rechtsbelang.

Het antwoord op de vraag wat de strekking is van de strafbaarstelling van mensenhandel laat zich vanuit het rechtsbelangenconcept bezien dus als volgt beantwoorden: die strekking is – op het niveau van de wet – veelzijdig, in die zin dat niet elke gedraging met het vermeend te beschermen rechtsbelang samenhangt en de gedragingen qua aard en inhoud zelfs in sterke mate uiteenlopen. Bovendien: de Hoge Raad heeft de laatste jaren aan die strekking een belangrijke dimensie toegevoegd door het inlezen van een bestanddeel ‘uitbuiting’ in de subleden 3, 4 en 9. Daarmee kan wel worden gezegd dat de strekking van de strafbaarstelling van mensenhandel als geheel is beperkt, maar niet dat deze over de gehele linie eenduidiger is geworden. De ‘one-size-fits-all’-oplossing van het inlezen van het uitbuitingsbestanddeel werkt in de verschillende delictsomschrijvingen nu eenmaal heel anders uit, zoals in hoofdstuk 5 te zien is geweest.

Het moge op basis van deze conclusie duidelijk zijn dat de strafbaarstelling van mensenhandel terecht doorgaat als problematisch construct. Dat wordt extra duidelijk als we de bevindingen vanuit de *functies* van het rechtsbelangenconcept bekijken. Hoe valide is het dat sommige van de als mensenhandel strafbaar gestelde gedragingen zijn geordend als vrijheidsmisdrijf terwijl die strafbaarstelling zich met een beroep op het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid niet laat verdedigen? Is de rechter in deze gevallen eigenlijk nog wel vrij zich te oriënteren op dit rechtsbelang, helemaal als blijkt dat de wetgever van een beperking van de strafbaarheid niet heeft willen weten? Deze en

andere vragen worden in hoofdstuk 7 aan nadere overpeinzingen onderworpen. In dit volgende hoofdstuk wordt, naast een verdere problematisering van de resultaten uit dit onderzoek, ook voorzien in een blik vooruit. Wat moet er gebeuren om de gerezen problemen het hoofd te bieden?

7 | Reflectie op de bevindingen

In dit onderzoek heeft de strafbaarstelling van mensenhandel in artikel 273f van het Wetboek van Strafrecht centraal gestaan. Gebleken is dat deze het resultaat is van uiteenlopende wetgevingsprocessen en product van diverse tijdsgewrichten. Wie de historie ervan gecompriëerd en van een afstand bekijkt, wordt gewaar dat de ontwikkelingen in de strafbaarstelling van mensenhandel in Nederland nooit op zichzelf hebben gestaan, maar telkens ook onderdeel zijn geweest van een breder maatschappelijk debat. Niet alleen stonden daarin de zorgen centraal over diegenen die slachtoffer van de mensenhandel werden, of daartoe kwetsbaar zouden zijn, altijd was er ook discussie over de vraag wat de strafrechtsvormende staat vermag als hij zich op het terrein van het individueel zedelijk leven begeeft. Zo bezien gaat het bij de strafbaarstelling van mensenhandel om ‘problematisch recht’.¹ Steeds heeft de wetgever moeten laveren tussen het via zijn strafrecht bieden van adequate bescherming en het bewaken van een voldoende ruime vrijheidssfeer die in een rechtsstaat gewaarborgd moet worden en waaraan het strafrecht juist ook zijn rechtskarakter ontleent.² Hoewel het voor de strafwetgever in zekere zin altijd tussen deze twee uitersten bewegen is, worden deze aspecten door de aard van het mensenhandelthema nog eens extra geaccentueerd.

Een andere opvallende constante: in de bijna 150 jaar die zijn verstreken sinds in Europa de eerste aanzetten werden gedaan tot strafbaarstelling van de ‘white slave traffic’ heeft het thema eigenlijk altijd wel kunnen rekenen op de warme belangstelling van bovennationale wetgevers. De *internationalisering* en *europeanisering* van de mensenhandelproblematiek waren al ingezet, zo kan worden gezegd, ruim voordat de Verenigde Naties, de Raad van Europa en de Europese Unie waren opgericht: het is alleen om die reden al onterecht dat maar al te vaak de indruk wordt gewekt dat pas in 2000 de eerste, mondiale mensenhandeldefinitie in omloop kwam. Tegelijkertijd doet dit niet af aan de inspanningen die deze instituties zich vooral ook in de afgelopen twee decennia hebben getroost. Wie het beeld overziet, kan niet anders dan spreken in termen van een meergelaagde rechtsorde bestaande uit meerdere bovennationale wetgevers, die grote invloed hebben gehad, en nog steeds uitoefenen, op de wijze waarop de strafbaarstelling van mensenhan-

1 De term is ontleend aan De Hullu, die deze gebruikt voor de omschrijving van het gehele strafrecht. De Hullu 2018, p. 21-23.

2 Peters 1972. Zie ook 't Hart 1994, p. 217.

del in ons wetboek is ingericht en door de rechter wordt uitgelegd en toegepast.

Het artikel waarin mensenhandel in het wetboek is strafbaar gesteld, artikel 273f, is alleen al vanwege deze achtergrond complex. Die complexiteit wordt verder in de hand gewerkt door de wijze waarop die bepaling is geredigeerd. De wetgever heeft ervoor gekozen uiteenlopende gedragingen in artikel 273f op te nemen – in dezelfde titel dus – en telkens te voorzien van datzelfde etiket: *mensenhandel*. Voor degene die voor het eerst met deze strafbaarstelling te maken krijgt, is dit meteen een bevreemdende ervaring. De gedragingen in artikel 273f heten allemaal hetzelfde, en worden met dezelfde maximale gevangenisstraf van twaalf jaar bedreigd, maar verschillen in aard en ernst en worden in de rechtspraak ook anders gewogen. Bovendien heeft de wetgever zich met betrekking tot de uitleg van belangrijke onderdelen van de gedragingen in artikel 273f op de vlakte gehouden. Zo zijn in de wetsgeschiedenis relatief weinig met mensenhandel samenhangende begrippen van een nadere uitleg voorzien. Hoe bijvoorbeeld de wetgever zich de relatie tussen het veelgenoemde begrip ‘uitbuiting’ en mensenhandel heeft gedacht, laat zich moeilijk uit de wetshistorische stukken afleiden. Ook over de onderlinge verhouding tussen de gedragingen uit het eerste lid wordt men uit de wetsgeschiedenis nauwelijks wijzer.

Aan de rechtspraak is veel ruimte gelaten om de betekenis en het toepassingsbereik van de in artikel 273f neergelegde gedragingen verder uit te kristalliseren en zo heeft de wetgever het blijkens de parlementaire stukken ook voor ogen gehad. De vraag is dan natuurlijk of, en zo ja, hoe de Hoge Raad die handschoenen heeft opgepakt. Het antwoord op de eerste vraag is een eenvoudig ‘ja’. De tweede vraag laat zich uiteenlopend beantwoorden. De rechtspraak van de Hoge Raad overziend worden drie hoofdlijnen zichtbaar. Ten eerste valt op, zeker in de laatste jaren, dat de Hoge Raad duidelijke grenzen heeft willen stellen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid die op grondslag van artikel 273f, eerste lid, kan worden gevestigd.³ Te zien is dat geweest aan het restrictief interpreteren van verschillende gedragingen. Zo is in sommige subleden van het eerste lid een extra impliciet bestanddeel ingelezen, opdat het toepassingsbereik ervan zou worden ingeperkt.⁴ Ten tweede valt op dat minderjarigen van deze restrictieve tendens zijn uitgesloten: voor hen is de strafrechtelijke beschermingsomvang op grond van de strafbaarstelling van mensenhandel intact gelaten of juist uitgebreid.⁵ Ten derde, de laatste hoofdlijn, is te zien dat de Hoge Raad mettertijd meer duidelijkheid heeft verschaft over de betekenis van de delictsomschrijvingen, of bestanddelen daarvan, in het eerste lid. Het uitgebreid besproken *Chinese horeca*-arrest, uit

3 Zie ook paragraaf 5.9.

4 Het gaat om de subleden 3, 4 en 9. Zie voor een bespreking van de betreffende rechtspraak paragrafen 5.4.2.4, 5.5.2.2 en 5.8.2.

5 Zie paragrafen 5.3 en 5.6.

2009 alweer, is nog steeds maatgevend voor het begrip van de uit het internationaal recht afkomstige kerngedragingen die in de subleden 1 en 2 zijn opgenomen en zijn betekenis strekt thans – door het inlezen van het uitbuitingsbestanddeel in andere subleden – verder dan ooit.⁶

Het is tijd om de bevindingen die in dit boek zijn gedaan op een abstracter niveau te analyseren. Daartoe worden de resultaten in paragraaf 7.1 vooreerst besproken in het licht van het rechtsbelangenconcept, dat in dit onderzoek een belangrijke plaats heeft toebedeeld gekregen. In paragraaf 7.2 worden de resultaten verder in verband gebracht met enkele andere rechtstheoretische concepten. Zo zal blijken dat de strafbaarstelling van mensenhandel en de wijze waarop die in de praktijk wordt toegepast, ook vanuit het perspectief van rechtszekerheid en het staatsrechtelijke perspectief van de scheiding der machten kunnen worden geproblematiseerd. Waar paragrafen 7.1 en 7.2 de resultaten in retrospectief bekijken, hebben paragrafen 7.3 en 7.4 een vooruitblikkend karakter. In paragraaf 7.3 wordt de vraag opgeworpen welke implicaties de bevindingen uit dit boek moeten hebben voor de inrichting van de strafbaarstelling van mensenhandel in artikel 273f Wetboek van Strafrecht. Paragraaf 7.4 stijgt op naar een meer theoretisch niveau en stelt de vraag centraal welke waarde het rechtsbelangenconcept anno nu nog toekomt, en zou moeten toekomen, in het Nederlands materieel strafrecht. Een lans wordt gebroken voor een hogere waardering van dit concept, dat vanwege zijn rechtsbeschermende, betekenisgevende en constitutionele dimensie zowel op het plan van de wetgever als de rechter een meer geprononceerde plaats verdient, juist in de in complexiteit toenemende omgeving waarin het strafrechtelijk systeem heden ten dage moet functioneren.

7.1 DE LEGITIMITEIT VAN ARTIKEL 273F WETBOEK VAN STRAFRECHT IN HET LICHT VAN HET RECHTSBELANGENCONCEPT

Het rechtsbelangenconcept is uitgebreid behandeld in hoofdstuk 2 van dit boek. Kort gezegd is het rechtsbelang het belang dat met de strafbaarstelling van een gedraging wordt beschermd. Als de vraag wordt gesteld *waarom* bepaald gedrag strafbaar is of dat moet zijn, is het vaak intuïtief het rechtsbelang waaraan gerefereerd wordt. Het ‘*waarom*’ achter de strafbaarstelling van moord en doodslag is het beschermen van het rechtsbelang van het leven. Diefstal is strafbaar om het vermogen, en het genot daarvan, bescherming te bieden. Mensenhandel is strafbaar om de persoonlijke vrijheid te beschermen.

Het ‘*waarom*-karakter’ veronderstelt reeds dat aan het rechtsbelang een legitimiteitsdimensie kleeft. Vanzelfsprekend is dit echter niet. Zo is in hoofd-

6 Zie voor een uitgebreide bespreking van dit arrest paragraaf 5.2.2.2.

stuk 2 te zien geweest dat aan dit concept ook een zuiver descriptieve uitleg wordt gegeven: erkend wordt in die optiek *dat* met het strafrecht rechtsbelangen *worden* beschermd, maar verder pretendeert het concept niets.⁷ Een normatieve opvatting doet dat wel en heeft een duidelijk prescriptief karakter. In deze hoedanigheid liggen in het concept, zo werd in hoofdstuk 2 gesteld, twee opdrachten aan de wetgever besloten. In een proces van strafbaarstelling is deze in de eerste plaats gehouden bloot te leggen welk rechtsbelang, of welke rechtsbelangen, hij met zijn wetgeving beoogt te beschermen. In de tweede plaats dient hij duidelijk te kunnen maken hoe zich de relatie tussen de strafbaar te stellen gedraging en het geselecteerde rechtsbelang precies laat denken. Het is dus niet genoeg om alleen een rechtsbelang te selecteren: de wetgever moet de relatie tussen gedraging en rechtsbelang inhoudelijk verantwoorden. Om die reden werd het rechtsbelangenconcept in hoofdstuk 2 een *relationeel concept* genoemd.⁸ Ter inhoudelijke verantwoording van de voornoemde relatie kan de wetgever bijvoorbeeld gebruik maken van de typen delicten die in de materiële strafrechtsdogmatiek worden onderscheiden.⁹ Een materieel omschreven delict heeft, bij wijze van voorbeeld, een directere relatie met het te beschermen rechtsbelang dan zijn formeel omschreven tegenhanger, omdat eerstgenoemde een rechtsbelang krenkend resultaat heeft. De tweede, aan de wetgever gerichte opdracht is van groot belang omdat daarmee in het concrete geval wordt gearticuleerd hoe precies, op welke wijze, de strafbaarstelling aan de bescherming van het rechtsbelang een bijdrage levert, of in elk geval beoogt te leveren.

Een normatieve benaderingswijze van het continentale rechtsbelangenconcept kent gelijkenissen met het bekendere, Angelsaksische ‘schadebeginsel’. Daar waar binnen het rechtsbelangenconcept wordt gesproken over ‘rechtsbelangen’ en ‘bescherming’ gaat het binnen de theorie van het schadebeginsel over ‘belangen’ en ‘schade aan belangen’. In hoofdstuk 2 is te zien geweest dat het hier, hoezeer beide concepten ook een diverse achtergrond kennen, om ‘functionele equivalenten’ gaat; zowel bij het bieden van bescherming aan rechtsbelangen als bij het voorkomen van schade daaraan, gaat het steeds om de vraag naar het nadelig effect van de (strafbaar te stellen) gedraging X op het rechtsbelang Y. Het aantonen van dit effect wordt binnen beide theorieën essentieel geacht voor de legitimiteit van strafbaarstelling.¹⁰

De functie die het concept heeft op het niveau van de wetgever die voornemens is gedrag strafbaar te stellen, waarvoor zonet aandacht was, keert in de literatuur doorgaans terug als de *legitimerende functie*. In het rechtsbelangen-

7 Zie paragraaf 2.2.3.

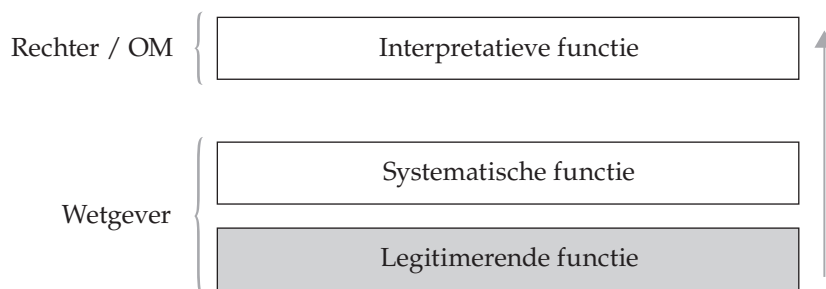
8 Zie paragraaf 2.2.3.

9 Hier laat zich zien dat de bedoelde relatie tussen gedraging en rechtsbelang steeds een *specifiek-juridische* is. Het nadelig effect van een gedraging op het rechtsbelang wordt weliswaar aan de empirie ontleend, maar ter verdere legitimering steeds in juridische termen vertaald.

10 Zie over de parallelle tussen rechtsbelangenconcept en schadebeginsel paragraaf 2.2.3.

concept liggen ook andere functies besloten.¹¹ Die zijn op verschillende niveaus werkzaam. De *systematische functie* is dat op het niveau van de wetgever. Anders dan de legitimeringsfunctie echter – die richting de wetgever een opdracht inhoudt – is de systematische functie de wetgever vooral behulpzaam: in deze hoedanigheid helpt het rechtsbelangenconcept hem zijn codificaties – niet per definitie enkel en alleen het Wetboek van Strafrecht – te ordenen aan de hand van de rechtsbelangen die hij met de door hem strafbaar gestelde gedragingen wil beschermen. Die ordening dient de structuur van het wetboek en heeft daarmee ook in het licht van het legaliteitsbeginsel, en de daaraan ten grondslag liggende notie van rechtszekerheid, een belangrijke rol te vervullen. In Nederland is van een deels op het rechtsbelang georganiseerde structuur sprake: in het Wetboek van Strafrecht zijn verschillende categorieën strafbare feiten nader geordend in titels die refereren aan het beschermde rechtsbelang.

Het beschermde rechtsbelang, ten slotte, kan ook een belangrijke rol spelen in het proces van rechtsvinding door de rechter. Deze functie wordt de *interpretatieve of betekenisverlenende functie* genoemd. Ziet hij zich gesteld voor de vraag hoe een delictsomschrijving, of een bestanddeel daarvan, moet worden uitgelegd en toegepast, dan baseert de rechter zich niet zelden op het rechtsbelang dat met de strafbaarstelling van de betreffende gedraging beschermd wordt. Ook indien hij andere methoden hanteert om de wettelijk omschreven gedraging van een nadere betekenis te voorzien, kan de rechter zich op het rechtsbelang oriënteren, bijvoorbeeld bij het toepassen van de buitenwettelijke kwalificatie-uitsluitingsgrond of bij het ‘concretiseren’ van de wederrechtelijkheid. Hierop wordt in paragraaf 7.4 nog teruggekomen.



Schematische weergave van de functies van het rechtsbelang. De legitimerende functie wordt in dit boek als de hoofdfunctie beschouwd. De pijl in het schema wijst erop dat de functies op het niveau van de wetgever van invloed kunnen zijn op de interpretatieve functie. De interpretatieve functie kan werkzaam zijn op het niveau van de rechter, maar ook op dat van het OM. De werkzaamheid van de interpretatieve functie op het niveau van het OM is in dit boek niet onderzocht.

11 Hoewel deze functies overigens steeds in de sleutel van een legitieme strafrechtshantering staan. Zo bezien hebben ook de systematische en interpretatieve functie een heel duidelijke legitimerende functie.

In dit boek zijn de als mensenhandel strafbaar gestelde gedragingen in artikel 273f, eerste lid, langs de 'meetlat' van het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid gelegd, het rechtsbelang dat de wetgever met de strafbaarstelling primair wenst te beschermen. De confrontatie van die gedragingen met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid is uitgevoerd om te bezien in hoeverre de strafbaarstelling van deze gedragingen zich daadwerkelijk met een beroep op dit rechtsbelang laat legitimeren. Met het beantwoorden van deze vraag wordt als vanzelf ook meer duidelijk over de legitimiteit van de wijze waarop deze gedragingen in het wetboek zijn gestructureerd (als misdrijf tegen de persoonlijke vrijheid). Ook kan een uitspraak worden gedaan over de vraag hoe geëigend rechtsvinding op basis van juist dit rechtsbelang is.

Wat heeft deze confrontatie opgeleverd? In hoofdstuk 5 is uitgebreid onderzoek gedaan naar de aard, strekking en achtergrond van de gedragingen uit het eerste lid van artikel 273f. In hoofdstuk 6 is gebleken dat een deel van die gedragingen niet of nauwelijks met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid samenhangt. In evocatieve zin zou hier wel kunnen worden gesproken van een spectrum, met aan de linkerkant de gedragingen waarvan het verband met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid zwak is, of zelfs niet aanwezig, en aan de andere uiterste kant, de rechterzijde van het spectrum, juist wel sprake is van een sterk verband met dit rechtsbelang. Zo geldt ten aanzien van de gedraging in sublid 3 dat in het geheel geen verband met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid bestaat. Hierin is zakelijk weergegeven strafbaar gesteld *degene die een ander aanwerft, medeneemt of ontvoert met het oogmerk die ander in een ander land ertoe te brengen zich voor, kort gezegd, sekswerk beschikbaar te stellen*. Uit de wetteksten noch uit de wetsgeschiedenis blijkt dat van de delictsomschrijving een vorm van dwang onderdeel uitmaakt en evenmin dat de vrijwilligheid van de 'ander' moet zijn aangetast. Bij herhaling heeft de strafwetgever bovendien aangegeven de brede strekking van deze gedraging te willen behouden en heeft hij daaraan bewust geen restrictieve bestanddelen toegevoegd.

Dat geldt ook, zij het in mindere mate, voor sub 5 en het trekken van profijt uit de daarin neergelegde gedraging (sub 8). In sub 5 is zakelijk weergegeven strafbaar gesteld *degene die een minderjarige ertoe brengt zich beschikbaar te stellen voor sekswerk*. Ook in deze wetteksten zijn geen dwangmiddelen opgenomen, wat de relatie met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid direct onder druk zet. Dat de wetgever er – anders bij sub 3 – van uit is gegaan dat de vrijheid van minderjarigen *per definitie* is geschonden indien zij tot sekswerk worden gebracht, doet hieraan niet af. De gedraging in sub 5 vertoont daarmee – net als het daaraan gelieerde sub 8 – veel meer trekken van een zedendelict, zoals uit de hoofdstukken 5 en 6 duidelijk is gebleken.

In mindere mate – we komen nu steeds rechtser op ons spectrum – geldt dat ook voor de gedragingen die in de subleden 4 en 9 zijn opgenomen. De dwangmiddelen in die subleden wijzen op het eerste gezicht weliswaar op een logische verhouding met het vrijheidsbelang, maar tegelijkertijd geldt dat

die middelen door de wetgever van zo'n brede uitleg zijn voorzien dat de vraag kan worden gesteld of het wel altijd de persoonlijke vrijheid is die in het geding is als deze strafbare gedragingen zijn begaan. In dit kader is ook relevant dat een deel van die middelen door de Hoge Raad is geobjectiveerd en zich dus in zekere zin onttrekt aan de vraag of het betrokken slachtoffer daadwerkelijk onvrijwillig handelde, en dus sprake was van een wederrechtelijke inbreuk op zijn persoonlijke vrijheid.

Het meest met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid hangen samen de subleden 1 en 2 en – via een omweg – ook de profijttrekkersbepalingen in de subleden 6 en 7.¹² In de combinatie van objectieve en subjectieve bestanddelen die in deze gedragingen zijn opgenomen, komt de relatie met het rechtsbelang het beste tot uitdrukking. Deze gedragingen kunnen dan ook rechts in het denkbeeldige spectrum worden gepositioneerd.

Relatie mensenhandelgedragingen met persoonlijke vrijheid

Sub 3	Sub 4	Sub 1/2
Sub 5	Sub 9	Sub 6/7
Sub 8		
Zwak		Sterk

De schematische weergave van het spectrum laat in een oogopslag zien welke gedragingen het zijn waarvan de strafbaarstelling zich met een beroep op de bescherming van de persoonlijke vrijheid moeilijk laat legitimeren. Hier geldt dat de strekking die de wetgever aan die gedragingen heeft willen geven niet strookt met het rechtsbelang dat hij daarmee wilde beschermen. Kort en goed: niet valt in te zien hoe juist de persoonlijke vrijheid met de strafbaarstelling van deze gedragingen gediend is.

Die conclusie doet een probleem op alle functieniveaus van het rechtsbelangenconcept ontstaan. De strafbaarstelling van de gedragingen in de subleden 3, 5 en 8 laat zich in de eerste plaats niet met een beroep op de bescherming van de persoonlijke vrijheid legitimeren. In de tweede plaats betekent dit ook een probleem met betrekking tot de gekozen ordening: de genoemde gedragingen staan op een plaats in het wetboek waar zij evident niet thuishoren. In de derde plaats zorgt dit ervoor dat het rechtsbelang ook op het niveau van de rechter geen gezaghebbende rol meer kan vervullen. Omdat de strafbaarstelling van de gedragingen op basis van het beschermen van de persoonlijke vrijheid

¹² Zie paragraaf 6.1.5.

niet kan worden gerechtvaardigd, verliest ook een interpretatie daarvan op grond van dit rechtsbelang aan legitimiteit.

Toch hebben we in dit boek gezien dat ook de genoemde gedragingen op basis van juist dit rechtsbelang, dat van de persoonlijke vrijheid, zijn afgebakend. In de arresten van de Hoge Raad met betrekking tot de subleden 3 en 4 is dat het meest zichtbaar geworden. Uit het interpretatieschema dat in deze uitspraken besloten ligt, wordt duidelijk dat de bereikte uitkomst – het inlezen van een nieuw bestanddeel ‘uitbuiting’ – mede het resultaat is van de identiteit van de genoemde gedragingen *als* misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid.

Hier wordt natuurlijk goed duidelijk in welke spagaat de rechter zich bevindt. Aan hem wordt de vraag voorgelegd op welke wijze de gedragingen in artikel 273f moeten worden uitgelegd. *Grosso modo* kan hij daarbij dan twee kanten op: of de systematiek waarin die gedragingen liggen ingebed wordt beslissend gemaakt of de tekst van de gedraging zelf en haar wetshistorische achtergrond worden tot uitgangspunt genomen.¹³ In feite gaat het hier om een spanningsveld tussen de grammaticale en wetshistorische interpretatiemethode enerzijds en de systematische interpretatiemethode anderzijds en luidt de vraag telkens welke bron de rechter gebruikt bij de finale ontsluiting van de ‘wil van de wetgever’. Bij gebrek aan een duidelijke rangorde tussen de interpretatiemethoden geeft de dogmatiek hier geen uitsluitsel.¹⁴ Een systematische interpretatie baseert zich primair op het rechtsbelang zoals dat zich uit de systematiek laat afleiden, maar die benadering is natuurlijk inherent problematisch omdat duidelijk is geworden dat de relatie tussen sommige gedragingen en het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid zwak is. Tegelijkertijd geldt wel dat de rechter zich nu eenmaal met dit rechtsbelang – en de daarop rustende systematiek – geconfronteerd weet en toch geneigd zal zijn, en geneigd is geweest, daaraan betekenis te verlenen.

Uit het vorengaande blijkt dat een op het rechtsbelang geënte uitleg niet altijd legitiem hoeft te zijn. De legitimiteit van het gebruik van een daarop gebaseerde interpretatiemethode hangt in sterke mate af van de wijze waarop de wetgever de relatie tussen de door hem strafbaar gestelde gedragingen en het verkozen rechtsbelang heeft uitgedacht. Het scherpt des te meer in hoeverre de verwezenlijking van de systematische en interpretatieve functie van het rechtsbelangenconcept afhankelijk is van de wijze waarop de wetgever het rechtsbelang gebruikt in het proces dat tot strafbaarstelling moet leiden.

Ten slotte nog enkele opmerkingen over de subleden 1 en 2, die zich volgens ons ter rechterzijde van het voormelde spectrum bevinden. Deze uit het internationaal en Europees recht afgeleide mensenhandelgedragingen leveren in het algemeen geen problemen op, niet in de laatste plaats omdat ze ook

13 Waarbij ook de internationaalrechtelijke achtergrond van de bepaling kan worden verdisconteerd.

14 Vgl. De Hullu 2018, p. 103.

door de internationale strafwetgever duidelijk in de sleutel van de bescherming van de persoonlijke vrijheid zijn gezet. Hoogstens kan worden gezegd dat de criteria die de Hoge Raad ten aanzien van het bewijs van het subjectieve bestanddeel in deze subleden – het ‘oogmerk van uitbuiting’ – heeft geformuleerd, nogal sterk lijken te zijn toegespitst op de situatie waarin het beschermde rechtsbelang daadwerkelijk is gekrenkt. Dat doet af aan de formele omschrijving van deze delicten, die maakt dat voor een bewezenverklaring niet is vereist dat het beschermde rechtsbelang is geschonden. De formele omschrijving maakt juist dat niet die krenking centraal staat, maar een op zichzelf staande gedraging die op die krenking is gericht. Desondanks is de ‘materialisering’ van de subleden 1 en 2 in mijn optiek, zoals ook in hoofdstuk 5 is gesteld, noch helemaal te voorkomen noch per definitie onwenselijk. Het werd uit de literatuur die in dit boek is gebruikt al duidelijk dat het resultaat van formeel omschreven gedragingen weliswaar niet bewezen hoeft te worden, maar vanuit bewijsrechtelijk perspectief vaak wel een belangrijke rol speelt. Reijntjes heeft in dit verband aandacht gevraagd voor de grote invloed die op de inhoud van een bestanddeel – een vraagstuk van materieel strafrecht – kan worden uitgeoefend door de wijze waarop dat moet worden bewezen, een vraagstuk van formeel strafrecht.¹⁵ In de situatie van de subleden 1 en 2 heeft de bewijsconstructie die door de Hoge Raad is opgezet veel helderheid geschapen, maar ligt door de gekozen route wel licht het gevaar op de loer dat de strafvorderlijke autoriteiten zich uitsluitend richten op zaken waarin het rechtsbelang daadwerkelijk in directe zin is geschaad. Hier worden we een nog dieperliggende dimensie gewaar van hetgeen Reijntjes al opmerkte: hoe een bestanddeel moet worden bewezen, heeft invloed op het bewijs en daarmee vermoedelijk ook op de keuzes die met betrekking tot de vervolging worden gemaakt door het Openbaar Ministerie en, in een nog vroeger stadium, de opsporingsinstanties. Gelet op het formele karakter van de delicten die in sub 1 en 2 zijn opgenomen is het de vraag of dat wel altijd wenselijk is.

In het vorengaande hebben we vastgesteld dat voor een deel van de mensenhandelgedragingen geldt dat zij geen, of nauwelijks, een relatie hebben met het rechtsbelang dat de wetgever met hun strafbaarstelling beoogde te beschermen. Toch zijn zij wel degelijk als misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid in het wetboek gecategoriseerd, voorzien van het zware mensenhandeletiket en een navenante strafbedreiging. Waar de relatie tussen gedraging en het beschermd rechtsbelang nauwelijks kan worden gesubstantieerd, is dit wel degelijk – net als de andere systematische aspecten – van invloed geweest op de afbakening van de reikwijdte van die gedragingen door de rechter. Los van het problematische karakter van die afbakening in het licht van de functies van het rechtsbelangenconcept kan deze gang van zaken ook worden geproblematiseerd vanuit verschillende andere, met het thema van de legitimiteit

¹⁵ Reijntjes 2003, p. 473-490.

samenhangende beginselen. Dit wordt duidelijk in de hiernavolgende paragraaf.

7.2 DE LEGITIMITEIT VAN ARTIKEL 273F WETBOEK VAN STRAFRECHT IN HET LICHT VAN DE RECHTSZEKERHEID

Zoals in de hoofdstukken 1 en 2 duidelijk is geworden, heeft dit boek niet alleen willen voorzien in een grondige analyse van de wetgeving en rechtspraak ten aanzien van artikel 273f. In deze studie is steeds ook het doel geweest om een uitspraak te kunnen doen over de legitimiteit van deze strafbaarstelling en de wijze waarop die thans in de rechtspraak toepassing vindt. Vanwege de legitimiteitsdimensie die aan het rechtsbelangenconcept is verbonden raakten we hier al aan in de vorige paragraaf. Ook als we de bevindingen uit dit boek vanuit andere invalshoeken bekijken, blijken daaraan problematische aspecten te kleven. Drie grote problemen kunnen worden gesignaleerd.

In eerste instantie is er het probleem van de *wetgevingstechniek*: de wijze waarop de wetgever mensenhandel heeft strafbaar gesteld draagt, zacht gezegd, niet bij aan een goed begrip van de verschillende gedragingen die mensenhandel worden genoemd. In de eerste plaats is problematisch dat deze gedragingen bij elkaar zijn gezet, in een artikel en dus ook dezelfde titel, namelijk die waarin de misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid zijn opgenomen. Ook de strafbedreiging is voor elk van de gedragingen dezelfde. In de tweede plaats heten die verschillende gedragingen allemaal ‘mensenhandel’. Het verdient daarbij opmerking dat het hier gaat om een *wettelijke* delictskwalificatie, die in voorkomend geval ook een interpretatieve rol kan spelen bij de uitleg, door de rechter, van de daaronder geschaarde gedragingen.¹⁶ De naamgeving van een delict doet er met andere woorden toe en ook hier geldt – net als bij het rechtsbelang – dat een valide verhouding tussen het een – de gedraging – en het ander – de delictskwalificatie – moet kunnen worden vastgesteld.¹⁷ Daarvan is bij de strafbaarstelling van mensenhandel geen sprake geweest: negen in aard verschillende gedragingen heten mensenhandel te zijn, maar de wetgever heeft, zoals in hoofdstuk 4 te zien is geweest, weinig arbeid verricht om uit een te zetten wat deze gedragingen gemeen hebben en hoe zij zich tot elkaar verhouden.

Het tweede grote probleem dat kan worden gesignaleerd hangt samen met het (*materieelstrafrechtelijke*) *legaliteitsbeginsel*, met name met het daaruit voortvloeiende *lex certa*-gebod. Dat aan de wetgever geadresseerde gebod schrijft scherpe en toegankelijke normen voor, waaraan burgers rechtszekerheid moeten kunnen ontlenen. Het beginsel heeft in deze hoedanigheid een belang-

¹⁶ Vgl. ten aanzien van het witwasmisdrijf Borgers, *DD* 2013/33.

¹⁷ In het Angelsaksische taalgebied wordt in dit kader wel gesproken over ‘fair labelling’. Zie daarover Chalmers & Leverick, *The Modern Law Review* 2008, p. 217-246.

rijke, rechtsbeschermende dimensie: het beoogt de justitiabele tegen willekeurig en onverwacht overheidsoptreden te beschermen en stelt hem in staat, zo luidt de klassieke gedachte, zijn gedrag op de wet af te stemmen. Het is de vraag of de strafbaarstelling van mensenhandel de toets met het legaliteitsbeginsel goed doorstaat. Mijns inziens is het in het licht daarvan problematisch dat een niet onbelangrijk deel van de gedragingen die in artikel 273f, eerste lid, zijn opgenomen, zijn voorzien van een extra bestanddeel dat alleen aan de jurisprudentie kan worden ontleend. Ware deze demarche slechts van beperkte invloed op het toepassingsbereik van de betreffende gedragingen, dan zou de problematiek minder prominent op de voorgrond treden. Het gaat hier evenwel om een bestanddeel dat in beslissende mate invloed uitoefent op de omvang van de strafrechtelijke aansprakelijkstelling die op grond van de bedoelde gedragingen kan worden gevestigd. De restrictieve interpretatie die de rechter heeft toegepast, heeft de reikwijdte van de strafbepalingen in belangrijke mate ingeperkt, terwijl die inperking niet is af te lezen uit de wet. Extra problematisch daarbij is dat het inlezen van dit bestanddeel 'uitbuiting' in het leeuwendeel van de gevallen geen stevige basis heeft in de wetsgeschiedenis.

De spanning die de rechtspraak van de Hoge Raad doet ontstaan met het legaliteitsbeginsel kan in die zin gerelativeerd worden dat de uitkomst steeds een restrictieve interpretatie is, en dus een rechtsbeschermende uitwerking heeft (in verticale zin). Tegelijkertijd moet hierbij wel worden aangetekend dat de strafbaarstelling van mensenhandel deels het product van internationale wetgevers is en ten aanzien van de in artikel 273f, eerste lid, opgenomen gedragingen een veelheid aan positieve verplichtingen is geformuleerd. Daarvan maakt niet alleen de rechtsbescherming van het verdachte individu deel uit, maar ook de bescherming die het strafrecht aan individuen in hun hoedanigheid van (potentieel) slachtoffer moet worden geboden (bescherming in horizontale zin). Deze horizontale beschermingsdimensie, die juist bij de strafbaarstelling van mensenhandel ook altijd een belangrijke rol heeft opgeëist, lijkt bij de restrictief-interpretatieve arbeid van de Hoge Raad nauwelijks een rol te spelen; in elk geval heeft hij in zijn arresten niet doen blijken dat dit spanningsveld bij de interpretatie van belang is geweest. Het is mijns inziens te eenvoudig deze problematiek te relativiseren uitsluitend om de reden dat een restrictieve interpretatie goed aansluit bij de inhoud van het *ultimum remedium*-beginsel en daarom minder problematisch is. Los daarvan is het de vraag of, indien het beschermingsbereik van een strafrechtelijke bepaling in belangrijke mate wordt beperkt, daar niet veeleer een taak voor de strafwetgever is weggelegd, of zulks, met andere woorden, niet ook in de wet zelf zichtbaar moet zijn.

De hierboven geschetste gang van zaken zet natuurlijk de vraag naar de *verhouding tussen wetgever en rechter* op scherp. Daarmee hangt ons derde legitimatieprobleem samen. Recent is er weer meer aandacht voor de relatie tussen deze twee staatsmachten in de *trias politica*, een relatie die eigenlijk altijd

wel onderwerp van debat is.¹⁸ Mevis merkt terecht op dat het in het strafrecht ontbreekt aan een 'uitgewerkt model' van 'rechtsvormingsverdeling' tussen strafrechter en strafwetgever.¹⁹ Naar stevige ijkpunten is het vergeefs zoeken. In de hedendaagse literatuur wordt dikwijls gesproken in termen van 'interactie' of 'communicatie' tussen wetgever en rechter.²⁰ Borgers benadrukt in dit verband het 'samenspelkarakter' dat rechtsvorming heeft en fundeert daarop zijn interactionistische zienswijze, die tot uitgangspunt neemt dat

'[...] het recht en dus ook het (materiële) strafrecht als een "open systeem" moet worden beschouwd waarin het toepassingsbereik van de wet mede afhankelijk is van de berechting van concrete gevallen door de rechter'.²¹

Daarmee is nog weinig gezegd over hoe ver de rechter dan mag gaan. Dat hij bij het toepassen van de wet geen *carte blanche* heeft moge duidelijk zijn. Een klassiek-dogmatische grens wordt daarbij getrokken door het analogieverbod. Tegelijkertijd is de rechter geen *bouche de la loi* en dient het recht, wil dat zich op enige openheid kunnen laten voorstaan, toch moeten voorzien in een mogelijkheid voor de rechter om het door de wetgever gegeven recht verder te ontwikkelen. Rozemond, een sterk door Rawls en Dworkin beïnvloede constructivist, meent dat constructieve interpretatie door de rechter in elk geval meebrengt dat de rechter een rechtvaardiging moet kunnen geven aan het bestaande recht '[...] in termen van doelen, belangen en beginselen die daaraan ten grondslag liggen'.²² Tegelijkertijd beklemtoont Rozemond ook dat elke vorm van interpretatie door de rechter een positief, een van de wetgever afkomstig, startpunt dient te hebben. Hij spreekt in dit kader ook wel over de 'dekkingseis' waaraan elke interpretatie van de wet door de rechter dient te voldoen.²³

Het is hier niet mijn bedoeling om uitgebreid bij het debat over rechtsvindingsmodellen stil te staan of daaraan verder een bijdrage te leveren. De vraag die zich hier opdringt, is minder pretentius, maar niet minder belangrijk: hoe verhoudt zich de wijze waarop de Hoge Raad het toepassingsbereik van artikel 273f heeft afgebakend tot het debat over de scheiding van machten? Is hier sprake van een acceptabele taakverdeling tussen de wetgever, wiens

18 In het debat over rechterlijke interpretatie wisselen volgens Witteveen periodes '[...] waarin de rechterlijke vrijheid ontkend of aan banden gelegd wordt en periodes waarin vrijere rechtsvorming juist wordt gewaardeerd en gestimuleerd elkaar af'. Witteveen 2014, p. 331.

19 Mevis, *DD* 2017/19, p. 179. Zie ook Witteveen 2014, p. 330-338.

20 Borgers 2011. Zie ook Groenhuijsen, *DD* 2016/42.

21 Borgers 2011, p. 171.

22 Rozemond 1998, p. 43.

23 Rozemond 1998, p. 44. Rozemond ontleent deze dekkingseis aan Paul Scholten, die dit criterium heeft uitgewerkt in zijn *Algemeen Deel*.

taak het is algemene regels te stellen, en de rechter, die de regels toepast en deze daarmee 'nader vorm' geeft?²⁴

Mijns inziens luidt het antwoord op die vraag ontkennend voor de gevallen waarin de Hoge Raad gebruik heeft gemaakt van de techniek van het inlezen van een extra, impliciet bestanddeel 'uitbuiting'. Ten eerste kan de wetgeving over mensenhandel daarmee niet langer als een afspiegeling worden beschouwd van de omvang van die regeling. We hebben gezien dat dit de rechtszekerheid niet ten goede komt en evenmin de hanteerbaarheid van de strafbaarstelling voor de strafvorderlijke autoriteiten. Ook vanuit staatsrechtelijk perspectief is de toegepaste techniek niet te verkiezen. De rechter past hier namelijk geen regels, of onderdelen daarvan, toe – en geeft die nader vorm – maar kruipt zelf in de huid van de wetgever door onderdelen *in te voegen*. Dat is in mijn optiek van een heel andere orde dan wanneer de rechter bestaande, in de wettekst opgenomen bestanddelen nader vormgeeft. In die laatste situatie blijft de rechter immers gebonden aan de tekst van het bestanddeel – aan het positief recht – en geeft dit betekenisconstruct doorgaans ook de bandbreedte aan waarbinnen die interpretatie vorm kan krijgen. Het is daar waarop Rozemond doelt als hij rept over de dekkingseis waaraan interpretaties door de rechter dienen te voldoen. Als een extra bestanddeel wordt ingelezen, wordt in feite een geheel nieuwe betekenislaag geïntroduceerd, waardoor aan de betreffende norm in potentie een heel nieuwe betekenis kan worden verleend. Het behoeft geen herhaling dat deze gang van zaken met name problematisch is als voor het inlezen van het nieuwgeboren bestanddeel geen stevige grondslag bestaat in de wetsgeschiedenis of andere van de wetgever afkomstige uitingen. Daarvan is vooral sprake in het geval van de gedragingen die in subleden 3 en 9 zijn opgenomen. Ten aanzien van sublid 3 houdt de restrictieve uitleg zelfs in dat de uitgangspunten van het onderliggende Verdrag – dat uit 1933 stamt, maar nog steeds geldend is – worden verlaten.²⁵

Vooral *de wijze waarop* de Hoge Raad tot een nadere afbakening van artikel 273f is gekomen, levert dus een probleem van staatsrechtelijke aard op. Ook als we deze zware conclusie wat op de achtergrond zetten, blijft over dat de vruchten van de strafkamer van ons hoogste rechtscollege toch bepaald als een vorm van communicatie moeten worden beschouwd, in dit geval van de rechter richting de wetgever. Als zoveel toeren moeten worden uitgehaald om die wetgeving op een redelijke manier te kunnen hanteren en toepassen, spreekt dat mijns inziens boekdelen. Ik vermoed dat er weinigen zijn die de huidige situatie bevredigend vinden in het licht van het legaliteitsbeginsel en bezien vanuit het perspectief van een juist evenwicht tussen de wetgever en rechter, nog daargelaten dat het ook vanuit een meer strafvorderlijk handhavingperspectief voor onwenselijk moet worden gehouden dat de wet genoeg moet nemen met een rol op de achtergrond.

24 Borgers 2016, p. 51.

25 Zie paragraaf 5.4.2.4.

De hierboven gesignaleerde problemen hangen samen met de wijze waarop de wetgever mensenhandel heeft strafbaar gesteld en de manier waarop de gedragingen in de rechtspraak zijn uitgelegd. De interpretatieve arbeid van de Hoge Raad heeft tot een situatie geleid waarin de wettelijke regeling niet langer als een getrouwe afspiegeling kan worden beschouwd van de reikwijdte daarvan. Het klemmt daarbij dat de daarbij gehanteerde methode slechts voor een deel van de in artikel 273f opgenomen gedragingen is doorgevoerd, waardoor in feite een zeer gefragmenteerd beeld is ontstaan. Ook laten zich bij de wijze waarop de strafbaarstelling in de rechtspraak nader vorm heeft gekregen vraagtekens plaatsen in het licht van een juist machtsverhouding tussen wetgever en rechter. Bezien vanuit het oogpunt van legitieme strafwetgeving, en een legitieme hantering daarvan, is de huidige *status quo* dus zonder twijfel problematisch – zowel vanuit het perspectief van het rechtsbelangenconcept als gezien in het licht van de notie van rechtszekerheid en het staatrechtelijke leerstuk van de scheiding der machten. De vraag dringt zich nu automatisch op wat, met deze bevindingen in gedachten, er nu moet gebeuren. Paragraaf 7.3 staat in het teken van de beantwoording van deze vraag.

7.3 GEDACHTEN OVER EEN NIEUWE STRAFBAARSTELLING

We hebben vastgesteld dat de legitimiteit van de strafbaarstelling van mensenhandel, en diens toepassing, vanuit uiteenlopende perspectieven kan worden geproblematiseerd. Daarmee rijst automatisch de vraag wat er nu moet gebeuren. Wat is, met andere woorden, nodig om die strafbaarstelling, inclusief de toepassing daarvan, weer legitiem te laten zijn? Op voorhand moet daarbij worden opgemerkt dat in dit boek *sensu stricto* niet de *wenselijkheid* van de strafbaarstelling van de in artikel 273f, eerste lid, opgenomen gedragingen centraal heeft gestaan. Het navolgende richt zich dan ook op de vraag hoe de gerezen problemen, die veeleer samenhangen met de wijze waarop die strafbaarstelling vorm heeft gekregen, van een oplossing kunnen worden voorzien. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat het strafbaar zijn van de betreffende gedragingen op zichzelf niet ter discussie staat, hoezeer ik me er ook van bewust ben dat hierover in een enkel geval – het gaat dan om de gedraging in sub 3 – heel anders wordt gedacht.²⁶

In de eerste plaats is in mijn optiek een heroverweging van die strafwetgeving geïndiceerd. Een belangrijk instrument dat ons bij die heroverweging kan helpen, is het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid. Bekeken kan worden welke de verhouding tussen de gedragingen en dit rechtsbelang is. De resultaten uit dit onderzoek laten zien dat niet altijd sprake is van een kwalitatieve relatie tussen gedraging en rechtsbelang. Evenzeer geldt dat,

26 Zie bijvoorbeeld A.H. Klip, annotatie bij HR 10 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:670, NJ 2015/443.

hoewel daarnaar in dit boek minder aandacht uit is gegaan, voor de verhouding tot andere systematische aspecten, de wettelijke kwalificatie van de delicten en de strafbedreiging.

De vraag is hoe met de gedragingen die niet met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid samenhangen, moet worden omgesprongen. Het gaat dan om de subleden 3, 5 en 8. Het appel dat in dit boek ligt besloten om het rechtsbelang bij de ordening van wetgeving een meer gearticuleerde rol te geven, zou voor deze gedragingen tot gevolg hebben dat zij dienen te worden verplaatst, herverkaveld, naar een titel die beter aansluit bij het rechtsbelang dat met deze seksuele delicten wordt beschermd. Om die reden zou het goed zijn de gedragingen naar de zedentitel te verplaatsen. Veelzeggend is dit ook de plek waarin deze gedragingen tot 2005 hebben gestaan.

Voor de gedragingen in de subleden 4 en 9 geldt dat zij minder problematisch zijn dan de gedragingen die in de subleden 3, 5 en 8 zijn opgenomen. Een verplaatsing lijkt me hier niet *per se* noodzakelijk. Wel is het wenselijk de formulering van de gedragingen te heroverwegen en daarbij in het bijzonder de betekenis van het door de Hoge Raad ingelezen bestanddeel 'uitbuiting' te betrekken: moet dit in de delictomschrijving een plaats krijgen en zo ja, hoe kan dat daarin dan worden verwerkt?

De gedragingen neergelegd in de subleden 1, 2, 6 en 7 zijn in het licht van het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid mijns inziens het minst problematisch en kunnen in de titel met misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid blijven staan. Hetgeen in paragraaf 7.1 werd opgemerkt over de 'materialisering' van de subleden 1 en 2 in de rechtspraak is vooral een probleem van formeelstrafrechtelijke aard dat via het materieel strafrecht niet kan worden ondervangen. Zoals gezegd moet vooral op het niveau van de rechtshandhavende actoren de afweging worden gemaakt of mensenhandel ook in een vroeger stadium moet worden opgespoord en capaciteit dient te worden vrijgemaakt voor de vervolging van gedragingen die ver(der) van de daadwerkelijke uitbuiting afstaan. De formele omschrijving van de bedoelde gedragingen verschaft hiervoor in elk geval ruimte.

In sub 6 kan worden verduidelijkt waaruit, uit welke situatie, het voordeel moet worden getrokken. Het is vreemd dat dit sublid thans in de rechtspraak wordt gebruikt voor het vervolgen en berechten van het trekken van voordeel uit de gedragingen die in subleden 1, 2 en 4 zijn opgenomen, terwijl de gedraging in sub 6 strikt genomen alleen de uitbuiting als profijtsbron erkent. In de redactie kan hiermee rekening worden gehouden door expliciet op te nemen dat het voordeel trekken uit de in sublid 1, 2 en 4 opgenomen gedragingen strafbaar is.

Welbeschouwd geldt dus dat voor de subleden 3, 5 en 8 herverkaveling geïndiceerd is. De andere onderdelen kunnen in artikel 273f blijven staan, hoewel de gedragingen in subleden 4 en 9 nadere doordenking behoeven in het licht van het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid. Een belangrijke vraag bij de herinrichting van deze gedragingen is of daarin het bestanddeel

‘uitbuiting’ dient te worden opgenomen. Thans maakt dit bestanddeel van de delictsomschrijvingen onderdeel uit vanwege de arresten van de Hoge Raad uit 2015, 2016 en 2018. In tegenstelling tot sublid 9 laten zich aan de wetshistorie enkele argumenten onttelen om in sublid 4 een uitbuittingsbestanddeel op te nemen. Het lijkt in dit geval opportuun dit bestanddeel te codificeren. Voordeel daarvan ten aanzien van de huidige situatie is dat de wet duidelijk voorschrijft welke bestanddelen moeten worden bewezen om tot een bewezenverklaring op de voet van sublid 4 te komen. Dit is staatsrechtelijk zuiverder en daarmee is tevens de rechtszekerheid gediend. Bovendien is er, zoals in paragraaf 5.5.2.2 aan de orde is gekomen, geen duidelijkheid over de precieze plaats van dit bestanddeel in de tekst van de delictsomschrijving. Zelfs kan nog worden volgehouden dat de eis van het inlezen van een bestanddeel als een kwalificatie-uitsluitingsgrond moet worden beschouwd. Deze oplossing is echter suboptimaal en miskent de kardinale rol die het uitbuittingsbestanddeel in dit sublid ook nu al speelt: wat standaard dient te worden bewezen, behoort *als bestanddeel* in de tekst van de wet opgenomen te zijn. Ook strafprocesueel is dit van belang. Alleen als wettelijk bestanddeel is het ook nodig dat in de tenlastelegging op te nemen; en alleen dan kan de verdachte zich op adequate wijze tegen de tegen hem gerichte beschuldiging verweren.

Om de bovengenoemde redenen is het wenselijk dat in de delictsomschrijving van sub 4 wordt verwerkt dat de strafbaarstelling van de bedoelde gedraging alleen wenselijk is als sprake is van uitbuiting. Ook is het een optie om uitbuiting als aparte delictsvorm op te nemen. Dit voorstel is onder meer gedaan door Lestrade. Ten opzichte van de huidige formulering van de strafbaarstelling in sub 4 stelt zij voor het oneerlijk economisch gewin dat met uitbuiting gepaard gaat in de delictsomschrijving tot uitdrukking te brengen en het dwangbegrip daarin aan striktere grenzen te verbinden.²⁷ Naast dit voorstel zou mijns inziens ook kunnen worden gedacht aan een kwalificatieve delictsomschrijving, waarin uitsluitend is opgenomen dat uitbuiting strafbaar is: ‘Hij die zich schuldig maakt aan de uitbuiting van een ander wordt gestraft met...’. Het voordeel hiervan is, in het voetspoor van Kelk en De Jong, dat de nadere omlijning van wat uitbuiting is aan de rechtspraak wordt gelaten.²⁸ Vooral hier is dit van belang. Niet alleen vanwege de openheid die het uitbuittingsbegrip in verband met zijn vele verschijningsvormen noodzakelijkerwijs moet hebben, maar ook omdat de Hoge Raad in zijn arresten thans reeds belangrijke piketpalen heeft geslagen die het begrip van duidelijke contouren hebben voorzien. Met de keuze voor een kwalificatieve delictsomschrijving geeft de wetgever bovendien een duidelijk mandaat aan de rechter om de grenzen van het uitbuittingsbegrip verder uit te werken. Kijken we naar de huidige stand van zaken dan wordt uitbuiting door de Hoge Raad vooral opgevat als een situatie waarin daadwerkelijk voor een ander arbeid of diensten

27 Lestrade 2018, p. 335. Zie ook Lestrade & Rijken, *DD* 2014/64.

28 Kelk/De Jong 2016, p. 106-107.

zijn verricht onder omstandigheden die uitbuiting kunnen worden genoemd. Wordt van deze benaderingswijze uitgegaan, dan wordt de gedraging die nu nog in sub 4 staat dus een zuiver materieel omschreven delict.

Voor sub 9 geldt dat de wetgever deze gedraging strafbaar heeft willen laten zijn in haar kale vorm. Onproblematisch is deze gedraging daarmee niet. Te zien is geweest dat zich vooral in situaties waarin alleen van misbruikbestanddelen sprake is, de reikwijdte van dit delict ruim kan uitvallen. Het inlezen van een uitbuitingsbestanddeel, zoals de Hoge Raad heeft gedaan, acht ik vanwege de achtergrond van deze bepaling echter niet wenselijk. Daarbij speelt ook een rol dat ernstig de vraag moet worden gesteld welke de meerwaarde van de strafbaarstelling dan nog is naast die van de profijttrekking die in sublid 6 is strafbaar gesteld. Mijns inziens is wel degelijk plek voor een speciale bepaling die het oog heeft op de gedwongen voordeeltrekking (in plaats van het voordeeltrekken uit uitbuiting). Deze gedraging past echter beter in de omgeving van het algemene dwangdelict, waarvan deze immers ook een *specialis* is. Ook zou nog kunnen worden gedacht aan het terugvallen op het algemene dwangdelict, dat in artikel 284 Sr is opgenomen. Decriminalisering van het specifieke delict is dan aan de orde, maar het vervolgingsbeleid ten aanzien van de gedwongen voordeeltrekking kan op artikel 284 Sr worden toegespitst. In dit kader is relevant dat het strafmaximum op dit delict sinds 2014 is verhoogd als gevolg van de versterking van de aanpak van huwelijksdwang.

Het husselen van de in het eerste lid van artikel 273f Wetboek van Strafrecht opgenomen gedragingen dat plaatsheeft naar aanleiding van het bovenstaande, dient niet alleen de strekking van die gedragingen zelf, maar komt ook de betekenis van de systematiek in het wetboek ten goede. Aan die op het rechtsbelang gebaseerde systematiek kan immers daadwerkelijk betekenis worden verleend nu de relatie met de gedragingen is hersteld. Een andere systematische oplossing zou nog kunnen zijn voor de gedragingen uit artikel 273f, eerste lid, een aparte titel te reserveren.²⁹ Dit is bijvoorbeeld gedaan bij het misdrijf witwassen, waarvan de verschillende varianten zijn opgenomen in Titel XXXA, die 'Witwassen' als opschrift heeft. Bovendien dient dit begrip 'witwassen' ook als delictskwalificatie van de grondvorm van dit misdrijf, die is opgenomen in artikel 420bis. Het voordeel van deze benadering is dat de strakke gebondenheid aan een rechtsbelang hiermee komt te vervallen. Dat de subleden 3, 5 en 8 geen misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid zijn, hoeft er in dit geval niet toe te doen. Wat zij ook zijn, duidelijk is dat zij heel wel met de gedragingen in de subleden 1, 2 en 4 samenhangen en die samenhang kan bij de keuze voor een aparte mensenhandeltitel op de voorgrond worden geplaatst. Toch lijkt ons dit niet de te verkiezen richting. In de eerste plaats

29 Zie bijvoorbeeld Ten Voorde 2017, p. 35.

wordt hiermee afgedaan aan de klassieke systematiek die in het wetboek is aangehouden en die gebaseerd is op de rechtsbelangen die met de daarin opgenomen gedragingen samenhangen. Die systematiek heeft belangrijke waarde, als een extra betekenislaag die voor een goed begrip en een juiste waardering van de daaronder ondergebrachte misdrijven van groot belang kan zijn. Het rechtsbelang dient daarmee ook de algemene samenhang van de delicten die in het wetboek zijn opgenomen en drukt als geen andere categorie uit wat de wetgever met de strafbaarstellingen voor ogen heeft gestaan. Het is juist in dit kader dat het rechtsbelang zijn belangrijke waarde laat gelden als legitimerend construct.

Komen we nu tot een afronding van de wijzigingen die in artikel 273f Sr geïndiceerd zijn, dan zou het eerste lid van het wetsartikel in zijn nieuwe vorm als volgt komen te luiden:

1. Met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft:

1°. degene die een ander door dwang, geweld of een andere feitelijkheid of door dreiging met geweld of een andere feitelijkheid, door afpersing, fraude, misleiding dan wel door misbruik van uit feitelijke omstandigheden voortvloeiend overwicht, door misbruik van een kwetsbare positie of door het geven of ontvangen van betalingen of voordelen om de instemming van een persoon te verkrijgen die zeggenschap over die ander heeft, werft, vervoert, overbrengt, huisvest of opneemt, met inbegrip van de wisseling of overdracht van de controle over die ander, met het oogmerk van uitbuiting van die ander of de verwijdering van diens organen;

2°. degene die een ander werft, vervoert, overbrengt, huisvest of opneemt, met inbegrip van de wisseling of overdracht van de controle over die ander, met het oogmerk van uitbuiting van die ander of de verwijdering van diens organen, terwijl die ander de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt;

3°. degene die zich schuldig maakt aan de uitbuiting van een ander dan wel onder de onder 1. bedoelde omstandigheden de ander dwingt of beweegt zijn organen beschikbaar te stellen.

4°. degene die opzettelijk voordeel trekt uit de gedragingen, bedoeld onder 1°, 2° en 3°.

Om verwarring te voorkomen, is er in de bovenstaande bepaling voor gekozen niet de delictskwalificatie 'mensenhandel' terug te laten komen. Duidelijk moge echter zijn dat de subleden 1 en 2 de letterlijke vertaling betreffen van de gedragingen die op internationaal niveau mensenhandel heten te zijn. Sublid 3 kan in deze nieuwe redactie de 'uitbuiting' worden genoemd. Sublid 4 is een algemene profijttrekkersbepaling, die het voordeeltrekken uit alle voorgaande subleden strafbaar stelt. Daarbij is ervoor gekozen alleen uit te gaan van een profijttrekkersbepaling met een *dolus*-variant ten aanzien van de gronddelicten. Dit betekent dat alleen strafbaar is degene die opzettelijk voordeel trekt en

die, minimaal, *weet* – in de zin van de bijzondere opzetvorm ‘wetende dat’³⁰ – dat het genoten voordeel afkomstig is uit het misdrijf, genoemd in het eerste, tweede of derde sublid.

7.4 MEER WAARDERING VOOR HET RECHTSBELANGENCONCEPT?

Het moge inmiddels genoegzaam duidelijk zijn dat in dit boek een pleidooi ligt besloten om de rol van het rechtsbelang in het Nederlands strafrecht hoger aan te slaan dan thans het geval is. Zoals opgemerkt heeft dat in de materiële strafrechtsdogmatiek tot dusver slechts een bescheiden betekenis. Zo wordt het debat rondom processen van strafbaarstelling wel degelijk mede in termen van rechtsbelangen gevoerd, maar valt tegelijkertijd op dat het concept daarin doorgaans in weinig gearticuleerde zin terugkeert. Bovendien dat door de bank genomen weliswaar werk wordt gemaakt van het identificeren en onderscheiden van rechtsbelangen die met de strafbaarstelling samenhangen, maar toch minder grondig wordt doorgedacht over de vraag hoe juist de gewenste strafbaarstelling precies aan de bescherming van dit rechtsbelang een bijdrage kan leveren. In het geval van de strafbaarstelling van mensenhandel hebben we gezien dat dit heeft geleid tot strafwetgeving die niet altijd eenvoudig, of soms gewoon helemaal niet, met het te beschermen rechtsbelang samenhangt.

De vraag rijst hoe een grotere rol voor het rechtsbelangenconcept gestalte kan krijgen. Daarbij moet voorop worden gesteld dat deze rol zal moeten worden ingebed, moeten ‘landen’, binnen de kaders van het huidige strafrechtelijke systeem. De beginselen en uitgangspunten daarvan hoeven voor het inruimen van een meer centrale plek voor het rechtsbelangenconcept niet ter discussie te worden gesteld.

Een van de eigenschappen van het Nederlands strafrechtelijk systeem – mogelijk zou zelfs van een systeemkenmerk gesproken kunnen worden – is de grote vrijheid die aan de wetgever toekomt om in het specifieke geval te bezien of, en zo ja, op welke grondslagen strafbaarstelling gelegitimeerd is. Net zomin als dat er een vastomlijnd kader bestaat aan de hand waarvan de ruimte van de rechter vis-à-vis de wetgever kan worden afgebakend, ontbreekt het in het strafrecht aan harde, materiële eisen waarmee nieuwe wetgevingsinitiatieven kunnen worden getoetst. Er bestaat, zegge, geen programma van uitgangspunten dat in een proces van strafbaarstelling standaard kan worden gebruikt om de legitimiteit daarvan te onderzoeken.

Uiteraard is de vrijheid waarop gewezen wordt relatief, niet alleen door het rechtspolitieke karakter van strafwetgeving en het democratische verband waarin het proces van strafbaarstelling ligt ingebed, ook vanwege de bemoeie-

30 Het ‘wetende dat’ is niet in de tekst van het voorgestelde sublid 4 opgenomen, maar kan hier worden afgeleid uit het bestanddeel ‘opzettelijk’.

nis door internationale strafwetgevers. Los van de staatsrechtelijke inbedding van strafwetgeving – en de onderscheiden factoren die daarbinnen op die strafwetgeving invloed uitoefenen – is de wetgever natuurlijk gebonden aan de beginselen die in dit systeem besloten liggen. Anders dan wel wordt aangenomen hebben die evenwel vooral een formeel karakter. Het legaliteitsbeginsel bijvoorbeeld werkt bij de vormgeving van wetgeving weliswaar beperkend, maar laat zich over de inhoud van de wetgeving die eraan onderworpen is niet uit. Het *ultimum remedium*-beginsel gaat aan de keuze voor het al dan niet inzetten van het strafrecht vooraf en zwijgt als die keuze reeds is gemaakt en strafbaarstelling verder, inhoudelijk, ingevuld moet worden.³¹ Het schuldbeginsel indiceert dat strafrechtelijke aansprakelijkheid alleen dan kan worden gevestigd indien sprake is van schuld (in ruime zin), maar ook hier geldt dat dit beginsel geen eisen stelt aan de inhoud van de verwijtbare gedraging.

Vanwege bovengenoemde factoren is het lastig voor het rechtsbelangenconcept een plaats in te ruimen op het niveau van de wet. Kijken we ‘waar’ meer materiële, aan strafwetgeving te stellen eisen kunnen worden gelokaliseerd, dan komen we in Nederland toch al snel uit bij de criteria voor strafbaarstelling: in de literatuur ontwikkelde – en vooral daarin benutte – voorwaarden waaraan de legitimiteit van strafbaarstelling kan worden getoetst. Binnen de categorie van de criteria voor strafbaarstelling kan het rechtsbelangenconcept zonder al te veel problemen worden opgenomen omdat het schadebeginsel daarvan vaak al onderdeel uitmaakt. Er zijn belangrijke verschillen tussen dit Angelsaksische beginsel, met zijn wortels in de *common law*-traditie, en het rechtsbelangenconcept, dat een continentale achtergrond kent. Zo is het schadebeginsel geleit op de culturele achtergrond waartegen hij tot stand is gekomen van oudsher meer op het niveau van de rechter werkzaam – op het niveau van het concrete geval – daar waar het rechtsbelangenconcept het in eerste instantie toch vooral van de wetgever – en het algemene geval – moet hebben en daarmee noodzakelijkerwijs een wat abstracter voorkomen heeft. De verschillen zijn mijns inziens evenwel veel minder relevant dan de gesignaleerde overeenkomsten. Voor beide concepten geldt dat zij fungeren als kritische toetssteen waarmee nieuwe en bestaande wetgeving tegen het licht kan worden gehouden van materiële, de inhoud van de strafwetgeving rakende gronden. Het rechtsbelangenconcept heeft daarbij veel aan de mate van concreetheid waarmee binnen het schadebeginsel over de relatie tussen een strafbaar te stellen gedraging en het te beschermen belang wordt gedacht. Het nadelig effect op een belang dat telt als een effect dat de bemoeienis van de strafwetgever rechtvaardigt, is binnen het schadebeginsel uitgewerkt met behulp van een rijk scala aan onderscheidingen en categorieën.³² Het rechtsbelangenconcept stelt daar het vrij klassieke denken in termen van typen delicten

31 Crijns, AA 2012, p. 12.

32 Esser, *Strafblad* 2017/71.

tegenover, maar is over de gehele linie gezien toch een stuk abstracter en kan wat dit betreft nog veel bij zijn Angelsaksische tegenhanger ophalen.³³ Zijn abstracte karakter is tegelijkertijd echter óók een positief te waarderen eigenschap. Anders dan de categorieën van schade is het rechtsbelangenconcept daardoor geschikter om, naast criterium voor strafbaarstelling, tevens als orderingsinstrument voor wetgeving te dienen.

De rol die het rechtsbelang bij de ordening van het Wetboek van Strafrecht kan spelen, is de laatste decennia nogal onderschat. In elk geval wordt aan een op het rechtsbelang gebaseerde indeling van misdrijven en overtredingen veel minder strak de hand gehouden dan de strafwetgever van 1886 deed. Mogelijk hangt dit samen met de bredere observatie dat de hedendaagse systematiek van ons Wetboek van Strafrecht een nogal onderbelicht thema is.³⁴ Natuurlijk moet hier geenszins de indruk worden gewekt dat een bijna 150 jaar geleden opgezette structuur maatgevend zou moeten zijn voor de wijze waarop we in de 21e eeuw onze codificaties zouden moeten inrichten. De ervaringen in het formeel strafrecht, een gebied waar sinds een aantal jaren wordt gewerkt aan een veelomvattende modernisering, laten nu juist zien hoezeer maatschappelijke ontwikkelingen die zich sinds de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering, in 1926, hebben voorgedaan hun invloed hebben laten gelden en een herijking van het wetboek wenselijk maken.³⁵ Goeddeels dezelfde ontwikkelingen hebben er ook voor gezorgd dat het Wetboek van Strafrecht in een heel andere context heeft te functioneren dan die waarin dat wetboek aan het einde van de negentiende eeuw tot stand kwam.

Om scherper te krijgen of het rechtsbelang ook in die veranderde context een rol van betekenis moet spelen, loont het de moeite enkele van de factoren uit te lichten die aan die veranderingen hebben bijgedragen. Volledigheid wordt daarbij niet nagestreefd en ik beperk me gemakshalve tot enkele grotere ontwikkelingen waarvoor het materieel strafrecht zich gesteld ziet, vooral in de laatste twintig jaar.

In de eerste plaats internationalisering en europeanisering. Vooral de laatstgenoemde ontwikkeling heeft, als we ons alleen maar beperken tot het Unierecht, tot omvangrijke strafbaarstellingsverplichtingen geleid waaraan het Verdrag van Lissabon uit 2009 nog eens een extra impuls heeft gegeven ('lissabonisering'). Vanuit nationaal perspectief is daarmee de heerschappij over de vraag naar wat strafbaar moet zijn in sterke mate gerelativeerd. Niet onbelangrijk om vast te stellen, is dat deze verschuiving in zekere zin ook het debat over de met strafbaarstelling te beschermen rechtsbelangen op een

33 Zie ook von Hirsch 2003; Peršak 2007.

34 De Hullu 2018, p. 573-575, p. 578-579. Zie ook Ten Voorde 2017 en, van minder recente datum, Nieboer, *DD* 1981, p. 503-505.

35 Zie voor een beschrijving daarvan de conceptmemorie van toelichting op Boek 1 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering. Zie ook Verrest 2018.

Europees niveau heeft getild.³⁶ Op dit plan is niet altijd evenveel aandacht voor de met strafbaarstelling te beschermen rechtsbelangen die op nationaal niveau worden onderscheiden.³⁷ Ouwerkerk heeft er in dit verband op gewezen dat de inhoud van gedragingen die op Europees niveau tot stand komen, en waarvan de strafbaarstelling verplicht wordt, eigenlijk nooit is los te zien van het algemene rechtsbelang van het beschermen van de Europese interne markt.³⁸ Ook de criminalisering van mensenhandel zou zo bezien niet primair als misdrijf tegen de persoonlijke vrijheid moeten worden opgevat, maar vooral moeten worden gerechtvaardigd met een beroep op de belangen van de EU die op het spel staan: eerst als de vrijheid adequaat wordt beschermd, kan sprake zijn van de verwezenlijking van de interne markt waarin het vrije verkeer kan bloeien. Niet onterecht wijst Ouwerkerk op het chicaneuze karakter van deze legitimering. Zij pleit dan ook voor een meer normatief gefundeerd Uniestrafrecht, waarmee de inzet van het strafrecht ook kan worden gerechtvaardigd op basis van inhoudelijke, aan de onderliggende waarden en beginselen van de EU ontleende overwegingen.³⁹

Een tweede factor die bepalend is voor de omgeving waarop het materieel strafrecht anno nu is betrokken, hangt samen met de toenemende concurrentie die het strafrecht ondervindt van andere sanctiestelsels. In beginsel kan daarbij worden gedacht aan de groeiende rol van het bestuursrecht naast, of complementair aan, het strafrecht.⁴⁰ Recente beleidsontwikkelingen demonstreren – niet in de laatste plaats op het terrein van de mensenhandel! – dat het bestuursrecht een prominente positie wordt toebedacht bij de aanpak van uiteenlopende vormen van, vaak, georganiseerde criminaliteit.⁴¹ Een niet meer weg te denken beleidspremissie is dat het effectief kunnen aanpakken van georganiseerde criminaliteitsvormen valt of staat bij het integrale karakter van die aanpak; het strafrecht wordt daarmee veel meer dan voorheen onderdeel van een ‘mix’ aan ‘interventies’ die op het concreet voorliggende geval afgestemd kan worden. Het vergt, zo blijkt uit de literatuur wel, nieuwe werkwijzen en processen die de klassieke strafrechtelijke afdoening, en de actoren die daarbij betrokken zijn, onder druk zetten.⁴² Ook is het niet overdreven te stellen dat de verwachtingen van het strafrecht daarmee hoger zijn geworden en bovendien door een veel breder palet aan actoren worden gekoesterd.

De derde ontwikkeling hangt met de tweede samen. De toenemende complexiteit van georganiseerde criminaliteit of, in elk geval, de bewustwording van die complexiteit – niet voor niets worden daarvoor uiteenlopende

36 Zie daarover uitgebreid Cleiren & Ten Voorde 2019.

37 Cleiren & Ten Voorde 2019, p. 122.

38 Ouwerkerk 2017.

39 Ouwerkerk 2017, p. 37-50.

40 In dit verband wordt wel gesproken over ‘convergentie’. Zie bijvoorbeeld Hartmann 2011, p. 31.

41 Zie hierover bijvoorbeeld Ronteltap, *NJB* 2018/1949; Nationaal Rapporteur 2017, hfdst. 5.

42 Zie bijvoorbeeld Van Gestel & Verhoeven 2011.

sanctiestelsels aangewend – legt in de praktijk ook een zekere behoefte bloot om die problematiek vanuit een meer thematische invalshoek te bekijken. In zo'n benadering doet het er, kort en goed, niet of veel minder toe op welke wijze een strafbaarstelling in het wetboek is neergelegd: het strafrecht wordt afgerekend op zijn potentie om effectief en efficiënt op deze maatschappelijke ontwikkelingen te reageren. Het materieel strafrecht wordt, vanuit dit perspectief bezien, vooral gewaardeerd aan de hand van zijn vermogen om voor de inzet van opsporingsbevoegdheden en het vervolgen en berechten van specifieke gevallen een adequate, liefst ruime, grondslag te bieden. Voor beleidsmakers is vervolgens de taak weggelegd een zo sluitend mogelijke aanpak vorm te geven, waarbij dikwijls wordt gewerkt met aansprekende en mobiliserende termen, waarvan 'ondermijning' of 'ondermijnende criminaliteit' er slechts twee zijn.⁴³ Ik ben me ervan bewust dat deze ontwikkeling zich al even, toch zeker sinds het einde van de jaren tachtig, voordoet. Belangrijk om hier vast te stellen is dat de positionering van het strafrecht als 'sturingselement' in de 'strijd' tegen georganiseerde criminaliteit een onverminderd dominante idee blijft in de beleidsvorming en het functioneren van de strafrechtsketen en zulks is ook bij de bestrijding van de mensenhandel duidelijk te herkennen.

Een vierde ontwikkeling is die van het toenemende belang van aanspraken die op de staat kunnen worden gemaakt om bepaalde criminaliteitsfenomenen aan te pakken. Beperken we ons tot het mensenhandelthema, dan vertaalt zich dat op internationaal niveau in een set van uiteenlopende positieve verplichtingen, die variëren van het strafbaar moeten stellen van mensenhandel tot het bieden van bescherming aan (potentiële) slachtoffers. Vooral ook interessant is de ontwikkeling van operationele positieve verplichtingen, die kort gezegd inhouden dat staten ook verplicht zijn de strafbaarstelling van mensenhandel effectief te handhaven. Tegelijkertijd is ook op nationaal niveau een stelsel van handhavingsverplichtingen ontstaan, dat zowel als een uitvloeisel als nadere uitwerking kan worden gezien van de plichten die op internationaal niveau tot stand zijn gekomen. In dit verband valt vooral te denken aan het strafvorderlijk beleid, neergeslagen in de aanwijzingen van het OM en (interne) werkinstructies van de politie. In bijvoorbeeld de OM-aanwijzing over mensenhandel is voorgeschreven dat elk 'signaal' van mensenhandel moet worden 'opgepakt'. Deze aan de opsporingsambtenaar gerichte instructienorm brengt mee dat wordt onderzocht of voldoende relevante aanknopingspunten voor opsporing bestaan. Is dat het geval, dan dient de opsporingsambtenaar altijd de officier van justitie te betrekken. Dit 'signaalbegrip' vormt een veel lagere drempel dan het verdenkingsbegrip uit artikel 27, eerste lid, Sv en zorgt ervoor dat al vroeg in het opsporingsonderzoek een 'beginselplicht tot voortvarendheid' bestaat.⁴⁴

43 Huisman wijst op het diffuse karakter van deze term en vermoedt dat die vooral wordt gebruikt vanwege zijn 'mobiliserende werking'. Huisman, *DD* 2017/31, p. 340, p. 343.

44 De terminologie is ontleend aan Cleiren & Crijns 2010.

De bovenstaande ontwikkelingen maken, bezien in hun onderlinge samenhang, duidelijk hoeveel heden ten dage van het strafrecht, en het materieel strafrecht als onderdeel daarvan, wordt verwacht. Bovendien ook dat deze verwachtingen doorgaans vooral een wens tot een 'instrumenteel' gebruik van het strafrecht verraden. Het materieel strafrecht is, zo bezien, vooral een verlengstuk van het formeel strafrecht: een effectieve verwezenlijking van het strafrecht via het formeel strafrecht moet vooral niet al te veel in de weg worden gezeten door een onnodig begrenzend materieel strafrecht.

Het is niet aannemelijk dat vanuit deze context veel valt te verwachten waar het de meer rechtsbeschermende aspecten van het materieel strafrecht betreft. Hier kan mijns inziens een eerste belangrijke rol voor het rechtsbelang worden gesignaleerd. Het rechtsbelangenconcept faciliteert een kritische houding tegenover strafbaarstelling en heeft als zodanig de potentie een mitigerende rol te spelen in gevallen waarin op het materieel strafrecht druk wordt uitgeoefend, vanuit welke hoek die ook komt. Daarbij is het niet alleen van belang dat het rechtsbelang zich wat steviger als criterium voor strafbaarstelling in de materiële strafrechtsdogmatiek nestelt – complementair aan de rol die daarbinnen doorgaans wel voor het schadebeginsel is ingeruimd –, maar vooral ook dat dit op het niveau van de wetgever een meer prominente positie gaat innemen. Het moge inmiddels genoegzaam duidelijk zijn op welke wijze deze positionering verder vorm kan krijgen, namelijk door in het proces dat tot strafbaarstelling leidt meer aandacht te besteden aan de vraag welk rechtsbelang met de strafbaarstelling beschermd wordt en, indien eenmaal dit rechtsbelang is uitverkoren, te expliciteren op welke wijze dit rechtsbelang via het strafbaar stellen van de gedraging precies bescherming geniet.

Een rol op het plan van de wetgever geeft ook ruimte het rechtsbelang breder toepassing te laten vinden, in de ordening van het wetboek en bij de uitleg van wetgeving door de rechter. Of een herordening van het wetboek vereist is aan de hand van het rechtsbelang is denk ik vooral een kwestie van smaak. Vanuit het oogpunt van toegankelijke en systematische wetgeving, belangrijke facetten van het legaliteitsbeginsel, is hiervoor veel te zeggen. In elk geval is het onwenselijk, dunkt me, dat de structuur die via de titels in ons wetboek is doorgevoerd niet kan rekenen op een consistent en helder idee. Daarmee bedoel ik dat deze titels niet steeds op een rechtsbelang zijn gebaseerd, maar ook een meer kwalificatief karakter kunnen hebben of soms alleen een nadere aanduiding geven van het delict dat daarin is opgenomen. Enig onderhoud aan die structuur kan mijns inziens geen kwaad. De urgentie daarvan wordt onderstreept doordat in het wetboek – naast de gedragingen die in dit boek centraal hebben gestaan – ook andere delicten zijn opgenomen waarvan de strekking niet goed aansluit op de titel waarin zij zijn weggelegd.⁴⁵

45 Zie hierover nader Ten Voorde 2017, p. 34-35.

Naast de rechtsbeschermende dimensie die zo-even werd uitgelicht, komt aan het rechtsbelang ook een betekenisgevende of interpretatieve functie toe, die functioneert op het niveau van de rechtstoepassers. De vraag rijst natuurlijk hoe invloedrijk deze functie moet zijn. Vooropgesteld moet worden dat de wet primair dient te worden uitgelegd aan de hand van de bestanddelen die van de wettelijke omschrijving deel uitmaken: *rubrica non est lex*. De dekkings-eis, zoals die net werd ontleend aan Rozemond, geldt met andere woorden onverkort. Dit impliceert niet alleen een primaire gebondenheid aan de wet, maar ook een opdracht aan de wetgever om zorg te dragen voor delicts-omschrijvingen die zoveel als mogelijk zelfstandig het verwijtbare gedrag aangeven dat hij strafbaar heeft willen stellen. Het gaat hier om een systeem-kenmerk van het Nederlands, materieel strafrecht, waarin niet voor niets wordt uitgegaan van de veronderstelling dat het gedrag en de pleger strafbaar zijn als het feit bewezen is en kan worden gesubsumeerd onder bijvoorbeeld een in het Wetboek van Strafrecht neergelegde strafbepaling.⁴⁶

Gevallen blijven evenwel denkbaar waarin de tekst van de wet en diens historische achtergrond geen uitsluitel geven over de strekking van de norm, vooral als het onderliggende fenomeen zich in velerlei verschijningsvormen voordoet, zoals het geval is bij mensenhandel. Toepassing van de norm op de voorliggende feiten levert in zulke moeilijke gevallen problemen op die niet zonder meer kunnen worden opgelost binnen de bandbreedte van de wettelijke omschrijving. In die uitzonderlijke zaken zal de rechter zijn toevlucht moeten zoeken tot andere betekenisconstructen. Voordat zal worden betoogd dat het rechtsbelang hierbij een belangrijke rol kan spelen, is het goed op te merken dat in de literatuur ook wel andere betekenisconstructen zijn onderscheiden die *prima facie* overeenkomsten kennen met het rechtsbelang.

Voor een daarvan was in dit boek al eerder aandacht: de toepassing van de kwalificatie-uitsluitingsgrond. Bedient de rechter zich van deze methode, dan komt hij weliswaar tot een bewezenverklaring, maar geven de feiten van de zaak aanleiding om daaraan niet de delictskwalificatie te verlenen die de wetgever daaraan heeft gegeven. Volgens Kelk en De Jong fungeert deze kwalificatie als een op zichzelf staand bestanddeel,⁴⁷ maar dat is een misleidende omschrijving. Anders dan bij het bewijzen van een bestanddeel dwingt deze methode het bewezenverklaarde nog eenmaal integraal te bezien en het geheel vervolgens tegen het licht te houden van het 'etiket' waarvan de bewezenverklaarde gedraging is voorzien. Dit terwijl een bestanddeel weliswaar niet los kan worden gezien van de andere bestanddelen in een delictsomschrijving, maar toch altijd wel enigszins autonoom kan worden bewezen. Een bestanddeel vergt immers nog niet dat naar het totaalbeeld van het bewezenverklaarde behoeft te worden gekeken. Het gebruik van de delictskwalificatie

46 Dit schema is overzichtelijk omschreven door Schaffmeister & Heijder 1983, p. 441. Zie ook Kelk/De Jong 2016, p. 151-154.

47 Kelk/De Jong 2016, p. 107.

als interpretatief instrument maant hier nu juist wel toe. De kwalificatie-uitsluitingsgrond heeft recentelijk een belangrijke rol gespeeld bij de afbakening van verschillende delicten door de Hoge Raad, zoals bijvoorbeeld dat van witwassen.⁴⁸

Naast de kwalificatie-uitsluitingsgrond kan ook de wederrechtelijkheid worden genoemd. Ik doel hier op de wederrechtelijkheid als algemene voorwaarde voor strafbaarheid. In ons strafrechtelijk systeem ligt de veronderstelling besloten dat met de bewezenverklaring van een gedraging de wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid zijn gegeven, tenzij uit omstandigheden anders blijkt.⁴⁹ Die omstandigheden worden vervolgens behandeld in het kader van de strafuitsluitingsgronden, die weer zouden kunnen worden onderverdeeld in rechtvaardigingsgronden onderscheidenlijk schulduitsluitingsgronden. Heijder heeft, later ook met Schaffmeister, reeds in 1981 een belangrijkere betekenis voor de wederrechtelijkheid in het strafrecht bepleit.⁵⁰ Niet alleen zou de vraag naar het wederrechtelijke karakter van de gedraging naar het oordeel van Heijder en Schaffmeister moeten worden behandeld in het kader van de rechtvaardigingsgronden; de wederrechtelijkheid zou reeds op het niveau van de delictsomschrijving een veel geprononceerdere rol moeten krijgen, ook overigens indien die niet als bestanddeel in de wettelijke omschrijving is opgenomen.⁵¹

Heijder en Schaffmeister willen de wederrechtelijkheid niet als automatisme veronderstellen, maar gaan veeleer ervan uit dat die telkens als een bewezenverklaring rond is, apart nog moet worden vastgesteld. Om dit voornemen op een staatsrechtelijk verantwoorde wijze te verwerken, zien zij een model voor zich waarin die wederrechtelijkheid via een of meer bestanddelen van de delictsomschrijving kan worden 'geconcretiseerd'.⁵² Interessant is te zien hoe de auteurs deze rol verder uitwerken en daarbij afhankelijk zijn van het rechtsbelang dat met de normen waarop het strafrecht zich richt wordt beschermd. Wederrechtelijkheid houdt, zo kunnen de auteurs worden begrepen, 'strijd met het objectieve recht' in en dit betekent weer dat telkens moet kunnen worden vastgesteld dat de gedraging die is begaan inbreuk maakt op het rechtsbelang dat de strafbaarstelling beoogt te beschermen. Voor alles bepleiten de auteurs hiermee niet zozeer de concretisering van de *wederrechtelijkheid* in de gedraging, maar gaat het telkens veeleer om de concretisering van het *beschermd rechtsbelang* in de gedraging.⁵³ Indien nodig kunnen de bestand-

48 Zie daarover Borgers, *DD* 2013/33. Zie over een mogelijke rol van de kwalificatie-uitsluitingsgrond bij mensenhandel Esser & Dettmeijer-Vermeulen, *DD* 2014/48.

49 Kelk/De Jong 2016, p. 151.

50 Heijder 1981.

51 Schaffmeister & Heijder 1983, p. 471 e.v.

52 Schaffmeister & Heijder 1983, p. 471 e.v.

53 Bij de berechting van concrete gevallen kan toepassing van de 'leer van het beschermd belang' volgens Heijder 'een bevredigende toespitsing van de wederrechtelijkheid' geven. Heijder 1981, p. 95.

delen van de delictsomschrijving, bezien op deze manier, steeds van een op het rechtsbelang georiënteerde uitleg worden voorzien, waarmee de grenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid ook in belangrijke mate door de verhouding tussen dit rechtsbelang en de gedraging worden bepaald. Alsdan wordt op het niveau van de bewezenverklaring – op dat van de feiten dus – een soortement van relativiteitsvereiste ingevoerd, een *Schutz*-norm, die net als in het burgerlijk recht en het bestuursrecht een nadere toespitsing van de onrechtmatigheid mogelijk maakt in het concrete geval.⁵⁴

Het is natuurlijk niet moeilijk om hier de parallellen met de interpretatieve functie van het rechtsbelangenconcept te signaleren. De benaderingswijze van Heijder en Schaffmeister overtuigt in mijn optiek nog steeds, in die zin dat deze beoogt het belangrijke concept van wederrechtelijkheid een plaats te geven binnen de termen van de wet, termen dus die door de wetgever zelf zijn aangereikt. Door aansluiting te zoeken bij de delictsomschrijving wordt voorkomen dat de rechter ten opzichte van de wetgever een al te vrije ruimte krijgt, wat niet alleen staatsrechtelijk problematisch is, maar ook de rechtszekerheid niet steeds bevordert.⁵⁵ Een goed voorbeeld kunnen we ontleen aan de bevindingen die hierboven zijn besproken. Het inlezen van een bestanddeel ‘uitbuiting’ in sommige gedragingen in artikel 273f, eerste lid, kan mijns inziens goed worden beschouwd als een wijze om de wederrechtelijkheid, en daarmee het rechtsbelang, in de bedoelde gedragingen te concretiseren. De Hoge Raad zoekt echter zijn toevlucht buiten de wettelijke termen om, nog daargelaten dat zich bij deze gedragingen natuurlijk ook de vraag opdringt of het door de Hoge Raad geselecteerde rechtsbelang daadwerkelijk het rechtsbelang is dat de wetgever met de strafbaarstelling van de gedragingen heeft willen beschermen.

Om tot een bevredigend resultaat te komen, staan bij moeilijke gevallen voor de rechter, zo kan uit het bovenstaande worden afgeleid, meer wegen open. Het gebruik van de delictskwalificatie heeft daarbij het voordeel dat het vaak gaat om een concreet geformuleerde term, van de wetgever afkomstig, die doorgaans een nadere ‘typering’ geeft van het delict in kwestie. Een zekere *Typizität*stoets wordt daarmee mogelijk, een methode die ook wel door Kelk en De Jong is voorgesteld.⁵⁶ Toch zijn aan deze benadering mijns inziens zowel meer materiële als meer processuele nadelen verbonden. In eerste instantie vraag ik me af of de formulering van een wettelijke delictskwalificatie

54 Vgl. artikel 8:69a Awb. In het bestuursrecht behelst het relativiteitsvereiste een verbod voor de rechter om besluiten te vernietigen op grond van strijd met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. Zie over het relativiteitsvereiste in het burgerlijk recht en bestuursrecht nader Heijder 1981, p. 90-92.

55 Merk op dat hier een parallel waarneembaar is met de dekkingseis die zonet aan Rozemond werd ontleend. Het concept van die dekkingseis lijkt evenwel wat meer ruimte te bieden voor interpretatie buiten de bestanddelen van de delictsomschrijving om.

56 Kelk/De Jong 2016, p. 108.

steeds de potentie heeft om als onderscheidend criterium te dienen indien over de strekking van het bewezenverklaarde een oordeel moet worden geveld. Een delictskwalificatie is namelijk precies wat zij zegt te zijn: een kwalificatie, ofwel: een nadere benaming van hetgeen strafbaar is gesteld. Een groot voordeel van een interpretatie via het rechtsbelang is mijns inziens dat het rechtsbelang zich veel meer in een *species-genus*-verhouding tot de gedraging verhoudt. Juist het meer abstracte karakter daarvan maakt dat het rechtsbelang in zeer uiteenlopende, ook nog niet voorzienbare gevallen als kritisch kader kan dienen. Naast dit materiële argument is ook een belangrijk processueel voordeel aan een interpretatie via het rechtsbelang verbonden, mits die verloopt via de wettelijke termen zelf. Alsdan kan namelijk reeds op het niveau van de bewezenverklaring worden vastgesteld dat in de concrete zaak straffeloosheid moet volgen: zou het inderdaad niet zuiver zijn, zoals Heijder ook heeft vastgesteld, tot een vrijspraak te komen indien al op het niveau van de bewezenverklaring blijkt dat het evident wederrechtelijke karakter aan de gedraging ontbreekt?

Door het rechtsbelang in Nederland een meer prominente plaats te geven, ontstaat een meer rationele, door belangen gestuurde strafrechtsvorming. Bovendien kan daardoor de consistentie in de systematiek van het Wetboek van Strafrecht worden vergroot en kan het rechtsbelang tevens een belangrijke rol vervullen in gevallen waarin de strafbepalingen op ingewikkelde feitencomplexen moeten worden toegepast. Al met al zou het helemaal niet zo vreemd zijn om tot een herbezinning op het rechtsbelang in het Nederlands strafrecht te komen en dat dogmatisch een stevigere plek toe te bedelen. Uit deze studie volgt in elk geval dat één strafbaarstelling in het Wetboek van Strafrecht daarmee duidelijk gebaat zou zijn. Het is helaas een feit dat het mensenhandel-misdrijf zich in de toekomst zal blijven voordoen en bovendien dat de verschijningsvormen waarin mensenhandel zich in de 'voor-juridische werkelijkheid' presenteert onder invloed van een veelheid aan factoren steeds weer zullen veranderen. Dit indachtig is duidelijk dat behoefte bestaat aan een helderder en toegankelijker regeling, ingebed in een duidelijke, op het rechtsbelang gebaseerde systematiek en opererend in een omgeving waarin de rechter over het instrumentarium beschikt om de wet op staatsrechtelijk verantwoorde wijze toe te passen.

Samenvatting

De ernst van de mensenhandelproblematiek behoeft geen inleiding. Jaarlijks worden op wereldwijde schaal miljoenen mensen verhandeld en uitgebuit; gebruikt als 'object', soms letterlijk verkocht als 'handelswaar'. Op internationaal en Europees niveau bestaan al jarenlang verplichtingen om mensenhandel aan te pakken. Eén daarvan betreft de verplichting om mensenhandel effectief strafbaar te stellen.

In Nederland is mensenhandel strafbaar gesteld in artikel 273f van het Wetboek van Strafrecht. Het gaat om een zeer complexe bepaling. Waar delicten als diefstal of moord en doodslag bestaan uit relatief eenvoudige en compacte delictsomschrijvingen, zijn in de strafbepaling van mensenhandel in totaal negen verschillende gedragingen opgenomen, die evenwel alle door de strafwetgever de naam 'mensenhandel' hebben meegekregen en worden bedreigd met dezelfde straf. Het maakt artikel 273f het langste uit het Wetboek van Strafrecht. Het verbaast daarom niet dat het artikel er in de praktijk een slechte reputatie op nahoudt – het is door de Maastrichtse hoogleraar Klip wel een 'wetstechnisch gedrocht' genoemd – en mettertijd door de feitenrechter uiteenlopend is toegepast. Ook de Hoge Raad is in de afgelopen jaren zeer actief geweest waar het gaat om het geven van nadere uitleg aan de delictsomschrijvingen die in artikel 273f Wetboek van Strafrecht zijn opgenomen. Desondanks bestaat nog steeds grote onduidelijkheid over de strekking van de strafbaarstelling van mensenhandel; het is en blijft een lastig te doorgronden wetsartikel.

In het *eerste hoofdstuk* van dit onderzoek is duidelijk gemaakt waarom deze stand van zaken problematisch is. Een duidelijke strafbepaling bestaat niet alleen bij de gratie en ten behoeve van de juridische beroepsgroep. Allereerst is een toegankelijke wettekst van belang in het kader van rechtszekerheid: de wet moet een leidraad kunnen zijn waarop burgers hun gedrag afstemmen. Maar de wet is daarnaast óók gedragsleidend voor degenen wiens professioneel handelen daarop gebaseerd is: de opsporingsambtenaar, de officier van justitie en de rechter. Onduidelijkheid omtrent de strekking van een strafbaarstelling is dus niet alleen problematisch voor de burger, maar werkt vroeger of later ook door in de werking van het strafrechtelijk systeem als geheel en de hantering daarvan door de strafrechtelijke beroepsbeoefenaren.

De onduidelijkheid over de strekking van de strafbaarstelling van mensenhandel vormt de aanleiding voor het schrijven van dit proefschrift. De doelstel-

ling die in dit boek centraal staat, is het ontrafelen van deze strafbaarstelling om op die strekking meer zicht te krijgen. De centrale onderzoeksvraag is even compact als kernachtig geformuleerd: *Wat is de strekking van de strafbaarstelling van mensenhandel in Nederland?*

Deze onderzoeksvraag kan op uiteenlopende wijzen worden beantwoord. In dit boek is ervoor gekozen daarbij een belangrijke plaats toe te kennen aan het rechtsbelangenconcept. Als gevraagd wordt naar de reden, het waarom, van de *strafbaarstelling* van gedrag – letterlijk: het strafbaar maken van menselijke gedragingen door de wetgever – wordt ook in de Nederlandse strafrechtsdogmatiek dikwijls gesproken in termen van het beschermen van rechtsbelangen. Met de strafbaarstelling van diefstal wordt bijvoorbeeld het vermogen beschermd. Het rechtsbelang dat wel doorgaat als het belangrijkste – dat van het leven – wordt mede geborgd door de criminalisering van de gedragingen die wij kennen als de juridische figuren ‘moord’ en ‘doodslag’. Het concept van de rechtsbelangen stelt daarmee ten eerste in staat om na te gaan welke belangen de wetgever door de jaren heen met de strafbaarstelling van de gedragingen in artikel 273f Wetboek van Strafrecht heeft willen beschermen. Kennis daarvan reikt belangrijke aanknopingspunten aan om de strekking van de strafbaarstelling te achterhalen en heeft bovendien een structurerend effect: door de strafbaarstelling duidelijk vanuit één bepaald perspectief te bekijken, kunnen de uiteenlopende achtergronden en ontwikkelingen die zich ten aanzien van de strafbaarstelling hebben voorgedaan op geordende wijze worden besproken. Dit geldt eens te meer als de strafbaarstelling in kwestie, zoals die van mensenhandel, zowel door nationale als internationale ontwikkelingen is beïnvloed.

Hoe het rechtsbelangenconcept bij de beantwoording van de onderzoeksvraag verder behulpzaam kan zijn, is een vraag die centraal staat in het *tweede hoofdstuk*. Voluit luidt de deelvraag daarin: *Hoe kan het concept van het rechtsbelang behulpzaam zijn bij de analyse en waardering van de strafbaarstelling van mensenhandel?* Doel van dit hoofdstuk is om te onderzoeken hoe het rechtsbelangenconcept dienst kan doen als analyse- en waarderingskader in dit boek, en dus instrumenteel kan worden ingezet. Daarvoor is het noodzakelijk geweest eerst een stap terug te doen en de voor de hand liggende vraag op te werpen wat dit concept precies inhoudt. In het tweede hoofdstuk blijkt dat in de voornamelijk Duitstalige en Angelsaksische literatuur van oudsher over een *descriptieve variant* en *normatieve variant* van het rechtsbelangenconcept wordt gesproken. De descriptieve variant gaat ervan uit dat het rechtsbelangenconcept primair tot doel heeft om te voorzien in een adequate beschrijving van de rechtsbelangen die de wetgever met strafbaarstelling heeft willen beschermen. Deze opvatting van het concept is dus naar haar aard *afhankelijk* en *niet-kritisch*, in die zin dat telkens slechts het doel is om zo goed mogelijk te achterhalen wat de wetgever met strafbaarstelling heeft gewild. Heel anders

is dat in de meer normatieve opvattingen van het rechtsbelangenconcept, waarvan er overigens meer kunnen worden onderscheiden. Auteurs uit deze school staan juist een niet van de wetgever afhankelijke benaderingswijze voor, waarmee het rechtsbelangenconcept, naast een analytische, ook een heel duidelijke kritisch-normatieve lading krijgt. In de normatieve opvatting moet het rechtsbelangenconcept zelf in staat zijn om een antwoord te geven op de vraag of strafbaarstelling gelegitimeerd is, los van de keuzes daaromtrent van de wetgever. In het tweede hoofdstuk wordt de conclusie getrokken dat deze toets zich binnen een normatieve opvatting van het rechtsbelangenconcept vooral toespitst op het kritisch bezien van de vraag of het door de wetgever aangedragen rechtsbelang daadwerkelijk door de betreffende strafbaarstelling wordt beschermd. Daartoe is vereist dat steeds zowel dit rechtsbelang zelf kritisch wordt onderzocht als de relatie die tussen de strafbaar gestelde (of strafbaar te stellen) gedraging en het rechtsbelang wordt getrokken.

In dit boek wordt zowel van de meer descriptieve als normatieve variant van het rechtsbelangenconcept gebruikgemaakt. De descriptieve variant stelt in staat de strafbaarstelling van mensenhandel op geordende wijze te analyseren, namelijk door onderzoek te doen naar de rechtsbelangen die de wetgever door de jaren heen met de criminalisering van mensenhandel heeft willen beschermen. De normatieve variant faciliteert bovendien een kritische analyse en waardering van de door de jaren heen getrokken verbanden: worden met de gedragingen die in artikel 273f Wetboek van Strafrecht zijn opgenomen, daadwerkelijk die rechtsbelangen beschermd die de wetgever op het oog heeft?

Om de strafbaarstelling van mensenhandel verder vanuit het perspectief van rechtsbelangen te ontwarren, schakelt dit boek in het *derde hoofdstuk* over op klassiek historisch-juridisch onderzoek. In dit hoofdstuk is uitgebreid bij de wetshistorische ontwikkeling van de strafbaarstelling stilgestaan, vanuit de gedachte dat het zonder kennis daarvan, en de politieke, maatschappelijke en culturele ontwikkelingen die daaraan ten grondslag lagen, uiteindelijk niet mogelijk is om de huidige strafbaarstelling te doorgronden. De deelvraag die in het derde hoofdstuk centraal staat, luidt dan ook: *Hoe heeft de strafbaarstelling van mensenhandel zich historisch ontwikkeld en welke waren de maatschappelijke, culturele en politieke ontwikkelingen die daaraan ten grondslag lagen?* Bij het beantwoorden van deze vraag is, vanwege de belangrijke plaats van het rechtsbelangenconcept in dit boek, in het bijzonder ook gekeken naar de rechtsbelangen die door de jaren heen door de wetgever zijn onderscheiden. Gebleken is dat de strafbaarstelling van mensenhandel een complexe wetshistorie kent en het product is van uiteenlopende wetgevingsprocessen uit diverse tijdsgewrichten. Ook is een opvallende constante dat de totstandkoming van de strafwetgeving over mensenhandel altijd wel een internationale component heeft gekend. Bovendien blijkt dat de strafbaarstelling steeds onmiskenbaar heeft meebewogen met de grillen van de tijd: afhankelijk van het tijdvak, zijn perioden te onderscheiden met een strengere strafbaarstelling, waarbij ten aanzien van

de mensenhandel tegen volwassenen geen enkele vorm van dwang of wils-onvrijheid behoefde te worden bewezen, tot perioden waarin dwang en wils-onvrijheid juist de kernonderdelen daarvan betroffen. De wetgeving over mensenhandel is daarmee zonder meer exemplarisch voor de grotere maatschappelijke bewegingen uit, vooral, de twintigste eeuw, waarin liberale en minder liberale tendensen elkaar opvolgden. Uiteraard heeft dat ook invloed gehad op de rechtsbelangen die in de verschillende perioden werden onderscheiden. In de zedelijk strengere perioden waren het vooral de (openbare) zeden die moesten worden beschermd. In de meer liberale tijdsgewrichten stond veeleer het individu centraal, en de bescherming van zijn persoonlijke vrijheid.

Het doorwrochte beeld dat in hoofdstuk 3 van de wetshistorie van de strafbaarstelling van mensenhandel is ontstaan, effent vervolgens de weg voor een uitgebreide bespreking van de strafbepaling zoals die heden ten dage functioneert en wordt toegepast. Daarvoor zijn het *vierde en vijfde hoofdstuk* ingeruimd. In beide hoofdstukken staat dezelfde deelvraag centraal: *Welke gedragingen zijn in het Wetboek van Strafrecht als mensenhandel strafbaar gesteld?* De beantwoording van deze vraag is in het *vierde hoofdstuk* aangevangen met een bespreking van de systematiek waarin de strafbaarstelling ligt ingebed. Onder 'systematiek' wordt daarbij allereerst de plaatsing van het wetsartikel in de titel met misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid verstaan. Ook is in hoofdstuk 4 aandacht voor andere systematische aspecten. Een vraag die in dit hoofdstuk bijvoorbeeld is gesteld is hoe de wetgever zich de samenhang tussen de verschillende materiële gedragingen in artikel 273f, eerste lid, Wetboek van Strafrecht heeft voorgesteld, vanuit de gedachte dat plaatsing van deze gedragingen in één artikel, onder dezelfde vlag ('mensenhandel') en met gebruikmaking van dezelfde strafbedreiging, toch het vermoeden doet ontstaan dat van zodanige samenhang sprake is.

In het vierde hoofdstuk is te zien geweest dat de wetgever in de wetshistorische stukken op verschillende manieren heeft geprobeerd de samenhang tussen de gedragingen nader te duiden. Zo is wel getracht de gedragingen op te delen in gedragingen voorafgaand aan de uitbuiting – de eigenlijke mensenhandel –, de uitbuiting zelf (waarop het oogmerk van de mensenhandelaar is gericht) en het, vervolgens, profijt trekken daaruit. Tegelijkertijd is duidelijk geworden dat de term 'mensenhandel' door de wetgever op uiteenlopende wijzen is gehanteerd, wat bepaald verwarring in de hand werkt. Dat geldt ook voor de term 'uitbuiting', die in artikel 273f, eerste lid, Wetboek van Strafrecht primair een plek heeft als bestanddeel van de 'klassieke' mensenhandelgedraging: iemand uitbuiten is van oudsher het oogmerk waarmee de mensenhandelaar zijn gedraging verricht. De term 'uitbuiting' wordt evenwel verre van eenduidig gehanteerd en is in hoofdstuk 4 omschreven als homoniem begrip; het is van meer betekenissen voorzien en bij de hantering van dit begrip in de wetshistorische stukken is niet altijd duidelijk welke betekenis

de wetgever op het oog had. Deze bevinding zal later nog van waarde blijken, omdat de Hoge Raad het begrip 'uitbuiting' een belangrijke plaats heeft gegeven bij de nadere uitleg van verschillende gedragingen in artikel 273f, eerste lid, Wetboek van Strafrecht.

Voordat de rechtspraak van de Hoge Raad is besproken, is het *viijfde hoofdstuk* benut om een verdiepende dogmatische analyse uit te voeren van de gedragingen die als mensenhandel zijn strafbaar gesteld. Juist omdat de gedragingen in het eerste lid van artikel 273f Wetboek van Strafrecht zo verschillend zijn, is gepoogd om de als mensenhandel gekwalificeerde gedragingen stuk voor stuk aandacht te geven. Een belangrijke, uit de literatuur ontleende dichotomie die is gebruikt, is die van formeel en materieel omschreven delicten. Bij materieel omschreven delicten vormt de aanwezigheid van een zeker gevolg een constitutief vereiste voor het bewijs van het delict, daar waar het bij formeel omschreven delicten telkens gaat om handelingen waar een bepaald gevolg nog niet behoeft te zijn ingetreden. Artikel 273f Wetboek van Strafrecht blijkt, bezien vanuit deze bril, uit zeer verschillende gedragingen te bestaan, zowel formeel als materieel omschreven, met zeer uiteenlopende strekking. Omdat voor het bewijs niet altijd een gevolg is vereist, verschilt ook de mate waarin het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid wordt bedreigd of door de gedraging wordt gekrenkt. De verhouding met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid is daarmee per gedraging verschillend en dient dus ook steeds per gedraging apart te worden bekeken.

In het vijfde hoofdstuk is na de uitgebreide theoretische analyse vervolgens aandacht voor de wijze waarop de Hoge Raad in zijn rechtspraak aan het mensenhandelartikel nader betekenis heeft verleend. Duidelijk wordt dat de Hoge Raad ten aanzien van verschillende gedragingen in recente arresten een restrictieve interpretatie heeft gehanteerd, waardoor de ruime strekking van de strafbaarstelling van mensenhandel als geheel in belangrijke en vergaande mate is beperkt. Vanuit verschillende invalshoeken is deze gang van zaken verder besproken. Veel aandacht is in hoofdstuk 5 uitgegaan naar de wijze waarop de afbakening door de Hoge Raad heeft plaatsgehad. Ten aanzien van verschillende subleden is dat niet gedaan door bestaande, in de delictsomschrijving opgenomen bestanddelen nader te interpreteren, maar heeft het hoogste rechtscollège gekozen voor de techniek van het inlezen van een extra bestanddeel: het bestanddeel 'uitbuiting'. Het is dit extra bestanddeel dat de basis vormt voor de restrictieve uitleg die de Hoge Raad aan verschillende mensenhandelgedragingen heeft gegeven en in de overwegingen van de Hoge Raad is daarbij duidelijk zichtbaar geweest dat de positionering van het mensenhandeldelict als misdrijf tegen de persoonlijke vrijheid gewicht in de schaal heeft gelegd.

In het zesde hoofdstuk worden de bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken bekeken vanuit het perspectief van het rechtsbelangenconcept. De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat, is: *Wat is de verhouding tussen het in de systema-*

tiek besloten liggende, met de strafbaarstelling van mensenhandel beschermde rechtsbelang en de gedragingen die als mensenhandel zijn strafbaar gesteld? In dit hoofdstuk is te zien dat de gedragingen die in artikel 273f, eerste lid, Wetboek van Strafrecht zijn opgenomen zich niet alle op logische wijze tot het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid verhouden. Bezien we de gedragingen in de subleden 3, 4, 5, 8 en 9 op wettelijk niveau – dus zonder de rechtspraak van de Hoge Raad te betrekken – dan kan er ernstig aan worden getwijfeld of deze gedragingen redelijkerwijs aan het beschermen van de persoonlijke vrijheid bijdragen. In het bijzonder geldt dat voor de gedraging in sublid 3; de kale vorm waarin die gedraging in de wet staat, stelt op geen enkele manier de eis van enige wilsinperking, waardoor de verhouding met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid automatisch onder druk komt te staan. Voor de gedraging in sublid 5 geldt hetzelfde en daarmee ook voor die in sublid 8. De aard van deze gedragingen en het brede beschermingsbereik daarvan – minderjarigen worden ook tegen zichzelf in bescherming genomen – wijzen er veel meer op dat hier de goede zeden worden beschermd en de misdrijven in de subleden 5 en 8 kunnen dan ook beter worden begrepen als ‘seksuele delicten’. Anders gezegd: veel meer dan de persoonlijke vrijheid, wordt met de strafbaarstelling van deze gedragingen het rechtsbelang van de goede zeden beschermd. Ook de verhouding tussen de gedragingen in de subleden 4 en 9 met de persoonlijke vrijheid is problematisch. De brede uitleg van de daarin opgenomen misbruikbestanddelen maakt dat in voorkomende gevallen de daadwerkelijke krenking of gevaarstelling van de persoonlijke vrijheid wel heel erg op de achtergrond verdwijnt.

De laatste jaren hebben laten zien dat de Hoge Raad op de ruime strekking van de strafbaarstelling van mensenhandel een correctie heeft willen doorvoeren. In hoofdstuk 5 is er al aandacht voor dat zich bij de wijze waarop dat is gebeurd kanttekeningen laten plaatsen. De vraag rijst vooral hoe geëigend het is dat de Hoge Raad zich bij de afbakening van de betreffende delicten in belangrijke mate of mede heeft georiënteerd op het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid. Op het eerste gezicht moet deze gang van zaken natuurlijk worden toegejuicht: de kritische potentie van het rechtsbelangenconcept wordt immers ten volle benut indien het gebruik ervan door de rechter leidt tot een nadere begrenzing van de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het typische geval dat zich bij de strafbaarstelling van mensenhandel echter voordoet, is dat de op het rechtsbelang georiënteerde interpretaties van de Hoge Raad niet altijd in lijn zijn met de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever, zoals die voortvloeit uit de parlementaire achtergrondstukken. Hier wrekt zich – op het niveau van de rechter – dat de wetgever de verhouding tussen de gedragingen in artikel 273f, eerste lid, Wetboek van Strafrecht en het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid niet goed heeft doordacht.

Met de beantwoording van de deelvraag uit hoofdstuk 6 is het ook mogelijk om de centrale onderzoeksvraag van dit boek te beantwoorden. Het antwoord op de vraag wat de strekking is van de strafbaarstelling van mensenhandel

laat zich vanuit het rechtsbelangenconcept bezien als volgt beantwoorden: die strekking is – op het niveau van de wet – veelzijdig, in die zin dat niet elke gedraging met het vermeend te beschermen rechtsbelang samenhangt en de gedragingen qua aard en inhoud zelfs in sterke mate uiteenlopen. Bovendien: de Hoge Raad heeft de laatste jaren aan die strekking een belangrijke dimensie toegevoegd door het inlezen van een bestanddeel ‘uitbuiting’ in de subleden 3, 4 en 9. Daarmee kan worden gezegd dat de strekking van de strafbaarstelling van mensenhandel als geheel is beperkt, maar niet dat deze over de gehele linie eenduidiger is geworden. De ‘one-size-fits-all’-oplossing van het inlezen van het uitbuitingsbestanddeel werkt in de verschillende delictsomschrijvingen van artikel 273f, eerste lid, Wetboek van Strafrecht nu eenmaal heel anders uit, zoals in hoofdstuk 5 al te zien is geweest.

Het moge op basis van deze conclusie duidelijk zijn dat de strafbaarstelling van mensenhandel terecht doorgaat als problematisch construct. Dat wordt extra duidelijk als we de bevindingen vanuit de functies van het rechtsbelangenconcept bekijken. Hoe valide is het dat sommige van de als mensenhandel strafbaar gestelde gedragingen zijn geordend als vrijheidsmisdrijf terwijl die strafbaarstelling zich met een beroep op het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid niet laat verdedigen? Is de rechter in deze gevallen eigenlijk nog wel vrij zich te oriënteren op dit rechtsbelang, helemaal als blijkt dat de wetgever van een beperking van de strafbaarheid niet heeft willen weten? In het *zevende hoofdstuk* worden deze vragen nader besproken en geproblematiseerd. Het feit dat tussen een deel van de mensenhandelgedragingen en het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid geen logisch verband bestaat, zo wordt daarin duidelijk, doet een probleem op alle functieniveaus van het rechtsbelangenconcept ontstaan. Als de wetgever niet goed heeft doordacht of het aangewezen rechtsbelang met de gedragingen daadwerkelijk beschermd wordt, kan dit rechtsbelang moeilijk nog dienen als valide legitimatie voor strafbaarstelling (de *legitimerende functie*). Daarnaast is het ook lastig om dat nog langer te gebruiken bij de ordening van het wetboek (de *systematische functie*) en komt ook een op het rechtsbelang georiënteerde uitleg van de gedraging door de rechter (en de toepassing daarvan door de officier van justitie) onder druk te staan (de *interpretatieve functie*).

Daarnaast worden in hoofdstuk 7 de bevindingen ook vanuit andere kaders dan dat van het rechtsbelangenconcept gewaardeerd. De wijze waarop het mensenhandelartikel zich momenteel in de praktijk ontwikkelt, is namelijk ook om meer redenen problematisch. Als gevolg van de door de Hoge Raad gekozen techniek – het inlezen van een bestanddeel – is de wettekst inmiddels geen afspiegeling meer van hetgeen in Nederland als mensenhandel strafbaar is, wat uiteraard direct de vraag doet de rijzen in hoeverre het wetsartikel nog congruent is aan de principes die in het legaliteitsbeginsel besloten liggen. Hoe toegankelijk is een wetsartikel als belangrijke onderdelen daarvan niet uit het artikel zelf afleesbaar zijn, maar zich louter laten afleiden uit de recht-

spraak? Naast het probleem van de ontoegankelijkheid speelt bovendien ook de vraag of in dit geval wel sprake is van een juist machtsevenwicht tussen de wetgever en rechter. Als de wet kennelijk zo ruim is geformuleerd dat de rechter extra bestanddelen nodig heeft, ligt daar dan niet veeleer een taak voor de wetgever? In hoofdstuk 7 wordt deze vraag bevestigend beantwoord. Het onderzoek wordt in dit hoofdstuk uiteindelijk afgesloten met een voorstel voor een nieuwe strafbaarstelling van mensenhandel. In de slotparagraaf wordt bovendien een lans gebroken voor een meer prominente plek voor het rechtsbelangenconcept in het Nederlands strafrecht. Dit concept kan – mits het goed wordt gebruikt – ook een belangrijke rol spelen bij de vormgeving van een nieuwe strafbaarstelling van mensenhandel.

Summary

UNRAVELLING THE CRIMINALISATION OF TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS.
An analysis and reorientation in light of the concept of legal interests.

The seriousness of the crime of trafficking in human beings cannot easily be overestimated. On a worldwide scale, every year millions of people are traded and exploited; used as an object, sometimes sold, literally, as commodities. For years now, strict international and European obligations have been in place to combat trafficking in human beings. One of these obligations is the duty to effectively criminalise trafficking.

In the Netherlands, trafficking in human beings is criminalised by virtue of Article 273f of the Dutch Criminal Code (DCC), a very complex provision. Theft, manslaughter or murder are all crimes with legal provisions that are relatively easy to read and understand. In the provision on trafficking in human beings, however, a total of nine different acts are criminalised, all under the same qualification – ‘trafficking in human beings’ – and all carrying the same high penalties (with a maximum of twelve years’ imprisonment). As a consequence, Article 273f DCC is the longest provision in the Dutch Criminal Code. Unsurprisingly, the provision has acquired a bad image over the years and has been applied in very different ways in the courts. In recent years, the Dutch Supreme Court has taken a very active position to further clarify and interpret the various criminal acts laid down in Article 273f DCC. However despite this progress, the actual scope of the penal provision on trafficking in human beings remains unclear.

Chapter 1 of this PhD thesis further elaborates on why the ambiguity concerning the scope of the provision on trafficking in human beings is so problematic. Accessible penal provisions are not there for the lawyers’ or legal scholars’ sake, but have a major role to play in the actual fulfilment of the notion of legal certainty and, thus, the legality principle: they help to guide people’s behaviour and are key elements in the transparency and legitimacy of a system of criminal law. Furthermore, clear penal provisions are pivotal for the effectiveness of interventions and the use of state powers based on these provisions by criminal law professionals such as law enforcement officials, public prosecutors and judges. Uncertainty concerning the scope of penal provisions is thus not only problematic in relation to the legality principle: clear provisions

are an absolute condition for a criminal law system to function in an effective manner.

The uncertainty about the scope of Article 273f DCC was the reason to write this dissertation; the main objective being to unravel the provision and reveal its scope. The compact and concise research question in this book is therefore:

What is the scope of the criminalisation of trafficking in human beings in the Netherlands?

The research question can be answered in different ways, taking different paths. This study chooses to focus on the concept of legal interests, which has its roots – as the *Rechtsgut* principle – in German criminal law doctrine. Protecting legal interests can be conceived as the core aim of criminal law systems: criminalising a human act can only be legitimate if certain interests are at stake. The criminalisation of theft, for example, protects property interests. The legal interest of life – generally considered the most valuable interest – is mainly protected by the criminal acts that are known as ‘murder’ and ‘manslaughter’.

The concept of legal interests makes it possible to clarify the legal interests the legislature aimed to protect when criminalising the various acts contained in Article 273f DCC. Knowledge of this background can provide valuable insights into revealing the scope of the provision and it also has a powerful structuring effect: by looking at the penal provision from a clear perspective, various developments concerning the provision can be discussed in a structured way. This specifically applies when the penal provision in question is affected by national and international developments, as is the case with Article 273f DCC.

How the concept of legal interests can be of use for the further analysis of Article 273f DCC is the central question in *Chapter 2*. The subquestion posed in this chapter reads as follows: *How can the concept of legal interests help in the analysis and evaluation of the penal provision on trafficking in human beings?* The main objective of the chapter is to study how the concept of legal interests can serve as an analytical as well as a normative tool. Therefore it was first and foremost necessary to answer the question of how the concept of legal interests can be understood. Chapter 2 illustrates and focuses on a common dichotomy, derived from German and Anglo-American criminal law literature, between a *descriptive approach* of the concept of legal interests and a *normative approach*.

The primary goal of the descriptive approach is to provide an adequate description of the legal interests that the legislature aimed to protect when criminalising the human conduct in question. This approach thus depends on the choices made by the legislature and is therefore non-critical in nature. The normative approach takes a very different, opposing point of view. Scholars who consider themselves part of this school, aim to set out their own

framework of principles which allows them to independently answer the question whether and, if so, which legal interests are protected by the penal provision in question. This approach thereby transcends from the choices and preferences of the legislature, and critically assesses the claim made by the legislature that certain legal interests are protected by the penal provision.

The main method of the normative schools to critically assess the question whether the legal interests selected by the legislature are actually protected by the criminal law, is to focus on the legal interests themselves, placing special emphasis on the quality of the connection between the criminal act on the one hand, and the selected legal interest on the other hand. Chapter 2 draws the conclusion that the descriptive as well as the normative approach to the concept of legal interests could be of use to answer the research question. The descriptive approach permits an adequate analysis of Article 273f DCC, whereas the normative approach facilitates a critical assessment of the connections made by the legislature over the years: have the legal interests selected by the legislature really been protected by the criminalisation of the acts contained in Article 273f DCC?

To further unravel the penal provision on trafficking in human beings from the perspective of the concept of legal interests, it is necessary to have a thorough insight into the historical background of Article 273f DCC. After all, a good understanding of the current functioning and application of this provision is only possible with knowledge of its historical development and awareness of the societal, cultural and political background to the provision. The subquestion in *Chapter 3* therefore reads: *How did the penal provision on trafficking in human beings historically develop and what societal, cultural and political developments influenced this development?*

In answering this question, special attention is paid to the legal interests that have been distinguished by the legislature over the years. Chapter 3 concludes that the provision on trafficking has a very complex history, and can be considered a product of divergent criminalisation processes in different eras. What stands out after conducting an in-depth historical study, is that the establishment of the criminal laws on trafficking more or less always had an international component. Furthermore, the penal provision was always affected by the whims of time; depending on the era, the strictness of the provision differed, ranging from strict morality laws forbidding all kinds of exploitation, regardless of the consent of victims, to laws in which non-consent and means of coercion were the key elements. Without any doubt, the trafficking laws are thereby also exemplary of more general societal developments that took place in the twentieth century, when liberal approaches alternated less liberal legal approaches. Consequently, these developments also had an impact on the legal interests that were selected over the years. In stricter years, regulating public morality was seen to be more important than protecting the

individual freedom of victims; whereas in the more liberal years, the legal interest of personal freedom was the primary driving force.

The knowledge of the historical background to the trafficking provision forms the basis for the in-depth treatise on the functioning and application of the current provision on trafficking in human beings as set out in *Chapters 4 and 5*. In both chapters the subquestion is: *Which acts are criminalised as trafficking in human beings in the Dutch Criminal Code?* To study this question, first the structure in which the penal provision is embedded is considered. *Chapter 4* discusses the location of this article in the paragraph that deals with crimes against personal liberty. Another important question in this chapter, is how the different acts of trafficking relate to one another; what does the legislature say about this in the explanatory documents?

Chapter 4 shows that the legislature used different techniques to structure the various trafficking acts further. In the underlying documents, a useful distinction is evident between acts that precede the exploitation (the actual act of trafficking), the exploitation itself (on which the specific intention of the perpetrator is focused) and profiting from the exploitation. At the same time, it becomes clear that the term 'trafficking in human beings' is used and applied by the legislature in different ways, creating a confusing and ambiguous vocabulary. The same applies to the use of the concept of exploitation. This notion functions as a constituent element of some of the trafficking acts, but has not been used and interpreted in a consistent way in the underlying legislative documents. The different explanations make 'exploitation' a homonym concept in Dutch legal history; a definitive explanation of this concept cannot be derived from the authoritative legal documents.

An in-depth analysis of the various trafficking acts contained in Article 273f, paragraph 1, DCC is conducted in *Chapter 5*, where a commonly used dichotomy of constitutive and non-constitutive acts is applied. Constitutive offences require evidence of an actual consequence resulting from the crime. Non-constitutive offences criminalise the actual acts; it is not necessary to prove that the act had any consequences directly related to the interest of freedom. Seen from this perspective, it appears that paragraph 1 of Article 273f DCC consists of very different acts, constitutive and non-constitutive, with a very divergent scope. Since proving consequences is not always necessary, the connection between these acts and the protected legal interest of personal freedom varies enormously.

After conducting the theoretical analysis, *Chapter 5* shifts to the study of the case law of the Dutch Supreme Court. In recent years, the Supreme Court has interpreted and applied certain acts contained in Article 273f DCC using a (very) restrictive method, thereby limiting the overall scope of the trafficking provision. This development is discussed in *Chapter 5* from various angles. One of these perspectives considers the method with which the Supreme Court established its restrictive interpretation. It is remarkable that the Supreme Court

does not interpret existing constituent elements of the acts involved, but considers that these acts lack the constituent element of 'exploitation' and decides that this element should be read into the text, although the legislature had intentionally left this element out. It is evident from the considerations of the Supreme Court that the contextualisation of the trafficking crime as a crime against individual liberty played a role in reaching this interpretation.

In Chapter 6, the findings of the previous chapters are assessed from the perspective of the concept of legal interests. The subquestion posed in this chapter reads as follows: *What is the relationship between the legal interest protected by the criminalisation of trafficking in human beings and the acts that were criminalised as such in the Dutch Criminal Code?* In this chapter it becomes clear that not all the trafficking acts contained in Article 273f DCC have a logical connection with the legal interest of personal freedom. For some of the acts – especially those included in subparagraphs 3, 4, 5, 8 and 9 – it can hardly be said that personal freedom is protected as a result of them being criminalised; some of these acts are more related to protecting public morality than protecting individual freedom.

In recent years, it has become apparent that the Dutch Supreme Court is restrictive in its interpretation of the acts of trafficking contained in the Dutch Criminal Code. The question then arises: how legitimate is it to restrict the scope of the law relying on the legal interest of personal freedom? *Prima facie*, this approach should be encouraged: the critical and normative potential of the concept of legal interests is fully employed when its application in the courts leads to criminal law being applied in a restrictive and reticent way. But what is plain in this case, however, is that the interpretation of the Supreme Court, where it is guided by legal interests, is not always compatible with the *rationale* of the legislation and what was intended by the legislature. Problematic here is that the legislature did not thoroughly assess the question whether criminalising an act would actually add to the protection of the legal interest of personal freedom.

By answering the subquestion in Chapter 6, it also becomes possible to answer the central research question of this study. The answer to the question concerning the scope of the criminalisation of trafficking in human beings is, in short: its scope is versatile and multidimensional, in the sense that the provision consists of a variety of different acts which do not all – in contrast to what is claimed by the legislature – protect the legal interest of personal freedom. Furthermore, it can be said that although the Supreme Court has over time clarified the various acts further, the solutions provided do not automatically lead to a clearer and more consistent penal provision.

Taking into account the previous findings, it is clear that the penal provision on trafficking in human beings is considered a problematic construct with good reason. This becomes even clearer when we look at the findings from the

perspective of the functions of the concept of legal interests. How legitimate is it that certain trafficking acts are listed in the Dutch Criminal Code as being crimes against personal freedom, while those acts are not actually related to this interest? Should the courts be free to base their (restrictive) interpretation on this legal interest when it appears this connection is so weak? *Chapter 7* discusses these questions and raises a number of issues. The fact that the criminalisation of certain trafficking acts does not protect the legal interest of personal freedom, raises a problem on all functional levels of the concept of legal interests. If the legislature did not think through the connection between the act that was criminalised and the legal interest protected, this legal interest can hardly be used as a valid justification for criminalisation; nor is it a convincing method to structure the codification of legislation, or interpret the acts laid down therein.

Apart from the problematic relationship with its 'protected' legal interest, the findings in this book have also been discussed from other angles in *Chapter 7*. The way Article 273f DCC is currently evolving in legal practice is also undesirable for other reasons. The technique that has been used by the Dutch Supreme Court to limit the scope of the trafficking provision – 'reading' a constituent element into the crime – has led to the situation where the text of the penal provision can no longer be perceived as a correct representation of what kind of conduct is punishable as trafficking in human beings, and what kind of conduct is not. Of course, this automatically raises the question whether the provision is still in line with the principles embedded in the legality principle: how accessible can a penal provision be if important constituent elements can only be derived from case law? In the civil law tradition of the Netherlands, this situation certainly causes a problem. Moreover, this state of affairs also raises the issue of separation of powers: should the task of establishing extra constituent elements in crimes (instead of interpreting existing elements in crimes) not exclusively lie in the hands of the legislature? The answer in *Chapter 7* is in the affirmative and, as a consequence, it is recommended that the legislature reconsiders the penal provision on trafficking in human beings.

Literatuurlijst

Alink & Wiarda 2010

M. Alink & J. Wiarda, 'Materieelrechtelijke aspecten van mensenhandel in het Nederlands strafrecht', in: D. de Prins e.a. (red.), *De staatsrechtelijke positie van de politieke partijen; Materieelrechtelijke aspecten van mensenhandel; Schade van derden in het aansprakelijkheidsrecht* (Preadviesen Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 175-262.

Allain 2013

J. Allain, *Slavery in International Law. Of Human Exploitation and Trafficking*, Leiden/ Boston: Martinus Nijhoff 2013.

Allain, *Journal of Trafficking and Human Exploitation* 2017

J. Allain, 'White Slave Traffic in International Law', *Journal of Trafficking and Human Exploitation* 2017, afl. 1, p. 1-40.

Altena-Davidsen 2016

J.G.H. Altena-Davidsen, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Altink, Haveman & Wijers, *NJB* 1991

S.M. Altink, R.H. Haveman & M. Wijers, 'Vrouwenhandel: een integrale aanpak', *NJB* 1991, afl. 9, p. 360-365.

Ambagtsheer 2017

F. Ambagtsheer, *Organ Trade* (diss. Rotterdam), Rotterdam: 2017.

Amelung 2003

K. Amelung, 'Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz', in: R. Hefendehl, A. von Hirsch & W. Wohlers (red.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2003, p. 155-182.

Attwood, *Women's History Review* 2014

R. Attwood, 'Stopping the Traffic: the National Vigilance Association and the international fight against the 'white slave' trade (1899–c.1909)', *Women's History Review* 2014, afl. 3, p. 325-250.

Balkestein 1901

J. Balkestein, *Rapport van een onderzoek naar den Handel in Vrouwen*, Nationaal Comité tot bestrijding van den handel in vrouwen: 1901.

Beccaria (1764) 2016

C. Beccaria, *Over misdaden en straffen*, Den Haag: Boom Juridisch 2016 (*Dei Delitti e delle Pene* 1764, vertaald en toegelicht door S.A.M. Stolwijk).

- Bemmelen, van, 1954
J.M. van Bemmelen, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht. Deel II: Bijzondere delicten*, Den Haag/Arnhem: Martinus Nijhoff en S. Gouda Quint – D. Brouwer en Zoon 1954.
- Bemmelen, van/Van Veen 1984
J.M. Van Bemmelen & Th.W. van Veen, *Het materiële strafrecht. Algemeen deel*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1984.
- Berge, van den, e.a. 2018
W. van den Berge, J.D. Vlasblom, J. Ebregt e.a., *Verdringing op de arbeidsmarkt. Beschrijving en beleving*, Den Haag: Centraal Planbureau / Sociaal en Cultureel Planbureau 2018.
- Birnbaum 1834
J.M.F. Birnbaum, 'Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung', *Archiv des Criminalrechts* 1834, p. 149-194.
- Blom, *Bijdragen en mededelingen betreffende de geschiedenis der Nederlanden* 1997
J.C.H. Blom, 'De Jaren Vijftig' en 'De Jaren Zestig'?', *Bijdragen en mededelingen betreffende de geschiedenis der Nederlanden* 1997, afl. 4, p. 517-528.
- Borgers 2011
M.J. Borgers, 'De communicatieve strafrechter', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie. Preadviezen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 2011-I), Deventer: Kluwer 2011/2, p. 103-185.
- Borgers, *DD* 2013/33
M.J. Borgers, 'Rechtsvorming door de Hoge Raad en de reikwijdte van de strafbaarstelling van witwassen', *DD* 2013/33, afl. 5, p. 361-370.
- Borgers 2016
M.J. Borgers, *Bij nader inzien* (afscheidsrede Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2016.
- Bosch 2003
A.G. Bosch, *De ontwikkeling van het strafrecht in Nederland van 1795 tot heden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2003.
- Boutellier, *JV* 1987
J.C.J. Boutellier, 'Prostitutie en moraal', *JV* 1987, afl. 1, p. 8-35.
- Boutellier 1993
J.C.J. Boutellier, *Solidariteit en slachtofferschap. De morele betekenis van criminaliteit in een postmoderne cultuur*, Nijmegen: SUN 1993.
- Brink, van den, *TPWS* 2013
S.E. van den Brink, 'De ratio en reikwijdte van artikel 273f lid 1 sub 3 Sr', *TPWS* 2013, afl. 1, p. 2-5.
- Brouns 1988
P.J.H.M. Brouns, *Opzet in het wetboek van strafrecht* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1988.
- Buijs 1987
H.W.J. Buijs, 'Vrouwenhandel', *JV* 1987, afl. 1, p. 93-109.

Buijs & Verbraken 1987

H.W.J. Buijs & A.M. Verbraken, *Vrouwenhandel. Onderzoek naar aard, globale omvang en de kanalen waarlangs vrouwenhandel naar Nederland plaatsvindt*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 1987.

Buruma 1999

Y. Buruma, 'Inleiding. Een strafrechtelijke ideeëngeschiedenis van de 20^e eeuw', in Y. Buruma (red.), *100 jaar strafrecht. Klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999, p. 11-46.

Buruma, *DD* 2006/58

Y. Buruma, 'De gedraging als element van het strafbare feit', *DD* 2006/58, afl. 7, p. 806-819.

Buruma 2007

Y. Buruma, 'Bestraft zonder iets gedaan te hebben', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen e.a. (red.), *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 23-38.

Chalmers & Leverick, *The Modern Law Review* 2008

J. Chalmers & F. Leverick, 'Fair Labelling in Criminal Law', *The Modern Law Review* 2008, afl. 2, p. 217-246.

Cleiren 1992

C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Cleiren 2008

C.P.M. Cleiren, 'Het legaliteitsbeginsel', in: C.P.M. Cleiren, Th. A. de Roos & M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie Strafrecht Select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008.

Cleiren & Crijns 2010

C.P.M. Cleiren & J.H. Crijns, 'Beginselplicht tot voortvarendheid in de strafrechtelijke rechtshandhaving?', in: G.K. Schoep e.a. (red.), *Verechting van domeinen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.L. de Wijkerslooth*, Deventer: Kluwer 2010, p. 17-35.

Cleiren 2010

C.P.M. Cleiren, *Evolueren naar meer horizontale en multi-dimensionale verhoudingen in het strafrecht*, Mechelen: Kluwer 2010.

Cleiren 2012

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.

Cleiren & Ten Voorde, *AA* 2016

C.P.M. Cleiren & J.M. ten Voorde, 'Prostitutie en souteneurschap in het strafrecht: rechtsbelangen in beweging', *AA* 2016, afl. 5, p. 398-405.

Cleiren & Ten Voorde 2019

C.P.M. Cleiren & J.M. ten Voorde, 'Harmonising Legal Interests. Legal Interests under Criminal Law in a Multilevel Legal Order', in: J. Ouwerkerk e.a. (red.), *The Future of EU Criminal Justice Policy and Practice. Legal and criminological perspectives*, Leiden/Boston: Brill Nijhoff 2019, p. 121-142.

- Collard (1900) 2013
W.L.A. Collard, *De 'handel in blanke slavinnen'* (diss. Amsterdam UvA), Tredition Classics 2013.
- Corstens/Borgers & Kooijmans 2018
G.J.M. Corstens, M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2018.
- Crijns, AA 2012
J.H. Crijns, 'Strafrecht als ultimum remedium. Levend leidmotief of archaïsch desideratum', AA 2012, afl. 1, p. 11-18.
- Dekkers 2019
T.J.M. Dekkers, *Mobility, Control and Technology in Border Areas. Discretion and Decision-making in the Information Age* (diss. Leiden), Leiden: Proefschrift-aio.nl 2019.
- Ditmore & Wijers, *Nemesis* 2003, afl. 4
M. Ditmore & M. Wijers, 'The negotiations on the UN Protocol on Trafficking in Persons', *Nemesis* 2003, afl. 4, p. 79-88.
- Doezema, *Gender Issues* 2000, afl. 1
J. Doezeema, 'Loose women or lost women? The re-emergence of the myth of white slavery in contemporary discourses of trafficking in women', *Gender Issues*, afl. 1, p. 23-50.
- Dubber, *Am. J. Comp. L.* 2005
M.D. Dubber, 'Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law', *Am. J. Comp. L.* 2005, afl. 3, p. 679-708.
- Dubber 2014
M.D. Dubber, 'Paradigms of Penal Law', in: M.D. Dubber & T. Hörnle (red.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press 2014.
- Dyer 1880
A.S. Dyer, *The European Slave Trade in English Girls. A Narrative of Facts*, Londen: Dyer Brothers, Amen Corner, Paternoster Row 1880.
- Ebels-Hoving, *Groniek* 1989
B. Ebels-Hoving, 'Van nut en nadeel der periodisering voor de geschiedenis', *Groniek* 1989, p. 115-129.
- Eckhardt, Van de Wetering & Bakker, *DD* 2018/13
V.E. van de Wetering, S.A. Eckhardt & S.R. Bakker, 'De rol van het achterliggende rechtsgoed van strafbepalingen bij de beoordeling van de strafwaardigheid van gedrag', *DD* 2018/13, afl. 2, p. 138-167.
- Engländer, *ZStW* 2015
A. Engländer, 'Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?', *ZStW* 2015, afl. 3, p. 616-634.
- Enschedé 1979
Chr. J. Enschedé, 'Wetten en rechters', in: P. Abas e.a. (red.), *Non sine causa. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. G.J. Scholten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 51-69.

Enschedé/Blom 2017

Ch.J. Enschedé & T. Blom, *Beginselen van strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Esser & Dettmeijer-Vermeulen, *DD* 2014/48

L.B. Esser & C.E. Dettmeijer-Vermeulen, 'Mensenhandel op een tweesprong. De omgang van rechters met de ruim geformuleerde mensenhandelgedraging in de delictomschrijving van artikel 273f lid 1 sub 4 Sr', *DD* 2014/48, afl. 7, p. 512-528.

Esser & Dettmeijer-Vermeulen, *Trema* 2015

L.B. Esser & C.E. Dettmeijer-Vermeulen, 'Van aardbeien en telefoonabonnementen. Een nieuw beoordelingsschema voor het bewijs van uitbuiting buiten de seks-industrie?', *Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht* 2015, afl. 8, p. 262-267.

Esser & Dettmeijer-Vermeulen, *Anti Trafficking Review* 2016, afl. 1

L.B. Esser & C.E. Dettmeijer-Vermeulen, 'The Prominent Role of National Judges in Interpreting the International Definition of Human Trafficking', *Anti Trafficking Review* 2016, afl. 1, p. 91-105.

Esser & Dettmeijer-Vermeulen, *DD* 2017/40

L.B. Esser & C.E. Dettmeijer-Vermeulen, 'Van beginsel tot praktijk. Het non-punishmentbeginsel in mensenhandelzaken', *DD* 2017/40, afl. 6, p. 412-434.

Esser, *Strafblad* 2017/71

L.B. Esser, 'Het schadebeginsel 2.0. Het gebruik van het schadebeginsel als analytische tool', *Strafblad* 2017/71, afl. 6, p. 476-481.

Feinberg 1984

J. Feinberg. *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, New York/Oxford: Oxford University Press 1984.

Foqué & 't Hart 1990

R. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer Rechtswetenschappen 1990.

Fuller (1964) 1969

L.L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven/Londen: Yale University Press 1969.

Gaede 2003

K. Gaede, 'Kraft und Schwäche der systemimmanenten Legitimationsfunktion der Rechtsgutstheorie am Beispiel des Subventionsbetruges', in: R. Hefendehl, A. von Hirsch & W. Wohlers (red.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2003, p. 183-195.

Gallagher 2010

A.T. Gallagher, *The International Law of Human Trafficking*, New York: Cambridge University Press 2010.

Geelhoed 2013

W. Geelhoed, *Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie: een onderzoek naar de betekenis van strafvorderlijke beleidsvrijheid in de geëuropeaaniseerde rechtsorde* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

- Gestel, van & Verhoeven 2011
B. van Gestel & M. Verhoeven, 'Obstakels voor samenwerking; bevindingen uit de procesevaluatie van de programmatische aanpak mensenhandel', *JV* 2011, afl. 2, p. 23-39.
- Graaf, de, 1911
A. de Graaf, *Het Congres te Madrid tot bestrijding van den handel in vrouwen*, Utrecht: A. Oosthoek 1911.
- Greco 2011
L. Greco, 'Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?', in: M. Heinrich e.a. (red.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin/New York: De Gruyter 2011.
- Gritter & Sikkema, *DD* 2006/15
E. Gritter & E. Sikkema, 'Bestemming onbekend', *DD* 2006/15, afl. 3, p. 277-302.
- Groenhuijsen, *DD* 2016/42
M.S. Groenhuijsen, 'Miscommunicatie tussen strafrechter en wetgever als bijzonder onderdeel van de dialoog in het strafrecht', *DD* 2016/42, afl. 7, p. 481-492.
- Hamel, van, 1913
G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht*, Haarlem/Den Haag: De Erven F. Bohn/Gebr. Belinfante 1913.
- Hart, 't, *DD* 1992
A.C. 't Hart, 'Postmodernisme en strafrecht', *DD* 1992, afl. 10, p. 997-1005.
- Hart, 't, 1994
A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1994.
- Hartmann 2011
A.R. Hartmann, *Over de grenzen van de dogmatiek en into fuzzy law* (oratie Rotterdam), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2011.
- Hartsuiker 1965
J.F. Hartsuiker, *De souteneur in het Nederlandse recht*, Den Haag: Bert Bakker/Daamen 1965.
- Hassemer 2003
W. Hassemer, 'Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?', in: R. Hefendehl, A. von Hirsch & W. Wohlers (red.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2003, p. 57-64.
- Hassemer 2014
W. Hassemer, 'The Harm Principle and the Protection of 'Legal Goods' (Rechtsgüterschutz): a German Perspective', in: A.P. Simester e.a. (red.), *Liberal Criminal Theory. Essays for Andrew von Hirsch*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2014.
- Hattum, van, 1953
W.F.C. van Hattum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht. Deel I: Algemene Leerstukken*, Arnhem/Den Haag: Gouda Quint/Brouwer/Martinus Nijhoff 1953.
- Haveman 1998
R.H. Haveman, *Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel* (diss. Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1998.

- Haveman, *JV* 1996
R.H. Haveman, 'Prostitutie, bemiddeling, exploitatie en het strafrecht', *JV* 1996, afl. 1, p. 26-42.
- Haveman, *NJB* 1993
R.H. Haveman, 'Strafbare exploitatie van prostitutie', *NJB* 1993, afl. 17, p. 630-632.
- Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1989
J. Rommelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.
- Hefendehl 2003
R. Hefendehl, 'Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm', in: R. Hefendehl, A. von Hirsch & W. Wohlers (red.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2003, p. 119-132.
- Heijder 1981
A. Heijder, 'De wederrechtelijkheid is betrekkelijk. Enkele kanttekeningen bij nietigheden en onrechtmatig verkregen bewijs', in: J.W. Fokkens & N. Keijzer (red.), *Beginselen* (Mulder-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1981, p. 89-105.
- Hirsch, von & Wohlers 2003
A. von Hirsch & W. Wohlers, 'Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung', in: R. Hefendehl, A. von Hirsch & W. Wohlers (red.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2003, p. 196-214.
- Hirsch, von, 2003
A. von Hirsch, 'Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle“', in: R. Hefendehl, A. von Hirsch & W. Wohlers (red.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2003.
- Hörnle 2014
T. Hörnle, 'Theories of Criminalization', in: M.D. Dubber & T. Hörnle (red.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press 2014.
- Huisman, *DD* 2017/31
W. Huisman, 'De aanpak van ondermijnende criminaliteit: oude wijn in nieuwe zakken?', *DD* 2017/31, afl. 5, p. 331-343.
- Hullu, de, *AA* 1993
J. de Hullu, 'Wetenschap en voorwaardelijke opzet', *AA* 1993, afl. 6, p. 491-496.
- Hullu, de, 2018
J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.
- Hulsman 1984
L.H.C. Hulsman, 'Criminele politiek en (strafrechtelijke) zedelijkheidswetgeving', in: E.A. de la Porte e.a. (red.), *Bij deze stand van zaken. Bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 219-246.
- Irwin, *Ex Post Facto* 1996
M.A. Irwin, '“White Slavery” as Metaphor: Anatomy of a Moral Panic', *Ex Post Facto: The History Journal* 1996, afl. 5, geraadpleegd via: <https://www.walnet.org/csis/papers/irwin-wslavery.html> (laatst geraadpleegd: 27 februari 2019).

- Jong, de, *DD* 2004/53
F. de Jong, 'Opzetvaststelling finaal of intersubjectief?', *DD* 2004, afl. 7, p. 697-713.
- Jong, de, 2007
F. de Jong, 'Tussen schuld en gedraging: normativering', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen e.a. (red.), *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 65-84.
- Jong, de, 2009
F. de Jong, *Daad-Schuld. Bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijzondere aandacht voor de normativering van het delictsbestanddeel opzet* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
- Jong, de & Sikkema, *DD* 2016/72
F. de Jong & E. Sikkema, 'Zeven stellingen over causaliteit in het strafrecht', *DD* 2017/72, afl. 10, p. 814-841.
- Jong, de, 2017
J. de Jong, *Human trafficking for the purpose of organ removal* (diss. Utrecht), Utrecht: 2017.
- Jong, de, 2019
F. de Jong, 'Opzet en causaliteit, of: het 'algemeen-menselijke' karakter van het strafrechtelijke opzetbegrip', *DD* 2019/11, afl. 3, p. 151-169.
- Kalmthout, van, 1990
A.M. van Kalmthout, 'De moderne richting en het Nederlandse sanctiestelsel', in: M.S. Groenhuijsen & D.S. van der Landen (red.), *De moderne richting in het strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 195-220.
- Kelk/De Jong 2016
C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- Kelk, *AA* 2015
C. Kelk, 'Uitdijende strafbaarheid van onzedelijk handelen', *AA* 2015, afl. 6, p. 520-527.
- Kempen, van, *DD* 2017/39
P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Mensenhandel?', *DD* 2017/39, afl. 6, p. 397-411.
- Kempen, van, 2008
P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten* (oratie Nijmegen), Tilburg: Wolf Legal Publishers 2008.
- Kennedy 1995
J.C. Kennedy, *Nieuw Babylon in aanbouw. Nederland in de jaren zestig*, Amsterdam/Meppel: Boom 1995.
- Knepper, *Law and History Review* 2016
P. Knepper, 'The Investigation into the Traffic in Women by the League of Nations: Sociological Jurisprudence as an International Social Project', *Law and History Review* 2016, afl. 1, p. 45-73.

- Koenders 1996
P. Koenders, *Tussen christelijk réveil en seksuele revolutie. Bestrijding van zedeloosheid, met de nadruk op repressie van homoseksualiteit*, Amsterdam: Stichting beheer IISG Press 1996.
- Kool 1999
R.S.B. Kool, *De strafwaardigheid van seksueel misbruik* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1999.
- Korvinus, Koster & De Jonge van Ellemeet, *Trema* 2006
H. de Jonge van Ellemeet, D. Korvinus & D. Koster, 'Mensenhandel: de achtergronden en omtrekken van het begrip 'uitbuiting' in art. 273a Sr.', *Trema* 2006, afl. 6, p. 286-290.
- Kragten-Heerdink, Dettmeijer-Vermeulen & Korf, *Crime & Delinquency* 2017
S.L.J. Kragten-Heerdink, C.E. Dettmeijer-Vermeulen & D.J. Korf, 'More Than Just "Pushing and Pulling": Conceptualizing Identified Human Trafficking in the Netherlands', *Crime & Delinquency* 2017, afl. 13, p. 1765-1789.
- Kristen, *AA* 2010
F.G.H. Kristen, 'Het legaliteitsbeginsel in het strafrecht', *AA* 2010, afl. 9, p. 641-645.
- Kristen 2011
F.G.H. Kristen, 'Het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel in het bijzonder strafrecht', in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011.
- Kudlich, *ZStW* 2015
H. Kudlich, 'Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat', *ZStW* 2015, afl. 3, p. 635-653.
- Kwakman 2007
N.J.M. Kwakman, 'De opzet van het opzet', in: B.F. Keulen e.a. (red.), *Pet af* (De Jong-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 289-314.
- Lauterwein 2010
C.C. Lauterwein, *The Limits of Criminal Law. A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing*, Farnham/Burlington: Ashgate 2010.
- Lestrade & Rijken, *DD* 2014/64
S.M.A. Lestrade & C.R.J.J. Rijken, 'Mensenhandel en uitbuiting nader bepaald', *DD* 2014/64, afl. 9, p. 664-681.
- Lestrade 2018
S.M.A. Lestrade, *De strafbaarstelling van arbeidsuitbuiting in Nederland* (diss. Nijmegen; Serie Staat en Recht, deel 39), Deventer: Wolters Kluwer 2018.
- Limoncelli 2010
S.A. Limoncelli, *The Politics of Trafficking. The First International Movement to Combat the Sexual Exploitation of Women*, Stanford: Stanford University Press 2010.
- Lindenberg 2014
K. Lindenberg, *Prostituant en strafrecht. Quicksan van de strafrechtelijke verantwoordelijkheden van de prostituant bij mensenhandel en minderjarigheid*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2014.

Lindenberg & Van Dijk 2016

K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten? Een analyse van Titel XIV, Tweede Boek, Wetboek van Strafrecht met het oog op samenhang, complexiteit en normstelling*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016.

Machielse, *DD* 1979

A.J.M. Machielse, 'Enige opmerkingen over het rechtsgoed', *DD* 1979, afl. 1, p. 24-43.

McClean 2007

D. McClean, *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and Protocols*, Oxford: Oxford University Press 2007.

Mead & Bodkin 1885

F. Mead & A.H. Bodkin, *The Criminal Law Amendment Act*, Londen: Shaw & Sons, Fetter Lane and Crane Court 1885.

Melai 1968

A.L. Melai, *Het gezag van norm en feit in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint/Brouwer 1968.

Melai 1969

A.L. Melai, *Het strafrecht en de cirkel van de abstractie* (oratie Leiden), Arnhem: Gouda Quint/Brouwer 1969.

Melai 1973

A.L. Melai e.a., *Tweede interimrapport van de adviescommissie zedenwetgeving*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1973.

Melai 1977

A.L. Melai e.a., *Derde interimrapport van de adviescommissie zedenwetgeving. Prostitutie*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1977.

Melai 1980

A.L. Melai e.a., *Eindrapport van de adviescommissie zedenwetgeving*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1980.

Melai 1986

A.L. Melai, '100 jaar Wetboek van Strafrecht', *DD* 1986, afl. 7, p. 641-647.

Mevis, *DD* 2017/19

P.A.M. Mevis, 'Bespreking van: M.J. Borgers, *Bij nader inzien*, Deventer: Wolters Kluwer 2016', *DD* 2017/19, afl. 3, p. 174-181.

Mill (1850) 1859

J.S. Mill, *On Liberty*, Londen: John. W. Parker and son (1850) 1859.

Moerman & Mevis, *DD* 2013/47

E.M. Moerman & P.A.M. Mevis, 'De Novelle Cort van der Linden en zijn betekenis voor de discussie over enige actuele aspecten van materieel strafrecht', *DD* 2013/47, afl. 7, p. 442-465.

Montesquieu (1748) 2006

C. de Montesquieu, *Over de geest van de wetten*, Amsterdam: Boom 2006 (*De l'Esprit des Loix* 1748, vertaald door Jeanne Holierhoek).

Mooij 2015

A. Mooij, *In de greep van de taal*, Amsterdam: Sijbbolet 2015.

- National Vigilance Association 1899
National Vigilance Association, *The White Slave Trade. Transactions of the International Congress on the White Slave Trade*, Londen: Office of the National Vigilance Association 1899.
- Nationaal Rapporteur 2002
Nationaal Rapporteur Mensenhandel, *Eerste rapportage van de Nationaal Rapporteur*, Den Haag: Bureau NRM 2002.
- Nationaal Rapporteur 2012
Nationaal Rapporteur, *Mensenhandel. Jurisprudentie in mensenhandelzaken 2009-2012. Een analyse*, Den Haag: Nationaal Rapporteur 2012.
- Nationaal Rapporteur 2015
Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen, *Mensenhandel in en uit beeld. Update cijfers mogelijke slachtoffers 2010-2014*, Den Haag: Nationaal Rapporteur 2015.
- Nationaal Rapporteur 2015b
Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen, *De klant erbij. De strafbaarstelling van seks met 16- en 17-jarigen tegen betaling*, Den Haag: Nationaal Rapporteur 2015.
- Nationaal Rapporteur 2017
Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen, *Mensenhandel. Tiende rapportage*, Den Haag: Nationaal Rapporteur 2017.
- Nehmelman 2007
R. Nehmelman, 'Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden (1814-)', in: H. Battjes & B.P. Vermeulen (red.), *Constitutionele klassiekers*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, p. 125-145.
- Nieboer, DD 1981
W. Nieboer, 'De materiële dogmatiek – renovatie nodig', *DD* 1981, p. 503-505.
- Nieboer 1991
W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991.
- Obokata 2006
T. Obokata, *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective. Towards a Holistic Approach*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff 2006.
- OM-Werkgroep Vrouwenhandel 1988
OM-Werkgroep Vrouwenhandel, *Rapport van de Werkgroep Vrouwenhandel*, 15 november 1988.
- Ouwerkerk 2017
J. Ouwerkerk, *Herijking van Uniestrafrecht. Over grondslagen voor strafrechtelijke regelgeving in de Europese Unie* (oratie Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2017.
- Pelser 1995
C.M. Pelser, *De naam van het feit. Over de kwalificatiebeslissing in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995.
- Peristeridou 2015
C. Peristeridou, *The principle of legality in European criminal law* (diss. Maastricht), Antwerpen: Intersentia 2015.

- Peršak 2007
N. Peršak, *Criminalising Harmful Conduct. The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*, New York: Springer 2007.
- Peters 1966
A.A.G. Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1966.
- Peters 1972
A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1972.
- Pluskota 2017
M. Pluskota, 'Prostitution in The Hague, Rotterdam and Amsterdam', in: J.M. Chaumont, M. Rodriguez Garcia, P. Servais (red.), *Trafficking in Women (1924-1926). The Paul Kinsie Reports for the League of Nations*, Genève: Verenigde Naties 2017.
- Pompe 1935
W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandsche strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1935.
- Pompe 1947
W.P.J. Pompe, *Strafrecht en zedelijkheid* (rede, Vereniging tot het bevorderen van de beoefening der wetenschap onder de katholieken in Nederland), Den Haag: Ten Hagen's Drukkerij en Uitgeverij Maatschappij 1947.
- Pompe 1956
W.P.J. Pompe, *Geschiedenis der Nederlandsche rechtswetenschap*, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1956.
- Popper (1945) 2009
K.R. Popper, *De open samenleving en haar vijanden*, Rotterdam: Lemniscaat 2009 (*The open society and its enemies* 1945, vertaald door H. Daalder & S. Van Luchene).
- Reijntjes 2003
J.M. Reijntjes, 'Het aantonen van opzet. Over de verhouding tussen vorm en materie in het strafrecht', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen* (De Hullu-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 473-490.
- Righart 1995
H. Righart, *De eindeloze jaren zestig. Geschiedenis van een generatieconflict*, Amsterdam/Antwerpen: De Arbeiderspers 1995.
- Rijken 2003
C.R.J.J. Rijken, *Trafficking in persons. Prosecution from a European perspective* (diss. Tilburg), Den Haag: T.M.C. Asser Press 2003.
- Ronteltap, *NJB* 2018/1949
P. Ronteltap, 'Strafrechtelijke gegevens in het bestuursrecht', *NJB* 2018/1949, afl. 37, p. 2820-2827.
- Roos, de, 1987
Th. A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987.

- Roxin 1994
C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1994.
- Rozemond 1998
N. Rozemond, *Strafvoorderlijke rechtsvinding* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Gouda Quint 1998.
- Rozemond 2011
N. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.
- Rutgers 1992
M. Rutgers, *Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1992.
- Salden, Groniek 1980
M. Salden, 'Artikel 248bis Wetboek van Strafrecht. De geschiedenis van een strafbaarstelling', *Groniek* 1980, afl. 1, p. 38-48.
- Savornin Lohman, de, 1881
W.H. de Savornin Lohman, *De verhouding van den staat tot de prostitutie*, Groningen: J.B. Wolters 1881.
- Schaffmeister & Heijder 1983
D. Schaffmeister & A. Heijder, 'Concretisering van de wederrechtelijkheid in het strafrecht', in: E.A. de la Porte e.a. (red.), *Bij deze stand van zaken. Bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 441-474.
- Schalken 1972
T.M. Schalken, *Pornografie en strafrecht. Beschouwingen over het pornografiebegrip en zijn juridische hanteerbaarheid* (diss. Amsterdam VU), Arnhem: Gouda Quint/Brouwer 1972.
- Scholtes, JV 1987
J.T.I. Scholtes, 'Recente ontwikkelingen rond prostitutie', *JV* 1987, afl. 1, p. 45-71.
- Schwitters 2008
R.J.S. Schwitters, *Recht en samenleving in verandering. Een inleiding in de rechtssociologie*, Deventer: Kluwer 2008.
- Seher 2003
G. Seher, 'Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff', in: R. Hefendehl, A. von Hirsch & W. Wohlers (red.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2003, p. 39-56.
- Sikkema, DD 1999
E. Sikkema, 'Weten en begrijpen: onbegrijpelijke begrippen?', *DD* 1999, afl. 10, p. 998-1015.
- Siller 2017
N.J. Siller, *Trafficking in Persons under International Law and its Incorporation within Enslavement as a Crime against Humanity* (diss. Groningen), 2017.
- Simons 1911
D. Simons, *Het Wetboek van Strafrecht van 1881 en de bestrijding van de misdadigheid*, Den Haag: Belinfante 1911.

Simons 1927

D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht. Eerste deel. Algemeene Leerstukken*, Groningen: P. Noordhoff 1927.

Simester & von Hirsch 2014

A.P. Simester & A. von Hirsch, *Crimes, Harms, and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2014.

Sinnige 2017

V.M.A. Sinnige, *De systematiek van de vermogensdelicten. Reden voor verandering?* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Smidt I 1891

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Eerste deel*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.

Smidt II 1891

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Tweede deel*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.

Snow, *Proceedings of the Academy of Political Science in the City of New York* 1926

W.F. Snow, The Program of the League of Nations Advisory Committee on the Traffic in Women and the Protection and Welfare of Children and Young People, *Proceedings of the Academy of Political Science in the City of New York* 1926, afl. 1, p. 411-417.

Stoffels 1964

H.K.A. Stoffels e.a., *Prostitutie en strafrecht. Rapport van de commissie ingesteld bij besluit van de Minister van Justitie van 21 maart 1982, Stafafdeling wetgeving nr. 88/662*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1964.

Stratenwerth, ZStW 1993

G. Stratenwerth, 'Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?', ZStW 1993, afl. 4, p. 679-696.

Stratenwerth 2003

G. Stratenwerth, 'Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter', in: R. Hefendehl, A. von Hirsch & W. Wohlers (red.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2003, p. 255-260.

Strijards 1986

G.A.M. Strijards, 'Geschiedenis van het wetboek van strafrecht na de codificatie', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenkboek honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 31-56.

Swoboda, ZStW 2010

S. Swoboda, 'Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen', ZStW 2010, afl. 1, p. 24-50.

Tak 1978

P.J.P. Tak, *Leven en laten leven. Over paternalistische strafwetgeving* (oratie), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978.

UNODC 2006

UNODC, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, New York: Verenigde Naties 2006.

UNODC 2013

UNODC, *Abuse of a position of vulnerability and other 'means' within the definition of trafficking in persons*, New York: Verenigde Naties 2013.

Veerman 2012

G.J. Veerman (met medewerking van D. de Kok & B.J. Clement), *Over wetgeving. Principes, paradoxen en praktische beschouwingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

Verburg 2001

M.E. Verburg, *Geschiedenis van het Ministerie van Justitie. Deel II: 1898-1940*, Den Haag: Sdu uitgevers 2001.

Vermunt 1984

D.J.P.M. Vermunt, *Onrecht en wederrechtelijkheid in de strafrechtsdogmatiek* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1984.

Verrest 2018

P.A.M. Verrest, 'Ter introductie: rechtsvergelijking voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering', in: P.A.M. Verrest & P.A.M. Mevis (red.), *Rechtsvergelijkende inzichten voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

Voorde, ten, *Utrecht Law Review* 2014

J.M. ten Voorde, 'Prohibiting Remote Harms: On Endangerment, Citizenship and Control', *Utrecht Law Review* 2014, afl. 1, p. 163-179.

Voorde, ten, 2016

J.M. ten Voorde, 'Strafbaarstelling van nieuwe vormen van ongewenste seksuele gedragingen in Nederlandse zedenwetgeving', in: *Noodtoestand in het publiekrecht. Strafbaarstelling van nieuwe vormen van ongewenste seksuele gedragingen. Schadebegroting en tijdsverloop* (Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 2016), Den Haag: Boom Juridisch, p. 191-256.

Voorde, ten, 2017

J.M. ten Voorde, 'Het Wetboek van Strafrecht ter discussie', in: B. Leeuw, P. Ölcer & J.M. ten Voorde (red.), *Leidse gedachten voor een modern straf(proces)recht*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 21-43.

Vormbaum, *ZStW* 2011

T. Vormbaum, 'Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik', *ZStW* 2011, afl. 4, p. 660-690.

Vries, de, 1997

P. de Vries, *Kuisheid voor mannen, vrijheid voor vrouwen. De reglementering en bestrijding van prostitutie in Nederland, 1850-1911*, Hilversum: Verloren 1997.

Waaldijk 1994

C. Waaldijk, *Motiveringsplichten van de wetgever* (diss. Maastricht), Lelystad: Koninklijke Vermande 1994.

Walters 1952

F.P. Walters, *A History of the League of Nations*, New York: Oxford University Press 1952.

Witteveen, *RegelMaat* 2004

W.J. Witteveen, 'Machiavelli en het initiatief van de wetgever', *RegelMaat* 2004, afl. 6, p. 231-237.

Witteveen, *RegelMaat* 2010

W.J. Witteveen, 'Calvino en de onzichtbare wetgever', *RegelMaat* 2010, afl. 6, p. 352-360.

Witteveen 2014

W.J. Witteveen, *De wet als kunstwerk. Een andere filosofie van het recht*, Amsterdam: Boom 2014.

Woude, van der, Brouwer & Dekkers 2016

M.A.H. van der Woude, J. Brouwer & T.J.M. Dekkers, *Beslissen in grensgebieden. Een onderzoek naar het Mobiel Toezicht Veiligheid zoals uitgevoerd door de Koninklijke Marechaussee*, Den Haag: Boom criminologie 2016.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1904/05, 80, 2
Kamerstukken II 1904/05, 80, 3
Kamerstukken II 1908/09, 293, 1-2
Kamerstukken II 1908/09, 293, 3
Kamerstukken II 1910/11, 28, 5-6
Handelingen II 1910/11, 28, p. 1571-1596
Handelingen I 1910/11, 28, p. 525-546
Kamerstukken II 1910/11, 310, 4
Kamerstukken II 1911/12, 28, 5-6
Kamerstukken II 1934/35, 340, 3
Kamerstukken II 1935/36, 85, 2
Kamerstukken II 1983/84, 18202, 3
Kamerstukken II 1983/84, 18202, 4
Kamerstukken II 1983/84, 18542, 2
Kamerstukken II 1985/86, 18202, 5
Kamerstukken II 1985/86, 18202, 6-7
Handelingen II 1986/87, 66, p. 3478-3503
Kamerstukken I 1986/87, 18202, 180a
Kamerstukken II 1986/87, 20034, 1
Handelingen II 1987/88, 32, p. 1-30
Kamerstukken II 1988/89, 21027, 3
Kamerstukken II 1990/91, 21027, 5
Kamerstukken II 1990/91, 21027, 8
Kamerstukken II 1990/91, 21027, 6
Kamerstukken I 1992/93, 21027, 54
Kamerstukken I 1993/94, 18202 en 21027, 127a
Kamerstukken II 1996/97, 25437, 3
Kamerstukken II 1997/98, 25437, 5-6
Kamerstukken II 1998/99, 25437, 15
Kamerstukken II 1998/99, 25437, 17
Handelingen II 1998/99, 46, p. 3179-3180
Handelingen I 1999/00, 2, p. 29
Kamerstukken II 2000/01, 27745, 1-2
Kamerstukken II 2000/01, 27745, 3
Kamerstukken II 2003/04, 29291, 3
Kamerstukken II 2003/04, 29291, 6
Kamerstukken II 2003/04, 29291, 7
Aanhangsel Handelingen II 2013/14, 940.

Jurisprudentie

EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

- EHRM 26 maart 1985, ECLI:NL:XX:1985:AC8813, NJ 1985/525, m.nt. E.A. Alkema (*X en Y/Nederland*)
- EHRM 28 oktober 1998, NJ 2000/34, m.nt. E.A. Alkema (*Osman/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 26 juli 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0726JUD007331601 (*Siliadin/Frankrijk*)
- EHRM 7 januari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0107JUD002596504 (*Rantsev/Cyprus en Rusland*)
- EHRM 30 maart 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0330JUD002188415 (*Chowdury e.a./Griekenland*)
- EHRM 19 juli 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0719JUD006056114 (*S.M./Kroatië*)

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

- HR 21 september 1948, ECLI:NL:HR:1948:16, NJ 1949/13, m.nt. W.P.J. Pompe
- HR 20 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:135, NJ 1959/102, m.nt. W.P.J. Pompe
- HR 5 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AB8977, NJ 1982/232, m.nt. Th.W. van Veen (*Gevangenisvoedsel II*)
- HR 11 maart 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC1906, NJ 1986/737
- HR 19 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:AD1669, NJ 1992/716
- HR 6 juli 1999, ECLI:NL:HR:1999:AB9475, NJ 1999/701
- HR 18 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:ZD1788, NJ 2000/443
- HR 5 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5235, NJ 2002/546
- HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, NJ 2003/552, m.nt. Y. Buruma (*HIV-I*)
- HR 20 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3425, NJ 2006/35
- HR 19 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9215, NJ 2006/525
- HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099, NJ 2010/598, m.nt. Y. Buruma (*Chinese horeca*)
- HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR0448
- HR 10 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:670, NJ 2015/443, m.nt. A.H. Klip
- HR 20 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1174, NJ 2014/292, m.nt. red. aant.

- HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3498, *NJ* 2015/212, m.nt. N. Roze-
mond
- HR 8 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2467, *NJ* 2015/374
- HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3309, *NJ* 2016/313, m.nt.
P.H.P.H.M.C. van Kempen
- HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:554, *NJ* 2016/315, m.nt. P.H.P.H.M.C.
van Kempen
- HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:857, *NJ* 2016/314, m.nt. P.H.P.H.M.C.
van Kempen
- HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2771, *NJ* 2017/5, m.nt. red. aant.
- HR 20 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2909, *NJ* 2017/16
- HR 16 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:884
- HR 13 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1074, *NJ* 2017/339, m.nt. P.A.M. Mevis
- HR 3 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:3483
- HR 20 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:367, *NJ* 2018/326, m.nt. N. Rozemond
- HR 2 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1823, *NJ* 2018/402
- HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1941
- HR 15 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:39, *NJ* 2019/61
- HR 23 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:664

GERECHTSHOVEN

- Hof 's Hertogenbosch 30 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC3000
- Hof Arnhem-Leeuwarden 16 november 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:
BK7664
- Hof Den Haag 26 juli 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX3884
- Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY3792
- Hof Den Haag 6 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3398
- Hof Den Haag 6 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3595
- Hof 's-Hertogenbosch 17 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4705
- Hof Arnhem-Leeuwarden 4 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9416
- Hof Arnhem-Leeuwarden 26 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4639
- Hof Arnhem-Leeuwarden 20 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3907
- Hof Den Haag 15 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2681

RECHTBANKEN

- Rb. Haarlem 8 december 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO8985
- Rb. Midden-Nederland 9 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2679
- Rb. Limburg 24 november 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:10078
- Rb. Den Haag 30 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:7262
- Rb. Noord-Holland 7 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7507
- Rb. Den Haag 23 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:3899

Bijlage

ARTIKEL 273F (ALS GELDEND OP 4 JUNI 2019)

1. Als schuldig aan mensenhandel wordt met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie gestraft:

1°. degene die een ander door dwang, geweld of een andere feitelijkheid of door dreiging met geweld of een andere feitelijkheid, door afpersing, fraude, misleiding dan wel door misbruik van uit feitelijke omstandigheden voortvloeiend overwicht, door misbruik van een kwetsbare positie of door het geven of ontvangen van betalingen of voordelen om de instemming van een persoon te verkrijgen die zeggenschap over die ander heeft, werft, vervoert, overbrengt, huisvest of opneemt, met inbegrip van de wisseling of overdracht van de controle over die ander, met het oogmerk van uitbuiting van die ander of de verwijdering van diens organen;

2°. degene die een ander werft, vervoert, overbrengt, huisvest of opneemt, met inbegrip van de wisseling of overdracht van de controle over die ander, met het oogmerk van uitbuiting van die ander of de verwijdering van diens organen, terwijl die ander de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt;

3°. degene die een ander aanwerft, medeneemt of ontvoert met het oogmerk die ander in een ander land ertoe te brengen zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met of voor een derde tegen betaling;

4°. degene die een ander met een van de onder 1° genoemde middelen dwingt of beweegt zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van arbeid of diensten of zijn organen beschikbaar te stellen dan wel onder de onder 1° genoemde omstandigheden enige handeling onderneemt waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander zich daardoor beschikbaar stelt tot het verrichten van arbeid of diensten of zijn organen beschikbaar stelt;

5°. degene die een ander ertoe brengt zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met of voor een derde tegen betaling

of zijn organen tegen betaling beschikbaar te stellen dan wel ten aanzien van een ander enige handeling onderneemt waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander zich daardoor beschikbaar stelt tot het verrichten van die handelingen of zijn organen tegen betaling beschikbaar stelt, terwijl die ander de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt;

6°. degene die opzettelijk voordeel trekt uit de uitbuiting van een ander;

7°. degene die opzettelijk voordeel trekt uit de verwijdering van organen van een ander, terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat diens organen onder de onder 1° bedoelde omstandigheden zijn verwijderd;

8°. degene die opzettelijk voordeel trekt uit seksuele handelingen van een ander met of voor een derde tegen betaling of de verwijdering van diens organen tegen betaling, terwijl die ander de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt;

9°. degene die een ander met een van de onder 1° genoemde middelen dwingt dan wel beweegt hem te bevoordelen uit de opbrengst van diens seksuele handelingen met of voor een derde of van de verwijdering van diens organen.

2. Uitbuiting omvat ten minste uitbuiting van een ander in de prostitutie, andere vormen van seksuele uitbuiting, gedwongen of verplichte arbeid of diensten, met inbegrip van bedelarij, slavernij en met slavernij te vergelijkende praktijken, dienstbaarheid en uitbuiting van strafbare activiteiten.

3. De schuldige wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie, indien:

1°. de feiten, omschreven in het eerste lid, worden gepleegd door twee of meer verenigde personen;

2°. degene ten aanzien van wie de in het eerste lid omschreven feiten worden gepleegd een persoon is die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt dan wel een ander persoon is bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt;

3°. de feiten, omschreven in het eerste lid, zijn voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld.

4. Indien een van de in het eerste lid omschreven feiten zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft of daarvan levensgevaar voor een ander te duchten

is, wordt gevangenisstraf van ten hoogste achttien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.

5. Indien een van de in het eerste lid omschreven feiten de dood ten gevolge heeft, wordt levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste dertig jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.
6. Onder kwetsbare positie wordt mede begrepen een situatie waarin een persoon geen andere werkelijke of aanvaardbare keuze heeft dan het misbruik te ondergaan.
7. Artikel 251 is van overeenkomstige toepassing.

Curriculum vitae

Mr. L.B. (Luuk) Esser werd op 1 december 1986 geboren te Barneveld. Na zijn eindexamen aan het Johannes Fontanus College te Barneveld, studeerde hij Journalistiek aan de School voor Journalistiek in Utrecht, waar hij in 2008 afstudeerde. Daarna studeerde hij Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Utrecht. Hij behaalde zijn meestersdiploma *cum laude* in 2012 aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen. In 2014 ving hij aan met de werkzaamheden aan dit proefschrift, dat hij als buitenpromovendus schreef in zijn hoedanigheid van onderzoeker bij de Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen, waar hij van 2012 tot en met 2017 werkzaam was. In 2018 en 2019 werkte hij als wetgevingsjurist bij de Directie Wetgeving en Juridische Zaken van het Ministerie van Justitie en Veiligheid (Afdeling Straf- en sanctierecht). Daar werkte hij onder meer mee aan het project dat moet leiden tot een gemoderniseerd Wetboek van Strafvordering. Per 1 juni 2019 is Luuk Esser als universitair docent straf- en strafprocesrecht verbonden aan het Instituut voor Strafrecht & Criminologie van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. Naast het reguliere onderzoek en onderwijs, verzorgt hij in Leiden ook het Keuzevak Mensenhandel en coördineert hij het postacademisch onderwijs over mensenhandel voor juridische professionals. Daarnaast werkt Esser als auteur mee aan *Tekst & Commentaar Strafrecht* en *Tekst & Commentaar Internationaal strafrecht* (Wolters Kluwer).

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden zijn in 2018 en 2019 verschenen:

- MI-300 N.N. Koster, *Crime victims and the police: Crime victims' evaluations of police behavior, legitimacy, and cooperation: A multi-method study*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-301 J. Zhu, *Straightjacket: Same-Sex Orientation under Chinese Family Law – Marriage, Parenthood, Eldercare*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-302 X. Li, *Collective Labour Rights and Collective Labour Relations of China*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 0280 924 4
- MI-303 F. de Paula, *Legislative Policy in Brazil: Limits and Possibilities*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 028 0957 2
- MI-304 C. Achmad, *Children's Rights in International Commercial Surrogacy: Exploring the challenges from a child rights, public international human rights law perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 028 1061 5
- MI-305 E.B. Beenakker, *The implementation of international law in the national legal order – A legislative perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-306 Linlin Sun, *International Environmental Obligations and Liabilities in Deep Seabed Mining*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-307 Qiulin Hu, *Perspectives on the Regulation of Working Conditions in Times of Globalization – Challenges & Obstacles Facing Regulatory Intervention*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-308 L.M. de Hoog, *De prioriteitsregel in het vermogensrecht*, (diss. Leiden), Vianen: Proefschrift maken.nl 2018
- MI-309 E.S. Daalder, *De rechtspraakverzamelingen van Julius Paulus. Recht en rechtvaardigheid in de rechterlijke uitspraken van keizer Septimius Severus*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2018, ISBN 978 94 6290 556 6, ISBN 978 94 6274 946 7 (e-book)
- MI-310 T.H. Sikkema, *Beginsel en begrip van verdeling*, (diss. Leiden), Vianen: Proefschrift maken.nl 2018, ISBN 978 94 9301 997 3
- MI-311 L. Kools, *Essays on wealth, health and data collection*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 0281 168 1
- MI-312 S. Voskamp, *Onderwijsovereenkomst. Contractenrechtelijke leerstukken toegepast op de rechtsverhouding tussen school, leerling en ouders in het primair en voortgezet bekostigd onderwijs*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2018, ISBN 978 94 6290 585 6
- MI-313 S. van der Hof e.a. (red.), *Recht uit het hart*, (liber amicorum W. Hins), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 028 1310 4
- MI-314 D. Kong, *Civil Liability for Damage caused by Global Navigation Satellite System*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-315 T.B.D. van der Wal, *Nemo condicit rem suam. Over de samenloop tussen de rei vindicatio en de condictio*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019
- MI-316 R. Zandvliet, *Trade, Investment and Labour: Interactions in International Law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019
- MI-317 M. de Jong-de Kruijf, *Legitimiteit en rechtswaarborgen bij gesloten plaatsingen van kinderen. De externe rechtspositie van kinderen in gesloten jeugdhulp gezien vanuit kinder- en mensenrechten*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019
- MI-318 R.J.W. van Eijk, *Web Privacy Measurement in Real-Time Bidding Systems. A Graph-Based Approach to RTB system classification*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019, ISBN 978 94 028 1323 4
- MI-319 M.P. Sombroek-van Doorm, *Medisch beroepsgeheim en de zorgplicht van de arts bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, ISBN 978 94 6236 906 1
- MI-320 Y. Tan, *The Rome Statute as Evidence of Customary International Law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019
- MI-321 T. van der Linden, *Aanvullend Verrijktingsrecht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, ISBN 978 94 6290 678 5, e-ISBN 978 94 6274 544 5

- MI-322 L.B. Louwerse, *The EU's Conceptualisation of the Rule of Law in its External Relations. Case studies on development cooperation and enlargement*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019
- MI-323 I. Antonaki, *Privatisations and golden shares. Bridging the gap between the State and the market in the area of free movement of capital in the EU*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019
- MI-324 E. Cammeraat, *Economic Effects of Social Protection*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019
- MI-325 L.B. Esser, *De strafbaarstelling van mensenhandel ontrafeld. Een analyse en heroriëntatie in het licht van rechtsbelangen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, ISBN 978 94 6290 697 6