



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).

Cover Page



Universiteit Leiden



The following handle holds various files of this Leiden University dissertation:
<http://hdl.handle.net/1887/77057>

Author: Esser, L.B.

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

Issue Date: 2019-09-25

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 Mensenhanderverdrag 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 behoeft 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 geveerde 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 delictsomschrijving (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 'wegnemer' 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 dientengevolge 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 strijdvraag 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 verdienen, 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 smeekbedes 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-1*). 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 wilscapcomponent

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 delictomschrijving 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 delictomschrijving 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 delictomschrijving 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 gevergde 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 algemene-talige, 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 ‘slechtheid’ 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 uitbuitings-situatie 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 gevolgd '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 delictomschrijving 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 vernoemde 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 delictomschrijving van art. 273f, eerste lid aanhef en onder 1^o, 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 delictomschrijving 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 gegeven. 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 hoeft 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 bestanddelenniveau 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 momenten [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 prostituée 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.

Vooraf 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^o 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 chauffeurs. 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.

(...)

ARTIKELSGEWIJS

(...)

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^o, 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 delictomschrijving 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 uitbuitingsbestanddeel. 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^o, 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

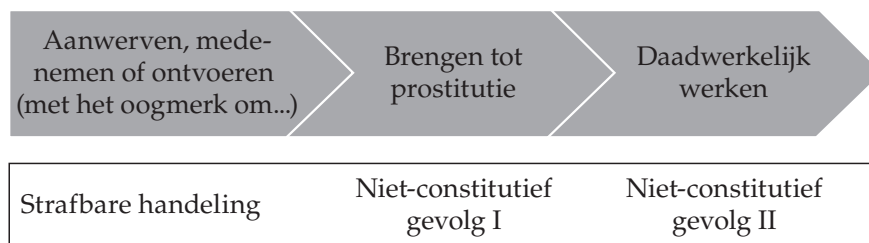
Nu de Hoge Raad het bestanddeel 'uitbuiting' ook in sublid 3 heeft ingelezen, ligt het voor de hand ook hier voor de beoordeling van dit bestanddeel gebruik te maken van de in het *Chinese horeca*-arrest neergelegde criteria.¹²² De vraag rijst dan wel meteen welke situatie dan precies op grond van die 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 *delictisaccidentalia* 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 gezien 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 bewezenverklarde 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 dienstenvervolg 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 wetgeschiedenis 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 uitbuitingbestanddeel 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, gezien 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 fasen 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 bestaan. 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: opneming 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 aange-richt 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 horeca-personeel 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 stuwen. 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^o, 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^o, een bewuste keuze van de wetgever aan ten grondslag. Anders dan de raadvrouw 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 delictomschrijving te laten zijn. Voor een bewezenverklaring van mensenhandel, zoals bedoeld in artikel 273f, eerste lid, sub 4^o, 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 aansprakelijkheid 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 delictomschrijving 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 hasjiesj 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 wethistorische 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.

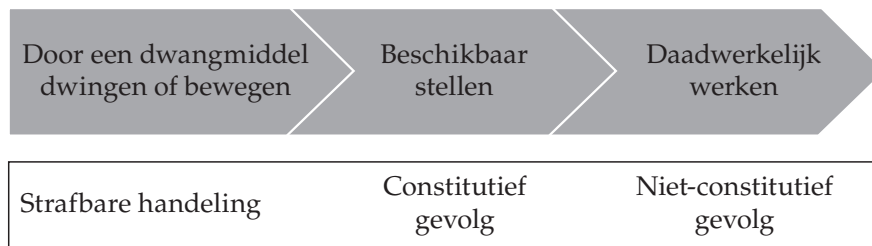
In het navolgende wordt bekeken welke de implicaties zijn van de uitleg die de Hoge Raad in dit arrest heeft gegeven. Omdat het inlezen van het uitbuitingsbestanddeel met gebruikmaking van dezelfde argumenten is gebeurd als bij sublid 3 wordt een bespreking van de wijze waarop de Hoge Raad tot dat inlezen 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 wettekst 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-accidentialia* 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 behoeft 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 bewijzen 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 verontschuldgbare (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 schuldsluitingsgrond 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 verontschuldgbaar 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 vervolgte verdachte een beroep op verontschuldgbare 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. Vervolging 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 doleus 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 uitsluitel. 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 brengen'. 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 blijkens 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 ontkenkend:

‘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 zedenmisdrijven. 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 zedenmisdrijf 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 opneming 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 klaroenstoot 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 behoeft 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 delictomschrijving 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^o bedoelde omstandigheden zijn verwijderd.

De constructie van dit misdrijf is dezelfde als die is gehanteerd bij sub 6. Ook hier bestaat de verwijfbare 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 delictomschrijving 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 delictomschrijving 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 Israëliische *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 duid 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 doorslaggevendere 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 opnemng 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.

delictsomschrijvingen,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) blijkens 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^o, Sr beduidend beperkter is dan die in art. 273f, eerste lid aanhef en onder 9^o in samenhang met art. 273f, eerste lid aanhef en onder 1^o, Sr.

2.4.2. Dit brengt mee dat de in art. 273f, eerste lid onder 9^o, 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^o, 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) delictsomscripties. 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 invoering 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. Probleematisch 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 wets eigenschappen – 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 dientengevolge 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 bewezenverklaarde, *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, dientengevolge, 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 delictomschrijvingen 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 beschermd 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.