



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

7 | Reflectie op de bevindingen

In dit onderzoek heeft de strafbaarstelling van mensenhandel in artikel 273f van het Wetboek van Strafrecht centraal gestaan. Gebleken is dat deze het resultaat is van uiteenlopende wetgevingsprocessen en product van diverse tijdsgewrichten. Wie de historie ervan gecompriëerd en van een afstand bekijkt, wordt gewaar dat de ontwikkelingen in de strafbaarstelling van mensenhandel in Nederland nooit op zichzelf hebben gestaan, maar telkens ook onderdeel zijn geweest van een breder maatschappelijk debat. Niet alleen stonden daarin de zorgen centraal over diegenen die slachtoffer van de mensenhandel werden, of daartoe kwetsbaar zouden zijn, altijd was er ook discussie over de vraag wat de strafrechtsvormende staat vermag als hij zich op het terrein van het individueel zedelijk leven begeeft. Zo bezien gaat het bij de strafbaarstelling van mensenhandel om ‘problematisch recht’.¹ Steeds heeft de wetgever moeten laveren tussen het via zijn strafrecht bieden van adequate bescherming en het bewaken van een voldoende ruime vrijheidssfeer die in een rechtsstaat gewaarborgd moet worden en waaraan het strafrecht juist ook zijn rechtskarakter ontleent.² Hoewel het voor de strafwetgever in zekere zin altijd tussen deze twee uitersten bewegen is, worden deze aspecten door de aard van het mensenhandelthema nog eens extra geaccentueerd.

Een andere opvallende constante: in de bijna 150 jaar die zijn verstreken sinds in Europa de eerste aanzetten werden gedaan tot strafbaarstelling van de ‘white slave traffic’ heeft het thema eigenlijk altijd wel kunnen rekenen op de warme belangstelling van bovennationale wetgevers. De *internationalisering* en *europeanisering* van de mensenhandelproblematiek waren al ingezet, zo kan worden gezegd, ruim voordat de Verenigde Naties, de Raad van Europa en de Europese Unie waren opgericht: het is alleen om die reden al onterecht dat maar al te vaak de indruk wordt gewekt dat pas in 2000 de eerste, mondiale mensenhandeldefinitie in omloop kwam. Tegelijkertijd doet dit niet af aan de inspanningen die deze instituties zich vooral ook in de afgelopen twee decennia hebben getroost. Wie het beeld overziet, kan niet anders dan spreken in termen van een meergelaagde rechtsorde bestaande uit meerdere bovennationale wetgevers, die grote invloed hebben gehad, en nog steeds uitoefenen, op de wijze waarop de strafbaarstelling van mensenhan-

1 De term is ontleend aan De Hullu, die deze gebruikt voor de omschrijving van het gehele strafrecht. De Hullu 2018, p. 21-23.

2 Peters 1972. Zie ook 't Hart 1994, p. 217.

del in ons wetboek is ingericht en door de rechter wordt uitgelegd en toegepast.

Het artikel waarin mensenhandel in het wetboek is strafbaar gesteld, artikel 273f, is alleen al vanwege deze achtergrond complex. Die complexiteit wordt verder in de hand gewerkt door de wijze waarop die bepaling is geredigeerd. De wetgever heeft ervoor gekozen uiteenlopende gedragingen in artikel 273f op te nemen – in dezelfde titel dus – en telkens te voorzien van datzelfde etiket: *mensenhandel*. Voor degene die voor het eerst met deze strafbaarstelling te maken krijgt, is dit meteen een bevreemdende ervaring. De gedragingen in artikel 273f heten allemaal hetzelfde, en worden met dezelfde maximale gevangenisstraf van twaalf jaar bedreigd, maar verschillen in aard en ernst en worden in de rechtspraak ook anders gewogen. Bovendien heeft de wetgever zich met betrekking tot de uitleg van belangrijke onderdelen van de gedragingen in artikel 273f op de vlakte gehouden. Zo zijn in de wetsgeschiedenis relatief weinig met mensenhandel samenhangende begrippen van een nadere uitleg voorzien. Hoe bijvoorbeeld de wetgever zich de relatie tussen het veelgenoemde begrip ‘uitbuiting’ en mensenhandel heeft gedacht, laat zich moeilijk uit de wetshistorische stukken afleiden. Ook over de onderlinge verhouding tussen de gedragingen uit het eerste lid wordt men uit de wetsgeschiedenis nauwelijks wijzer.

Aan de rechtspraak is veel ruimte gelaten om de betekenis en het toepassingsbereik van de in artikel 273f neergelegde gedragingen verder uit te kristalliseren en zo heeft de wetgever het blijkens de parlementaire stukken ook voor ogen gehad. De vraag is dan natuurlijk of, en zo ja, hoe de Hoge Raad die handschoenen heeft opgepakt. Het antwoord op de eerste vraag is een eenvoudig ‘ja’. De tweede vraag laat zich uiteenlopend beantwoorden. De rechtspraak van de Hoge Raad overziend worden drie hoofdlijnen zichtbaar. Ten eerste valt op, zeker in de laatste jaren, dat de Hoge Raad duidelijke grenzen heeft willen stellen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid die op grondslag van artikel 273f, eerste lid, kan worden gevestigd.³ Te zien is dat geweest aan het restrictief interpreteren van verschillende gedragingen. Zo is in sommige subleden van het eerste lid een extra impliciet bestanddeel ingelezen, opdat het toepassingsbereik ervan zou worden ingeperkt.⁴ Ten tweede valt op dat minderjarigen van deze restrictieve tendens zijn uitgesloten: voor hen is de strafrechtelijke beschermingsomvang op grond van de strafbaarstelling van mensenhandel intact gelaten of juist uitgebreid.⁵ Ten derde, de laatste hoofdlijn, is te zien dat de Hoge Raad mettertijd meer duidelijkheid heeft verschaft over de betekenis van de delictsomschrijvingen, of bestanddelen daarvan, in het eerste lid. Het uitgebreid besproken *Chinese horeca*-arrest, uit

3 Zie ook paragraaf 5.9.

4 Het gaat om de subleden 3, 4 en 9. Zie voor een bespreking van de betreffende rechtspraak paragrafen 5.4.2.4, 5.5.2.2 en 5.8.2.

5 Zie paragrafen 5.3 en 5.6.

2009 alweer, is nog steeds maatgevend voor het begrip van de uit het internationaal recht afkomstige kerngedragingen die in de subleden 1 en 2 zijn opgenomen en zijn betekenis strekt thans – door het inlezen van het uitbuitingsbestanddeel in andere subleden – verder dan ooit.⁶

Het is tijd om de bevindingen die in dit boek zijn gedaan op een abstracter niveau te analyseren. Daartoe worden de resultaten in paragraaf 7.1 vooreerst besproken in het licht van het rechtsbelangenconcept, dat in dit onderzoek een belangrijke plaats heeft toebedeeld gekregen. In paragraaf 7.2 worden de resultaten verder in verband gebracht met enkele andere rechtstheoretische concepten. Zo zal blijken dat de strafbaarstelling van mensenhandel en de wijze waarop die in de praktijk wordt toegepast, ook vanuit het perspectief van rechtszekerheid en het staatsrechtelijke perspectief van de scheiding der machten kunnen worden geproblematiseerd. Waar paragrafen 7.1 en 7.2 de resultaten in retrospectief bekijken, hebben paragrafen 7.3 en 7.4 een vooruitblikkend karakter. In paragraaf 7.3 wordt de vraag opgeworpen welke implicaties de bevindingen uit dit boek moeten hebben voor de inrichting van de strafbaarstelling van mensenhandel in artikel 273f Wetboek van Strafrecht. Paragraaf 7.4 stijgt op naar een meer theoretisch niveau en stelt de vraag centraal welke waarde het rechtsbelangenconcept anno nu nog toekomt, en zou moeten toekomen, in het Nederlands materieel strafrecht. Een lans wordt gebroken voor een hogere waardering van dit concept, dat vanwege zijn rechtsbeschermende, betekenisgevende en constitutionele dimensie zowel op het plan van de wetgever als de rechter een meer geprononceerde plaats verdient, juist in de in complexiteit toenemende omgeving waarin het strafrechtelijk systeem heden ten dage moet functioneren.

7.1 DE LEGITIMITEIT VAN ARTIKEL 273F WETBOEK VAN STRAFRECHT IN HET LICHT VAN HET RECHTSBELANGENCONCEPT

Het rechtsbelangenconcept is uitgebreid behandeld in hoofdstuk 2 van dit boek. Kort gezegd is het rechtsbelang het belang dat met de strafbaarstelling van een gedraging wordt beschermd. Als de vraag wordt gesteld *waarom* bepaald gedrag strafbaar is of dat moet zijn, is het vaak intuïtief het rechtsbelang waaraan gerefereerd wordt. Het ‘waarom’ achter de strafbaarstelling van moord en doodslag is het beschermen van het rechtsbelang van het leven. Diefstal is strafbaar om het vermogen, en het genot daarvan, bescherming te bieden. Mensenhandel is strafbaar om de persoonlijke vrijheid te beschermen.

Het ‘waarom-karakter’ veronderstelt reeds dat aan het rechtsbelang een legitimiteitsdimensie kleeft. Vanzelfsprekend is dit echter niet. Zo is in hoofd-

6 Zie voor een uitgebreide bespreking van dit arrest paragraaf 5.2.2.2.

stuk 2 te zien geweest dat aan dit concept ook een zuiver descriptieve uitleg wordt gegeven: erkend wordt in die optiek *dat* met het strafrecht rechtsbelangen *worden* beschermd, maar verder pretendeert het concept niets.⁷ Een normatieve opvatting doet dat wel en heeft een duidelijk prescriptief karakter. In deze hoedanigheid liggen in het concept, zo werd in hoofdstuk 2 gesteld, twee opdrachten aan de wetgever besloten. In een proces van strafbaarstelling is deze in de eerste plaats gehouden bloot te leggen welk rechtsbelang, of welke rechtsbelangen, hij met zijn wetgeving beoogt te beschermen. In de tweede plaats dient hij duidelijk te kunnen maken hoe zich de relatie tussen de strafbaar te stellen gedraging en het geselecteerde rechtsbelang precies laat denken. Het is dus niet genoeg om alleen een rechtsbelang te selecteren: de wetgever moet de relatie tussen gedraging en rechtsbelang inhoudelijk verantwoorden. Om die reden werd het rechtsbelangenconcept in hoofdstuk 2 een *relationeel concept* genoemd.⁸ Ter inhoudelijke verantwoording van de voornoemde relatie kan de wetgever bijvoorbeeld gebruik maken van de typen delicten die in de materiële strafrechtsdogmatiek worden onderscheiden.⁹ Een materieel omschreven delict heeft, bij wijze van voorbeeld, een directere relatie met het te beschermen rechtsbelang dan zijn formeel omschreven tegenhanger, omdat eerstgenoemde een rechtsbelang krenkend resultaat heeft. De tweede, aan de wetgever gerichte opdracht is van groot belang omdat daarmee in het concrete geval wordt gearticuleerd hoe precies, op welke wijze, de strafbaarstelling aan de bescherming van het rechtsbelang een bijdrage levert, of in elk geval beoogt te leveren.

Een normatieve benaderingswijze van het continentale rechtsbelangenconcept kent gelijkenissen met het bekendere, Angelsaksische ‘schadebeginsel’. Daar waar binnen het rechtsbelangenconcept wordt gesproken over ‘rechtsbelangen’ en ‘bescherming’ gaat het binnen de theorie van het schadebeginsel over ‘belangen’ en ‘schade aan belangen’. In hoofdstuk 2 is te zien geweest dat het hier, hoezeer beide concepten ook een diverse achtergrond kennen, om ‘functionele equivalenten’ gaat; zowel bij het bieden van bescherming aan rechtsbelangen als bij het voorkomen van schade daaraan, gaat het steeds om de vraag naar het nadelig effect van de (strafbaar te stellen) gedraging X op het rechtsbelang Y. Het aantonen van dit effect wordt binnen beide theorieën essentieel geacht voor de legitimiteit van strafbaarstelling.¹⁰

De functie die het concept heeft op het niveau van de wetgever die voornemens is gedrag strafbaar te stellen, waarvoor zonet aandacht was, keert in de literatuur doorgaans terug als de *legitimerende functie*. In het rechtsbelangen-

7 Zie paragraaf 2.2.3.

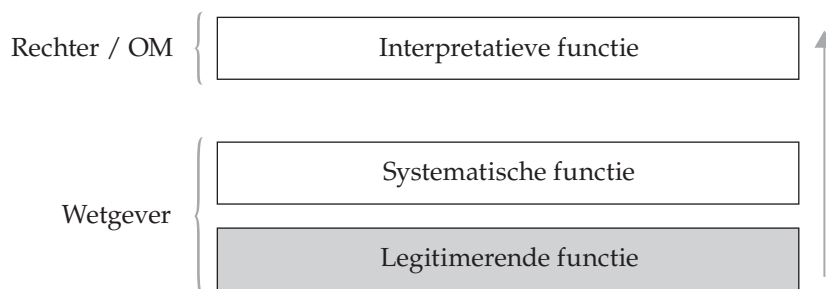
8 Zie paragraaf 2.2.3.

9 Hier laat zich zien dat de bedoelde relatie tussen gedraging en rechtsbelang steeds een *specifiek-juridische* is. Het nadelig effect van een gedraging op het rechtsbelang wordt weliswaar aan de empirie ontleend, maar ter verdere legitimering steeds in juridische termen vertaald.

10 Zie over de parallelle tussen rechtsbelangenconcept en schadebeginsel paragraaf 2.2.3.

concept liggen ook andere functies besloten.¹¹ Die zijn op verschillende niveaus werkzaam. De *systematische functie* is dat op het niveau van de wetgever. Anders dan de legitimeringsfunctie echter – die richting de wetgever een opdracht inhoudt – is de systematische functie de wetgever vooral behulpzaam: in deze hoedanigheid helpt het rechtsbelangenconcept hem zijn codificaties – niet per definitie enkel en alleen het Wetboek van Strafrecht – te ordenen aan de hand van de rechtsbelangen die hij met de door hem strafbaar gestelde gedragingen wil beschermen. Die ordening dient de structuur van het wetboek en heeft daarmee ook in het licht van het legaliteitsbeginsel, en de daaraan ten grondslag liggende notie van rechtszekerheid, een belangrijke rol te vervullen. In Nederland is van een deels op het rechtsbelang georganiseerde structuur sprake: in het Wetboek van Strafrecht zijn verschillende categorieën strafbare feiten nader geordend in titels die refereren aan het beschermde rechtsbelang.

Het beschermde rechtsbelang, ten slotte, kan ook een belangrijke rol spelen in het proces van rechtsvinding door de rechter. Deze functie wordt de *interpretatieve of betekenisverlenende functie* genoemd. Ziet hij zich gesteld voor de vraag hoe een delictsomschrijving, of een bestanddeel daarvan, moet worden uitgelegd en toegepast, dan baseert de rechter zich niet zelden op het rechtsbelang dat met de strafbaarstelling van de betreffende gedraging beschermd wordt. Ook indien hij andere methoden hanteert om de wettelijk omschreven gedraging van een nadere betekenis te voorzien, kan de rechter zich op het rechtsbelang oriënteren, bijvoorbeeld bij het toepassen van de buitenwettelijke kwalificatie-uitsluitingsgrond of bij het ‘concretiseren’ van de wederrechtelijkheid. Hierop wordt in paragraaf 7.4 nog teruggekomen.



Schematische weergave van de functies van het rechtsbelang. De legitimerende functie wordt in dit boek als de hoofdfunctie beschouwd. De pijl in het schema wijst erop dat de functies op het niveau van de wetgever van invloed kunnen zijn op de interpretatieve functie. De interpretatieve functie kan werkzaam zijn op het niveau van de rechter, maar ook op dat van het OM. De werkzaamheid van de interpretatieve functie op het niveau van het OM is in dit boek niet onderzocht.

11 Hoewel deze functies overigens steeds in de sleutel van een legitieme strafrechtshantering staan. Zo bezien hebben ook de systematische en interpretatieve functie een heel duidelijke legitimerende functie.

In dit boek zijn de als mensenhandel strafbaar gestelde gedragingen in artikel 273f, eerste lid, langs de 'meetlat' van het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid gelegd, het rechtsbelang dat de wetgever met de strafbaarstelling primair wenst te beschermen. De confrontatie van die gedragingen met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid is uitgevoerd om te bezien in hoeverre de strafbaarstelling van deze gedragingen zich daadwerkelijk met een beroep op dit rechtsbelang laat legitimeren. Met het beantwoorden van deze vraag wordt als vanzelf ook meer duidelijk over de legitimiteit van de wijze waarop deze gedragingen in het wetboek zijn gestructureerd (als misdrijf tegen de persoonlijke vrijheid). Ook kan een uitspraak worden gedaan over de vraag hoe geëigend rechtsvinding op basis van juist dit rechtsbelang is.

Wat heeft deze confrontatie opgeleverd? In hoofdstuk 5 is uitgebreid onderzoek gedaan naar de aard, strekking en achtergrond van de gedragingen uit het eerste lid van artikel 273f. In hoofdstuk 6 is gebleken dat een deel van die gedragingen niet of nauwelijks met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid samenhangt. In evocatieve zin zou hier wel kunnen worden gesproken van een spectrum, met aan de linkerkant de gedragingen waarvan het verband met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid zwak is, of zelfs niet aanwezig, en aan de andere uiterste kant, de rechterzijde van het spectrum, juist wel sprake is van een sterk verband met dit rechtsbelang. Zo geldt ten aanzien van de gedraging in sublid 3 dat in het geheel geen verband met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid bestaat. Hierin is zakelijk weergegeven strafbaar gesteld *degene die een ander aanwerft, medeneemt of ontvoert met het oogmerk die ander in een ander land ertoe te brengen zich voor, kort gezegd, sekswerk beschikbaar te stellen*. Uit de wetteksten noch uit de wetsgeschiedenis blijkt dat van de delictsomschrijving een vorm van dwang onderdeel uitmaakt en evenmin dat de vrijwilligheid van de 'ander' moet zijn aangetast. Bij herhaling heeft de strafwetgever bovendien aangegeven de brede strekking van deze gedraging te willen behouden en heeft hij daaraan bewust geen restrictieve bestanddelen toegevoegd.

Dat geldt ook, zij het in mindere mate, voor sub 5 en het trekken van profijt uit de daarin neergelegde gedraging (sub 8). In sub 5 is zakelijk weergegeven strafbaar gesteld *degene die een minderjarige ertoe brengt zich beschikbaar te stellen voor sekswerk*. Ook in deze wetteksten zijn geen dwangmiddelen opgenomen, wat de relatie met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid direct onder druk zet. Dat de wetgever er – anders bij sub 3 – van uit is gegaan dat de vrijheid van minderjarigen *per definitie* is geschonden indien zij tot sekswerk worden gebracht, doet hieraan niet af. De gedraging in sub 5 vertoont daarmee – net als het daaraan gelieerde sub 8 – veel meer trekken van een zedendelict, zoals uit de hoofdstukken 5 en 6 duidelijk is gebleken.

In mindere mate – we komen nu steeds rechtser op ons spectrum – geldt dat ook voor de gedragingen die in de subleden 4 en 9 zijn opgenomen. De dwangmiddelen in die subleden wijzen op het eerste gezicht weliswaar op een logische verhouding met het vrijheidsbelang, maar tegelijkertijd geldt dat

die middelen door de wetgever van zo'n brede uitleg zijn voorzien dat de vraag kan worden gesteld of het wel altijd de persoonlijke vrijheid is die in het geding is als deze strafbare gedragingen zijn begaan. In dit kader is ook relevant dat een deel van die middelen door de Hoge Raad is geobjectiveerd en zich dus in zekere zin onttrekt aan de vraag of het betrokken slachtoffer daadwerkelijk onvrijwillig handelde, en dus sprake was van een wederrechtelijke inbreuk op zijn persoonlijke vrijheid.

Het meest met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid hangen samen de subleden 1 en 2 en – via een omweg – ook de profijttrekkersbepalingen in de subleden 6 en 7.¹² In de combinatie van objectieve en subjectieve bestanddelen die in deze gedragingen zijn opgenomen, komt de relatie met het rechtsbelang het beste tot uitdrukking. Deze gedragingen kunnen dan ook rechts in het denkbeeldige spectrum worden gepositioneerd.

Relatie mensenhandelgedragingen met persoonlijke vrijheid

Sub 3	Sub 4	Sub 1/2
Sub 5	Sub 9	Sub 6/7
Sub 8		
Zwak		Sterk

De schematische weergave van het spectrum laat in een oogopslag zien welke gedragingen het zijn waarvan de strafbaarstelling zich met een beroep op de bescherming van de persoonlijke vrijheid moeilijk laat legitimeren. Hier geldt dat de strekking die de wetgever aan die gedragingen heeft willen geven niet strookt met het rechtsbelang dat hij daarmee wilde beschermen. Kort en goed: niet valt in te zien hoe juist de persoonlijke vrijheid met de strafbaarstelling van deze gedragingen gediend is.

Die conclusie doet een probleem op alle functieniveaus van het rechtsbelangenconcept ontstaan. De strafbaarstelling van de gedragingen in de subleden 3, 5 en 8 laat zich in de eerste plaats niet met een beroep op de bescherming van de persoonlijke vrijheid legitimeren. In de tweede plaats betekent dit ook een probleem met betrekking tot de gekozen ordening: de genoemde gedragingen staan op een plaats in het wetboek waar zij evident niet thuishoren. In de derde plaats zorgt dit ervoor dat het rechtsbelang ook op het niveau van de rechter geen gezaghebbende rol meer kan vervullen. Omdat de strafbaarstelling van de gedragingen op basis van het beschermen van de persoonlijke vrijheid

¹² Zie paragraaf 6.1.5.

niet kan worden gerechtvaardigd, verliest ook een interpretatie daarvan op grond van dit rechtsbelang aan legitimiteit.

Toch hebben we in dit boek gezien dat ook de genoemde gedragingen op basis van juist dit rechtsbelang, dat van de persoonlijke vrijheid, zijn afgebakend. In de arresten van de Hoge Raad met betrekking tot de subleden 3 en 4 is dat het meest zichtbaar geworden. Uit het interpretatieschema dat in deze uitspraken besloten ligt, wordt duidelijk dat de bereikte uitkomst – het inlezen van een nieuw bestanddeel ‘uitbuiting’ – mede het resultaat is van de identiteit van de genoemde gedragingen *als* misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid.

Hier wordt natuurlijk goed duidelijk in welke spagaat de rechter zich bevindt. Aan hem wordt de vraag voorgelegd op welke wijze de gedragingen in artikel 273f moeten worden uitgelegd. *Grosso modo* kan hij daarbij dan twee kanten op: of de systematiek waarin die gedragingen liggen ingebed wordt beslissend gemaakt of de tekst van de gedraging zelf en haar wetshistorische achtergrond worden tot uitgangspunt genomen.¹³ In feite gaat het hier om een spanningsveld tussen de grammaticale en wetshistorische interpretatiemethode enerzijds en de systematische interpretatiemethode anderzijds en luidt de vraag telkens welke bron de rechter gebruikt bij de finale ontsluiting van de ‘wil van de wetgever’. Bij gebrek aan een duidelijke rangorde tussen de interpretatiemethoden geeft de dogmatiek hier geen uitsluitsel.¹⁴ Een systematische interpretatie baseert zich primair op het rechtsbelang zoals dat zich uit de systematiek laat afleiden, maar die benadering is natuurlijk inherent problematisch omdat duidelijk is geworden dat de relatie tussen sommige gedragingen en het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid zwak is. Tegelijkertijd geldt wel dat de rechter zich nu eenmaal met dit rechtsbelang – en de daarop rustende systematiek – geconfronteerd weet en toch geneigd zal zijn, en geneigd is geweest, daaraan betekenis te verlenen.

Uit het vorengaande blijkt dat een op het rechtsbelang geënte uitleg niet altijd legitiem hoeft te zijn. De legitimiteit van het gebruik van een daarop gebaseerde interpretatiemethode hangt in sterke mate af van de wijze waarop de wetgever de relatie tussen de door hem strafbaar gestelde gedragingen en het verkozen rechtsbelang heeft uitgedacht. Het scherpt des te meer in hoeverre de verwezenlijking van de systematische en interpretatieve functie van het rechtsbelangenconcept afhankelijk is van de wijze waarop de wetgever het rechtsbelang gebruikt in het proces dat tot strafbaarstelling moet leiden.

Ten slotte nog enkele opmerkingen over de subleden 1 en 2, die zich volgens ons ter rechterzijde van het voormelde spectrum bevinden. Deze uit het internationaal en Europees recht afgeleide mensenhandelgedragingen leveren in het algemeen geen problemen op, niet in de laatste plaats omdat ze ook

13 Waarbij ook de internationaalrechtelijke achtergrond van de bepaling kan worden verdisconteerd.

14 Vgl. De Hullu 2018, p. 103.

door de internationale strafwetgever duidelijk in de sleutel van de bescherming van de persoonlijke vrijheid zijn gezet. Hoogstens kan worden gezegd dat de criteria die de Hoge Raad ten aanzien van het bewijs van het subjectieve bestanddeel in deze subleden – het ‘oogmerk van uitbuiting’ – heeft geformuleerd, nogal sterk lijken te zijn toegespitst op de situatie waarin het beschermde rechtsbelang daadwerkelijk is gekrenkt. Dat doet af aan de formele omschrijving van deze delicten, die maakt dat voor een bewezenverklaring niet is vereist dat het beschermde rechtsbelang is geschonden. De formele omschrijving maakt juist dat niet die krenking centraal staat, maar een op zichzelf staande gedraging die op die krenking is gericht. Desondanks is de ‘materialisering’ van de subleden 1 en 2 in mijn optiek, zoals ook in hoofdstuk 5 is gesteld, noch helemaal te voorkomen noch per definitie onwenselijk. Het werd uit de literatuur die in dit boek is gebruikt al duidelijk dat het resultaat van formeel omschreven gedragingen weliswaar niet bewezen hoeft te worden, maar vanuit bewijsrechtelijk perspectief vaak wel een belangrijke rol speelt. Reijntjes heeft in dit verband aandacht gevraagd voor de grote invloed die op de inhoud van een bestanddeel – een vraagstuk van materieel strafrecht – kan worden uitgeoefend door de wijze waarop dat moet worden bewezen, een vraagstuk van formeel strafrecht.¹⁵ In de situatie van de subleden 1 en 2 heeft de bewijsconstructie die door de Hoge Raad is opgezet veel helderheid geschapen, maar ligt door de gekozen route wel licht het gevaar op de loer dat de strafvorderlijke autoriteiten zich uitsluitend richten op zaken waarin het rechtsbelang daadwerkelijk in directe zin is geschaad. Hier worden we een nog dieperliggende dimensie gewaar van hetgeen Reijntjes al opmerkte: hoe een bestanddeel moet worden bewezen, heeft invloed op het bewijs en daarmee vermoedelijk ook op de keuzes die met betrekking tot de vervolging worden gemaakt door het Openbaar Ministerie en, in een nog vroeger stadium, de opsporingsinstanties. Gelet op het formele karakter van de delicten die in sub 1 en 2 zijn opgenomen is het de vraag of dat wel altijd wenselijk is.

In het vorengaande hebben we vastgesteld dat voor een deel van de mensenhandelgedragingen geldt dat zij geen, of nauwelijks, een relatie hebben met het rechtsbelang dat de wetgever met hun strafbaarstelling beoogde te beschermen. Toch zijn zij wel degelijk als misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid in het wetboek gecategoriseerd, voorzien van het zware mensenhandeletiket en een navenante strafbedreiging. Waar de relatie tussen gedraging en het beschermd rechtsbelang nauwelijks kan worden gesubstantieerd, is dit wel degelijk – net als de andere systematische aspecten – van invloed geweest op de afbakening van de reikwijdte van die gedragingen door de rechter. Los van het problematische karakter van die afbakening in het licht van de functies van het rechtsbelangenconcept kan deze gang van zaken ook worden geproblematiseerd vanuit verschillende andere, met het thema van de legitimiteit

15 Reijntjes 2003, p. 473-490.

samenhangende beginselen. Dit wordt duidelijk in de hiernavolgende paragraaf.

7.2 DE LEGITIMITEIT VAN ARTIKEL 273F WETBOEK VAN STRAFRECHT IN HET LICHT VAN DE RECHTSZEKERHEID

Zoals in de hoofdstukken 1 en 2 duidelijk is geworden, heeft dit boek niet alleen willen voorzien in een grondige analyse van de wetgeving en rechtspraak ten aanzien van artikel 273f. In deze studie is steeds ook het doel geweest om een uitspraak te kunnen doen over de legitimiteit van deze strafbaarstelling en de wijze waarop die thans in de rechtspraak toepassing vindt. Vanwege de legitimiteitsdimensie die aan het rechtsbelangenconcept is verbonden raakten we hier al aan in de vorige paragraaf. Ook als we de bevindingen uit dit boek vanuit andere invalshoeken bekijken, blijken daaraan problematische aspecten te kleven. Drie grote problemen kunnen worden gesignaleerd.

In eerste instantie is er het probleem van de *wetgevingstechniek*: de wijze waarop de wetgever mensenhandel heeft strafbaar gesteld draagt, zacht gezegd, niet bij aan een goed begrip van de verschillende gedragingen die mensenhandel worden genoemd. In de eerste plaats is problematisch dat deze gedragingen bij elkaar zijn gezet, in een artikel en dus ook dezelfde titel, namelijk die waarin de misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid zijn opgenomen. Ook de strafbedreiging is voor elk van de gedragingen dezelfde. In de tweede plaats heten die verschillende gedragingen allemaal ‘mensenhandel’. Het verdient daarbij opmerking dat het hier gaat om een *wettelijke* delictskwalificatie, die in voorkomend geval ook een interpretatieve rol kan spelen bij de uitleg, door de rechter, van de daaronder geschaarde gedragingen.¹⁶ De naamgeving van een delict doet er met andere woorden toe en ook hier geldt – net als bij het rechtsbelang – dat een valide verhouding tussen het een – de gedraging – en het ander – de delictskwalificatie – moet kunnen worden vastgesteld.¹⁷ Daarvan is bij de strafbaarstelling van mensenhandel geen sprake geweest: negen in aard verschillende gedragingen heten mensenhandel te zijn, maar de wetgever heeft, zoals in hoofdstuk 4 te zien is geweest, weinig arbeid verricht om uit een te zetten wat deze gedragingen gemeen hebben en hoe zij zich tot elkaar verhouden.

Het tweede grote probleem dat kan worden gesignaleerd hangt samen met het (*materieelstrafrechtelijke*) *legaliteitsbeginsel*, met name met het daaruit voortvloeiende *lex certa*-gebod. Dat aan de wetgever geadresseerde gebod schrijft scherpe en toegankelijke normen voor, waaraan burgers rechtszekerheid moeten kunnen ontlelen. Het beginsel heeft in deze hoedanigheid een belang-

¹⁶ Vgl. ten aanzien van het witwasmisdrijf Borgers, *DD* 2013/33.

¹⁷ In het Angelsaksische taalgebied wordt in dit kader wel gesproken over ‘fair labelling’. Zie daarover Chalmers & Leverick, *The Modern Law Review* 2008, p. 217-246.

rijke, rechtsbeschermende dimensie: het beoogt de justitiabele tegen willekeurig en onverwacht overheidsoptreden te beschermen en stelt hem in staat, zo luidt de klassieke gedachte, zijn gedrag op de wet af te stemmen. Het is de vraag of de strafbaarstelling van mensenhandel de toets met het legaliteitsbeginsel goed doorstaat. Mijns inziens is het in het licht daarvan problematisch dat een niet onbelangrijk deel van de gedragingen die in artikel 273f, eerste lid, zijn opgenomen, zijn voorzien van een extra bestanddeel dat alleen aan de jurisprudentie kan worden ontleend. Ware deze demarche slechts van beperkte invloed op het toepassingsbereik van de betreffende gedragingen, dan zou de problematiek minder prominent op de voorgrond treden. Het gaat hier evenwel om een bestanddeel dat in beslissende mate invloed uitoefent op de omvang van de strafrechtelijke aansprakelijkstelling die op grond van de bedoelde gedragingen kan worden gevestigd. De restrictieve interpretatie die de rechter heeft toegepast, heeft de reikwijdte van de strafbepalingen in belangrijke mate ingeperkt, terwijl die inperking niet is af te lezen uit de wet. Extra problematisch daarbij is dat het inlezen van dit bestanddeel 'uitbuiting' in het leeuwendeel van de gevallen geen stevige basis heeft in de wetsgeschiedenis.

De spanning die de rechtspraak van de Hoge Raad doet ontstaan met het legaliteitsbeginsel kan in die zin gerelativeerd worden dat de uitkomst steeds een restrictieve interpretatie is, en dus een rechtsbeschermende uitwerking heeft (in verticale zin). Tegelijkertijd moet hierbij wel worden aangetekend dat de strafbaarstelling van mensenhandel deels het product van internationale wetgevers is en ten aanzien van de in artikel 273f, eerste lid, opgenomen gedragingen een veelheid aan positieve verplichtingen is geformuleerd. Daarvan maakt niet alleen de rechtsbescherming van het verdachte individu deel uit, maar ook de bescherming die het strafrecht aan individuen in hun hoedanigheid van (potentieel) slachtoffer moet worden geboden (bescherming in horizontale zin). Deze horizontale beschermingsdimensie, die juist bij de strafbaarstelling van mensenhandel ook altijd een belangrijke rol heeft opgeëist, lijkt bij de restrictief-interpretatieve arbeid van de Hoge Raad nauwelijks een rol te spelen; in elk geval heeft hij in zijn arresten niet doen blijken dat dit spanningsveld bij de interpretatie van belang is geweest. Het is mijns inziens te eenvoudig deze problematiek te relativiseren uitsluitend om de reden dat een restrictieve interpretatie goed aansluit bij de inhoud van het *ultimum remedium*-beginsel en daarom minder problematisch is. Los daarvan is het de vraag of, indien het beschermingsbereik van een strafrechtelijke bepaling in belangrijke mate wordt beperkt, daar niet veeleer een taak voor de strafwetgever is weggelegd, of zulks, met andere woorden, niet ook in de wet zelf zichtbaar moet zijn.

De hierboven geschetste gang van zaken zet natuurlijk de vraag naar de *verhouding tussen wetgever en rechter* op scherp. Daarmee hangt ons derde legitimatieprobleem samen. Recent is er weer meer aandacht voor de relatie tussen deze twee staatsmachten in de *trias politica*, een relatie die eigenlijk altijd

wel onderwerp van debat is.¹⁸ Mevis merkt terecht op dat het in het strafrecht ontbreekt aan een 'uitgewerkt model' van 'rechtsvormingsverdeling' tussen strafrechter en strafwetgever.¹⁹ Naar stevige ijkpunten is het vergeefs zoeken. In de hedendaagse literatuur wordt dikwijls gesproken in termen van 'interactie' of 'communicatie' tussen wetgever en rechter.²⁰ Borgers benadrukt in dit verband het 'samenspelkarakter' dat rechtsvorming heeft en fundeert daarop zijn interactionistische zienswijze, die tot uitgangspunt neemt dat

'[...] het recht en dus ook het (materiële) strafrecht als een "open systeem" moet worden beschouwd waarin het toepassingsbereik van de wet mede afhankelijk is van de berechting van concrete gevallen door de rechter'.²¹

Daarmee is nog weinig gezegd over hoe ver de rechter dan mag gaan. Dat hij bij het toepassen van de wet geen *carte blanche* heeft moge duidelijk zijn. Een klassiek-dogmatische grens wordt daarbij getrokken door het analogieverbod. Tegelijkertijd is de rechter geen *bouche de la loi* en dient het recht, wil dat zich op enige openheid kunnen laten voorstaan, toch moeten voorzien in een mogelijkheid voor de rechter om het door de wetgever gegeven recht verder te ontwikkelen. Rozemond, een sterk door Rawls en Dworkin beïnvloede constructivist, meent dat constructieve interpretatie door de rechter in elk geval meebrengt dat de rechter een rechtvaardiging moet kunnen geven aan het bestaande recht '[...] in termen van doelen, belangen en beginselen die daaraan ten grondslag liggen'.²² Tegelijkertijd beklemtoont Rozemond ook dat elke vorm van interpretatie door de rechter een positief, een van de wetgever afkomstig, startpunt dient te hebben. Hij spreekt in dit kader ook wel over de 'dekkingseis' waaraan elke interpretatie van de wet door de rechter dient te voldoen.²³

Het is hier niet mijn bedoeling om uitgebreid bij het debat over rechtsvindingsmodellen stil te staan of daaraan verder een bijdrage te leveren. De vraag die zich hier opdringt, is minder pretentius, maar niet minder belangrijk: hoe verhoudt zich de wijze waarop de Hoge Raad het toepassingsbereik van artikel 273f heeft afgebakend tot het debat over de scheiding van machten? Is hier sprake van een acceptabele taakverdeling tussen de wetgever, wiens

18 In het debat over rechterlijke interpretatie wisselen volgens Witteveen periodes '[...] waarin de rechterlijke vrijheid ontkend of aan banden gelegd wordt en periodes waarin vrijere rechtsvorming juist wordt gewaardeerd en gestimuleerd elkaar af'. Witteveen 2014, p. 331.

19 Mevis, *DD* 2017/19, p. 179. Zie ook Witteveen 2014, p. 330-338.

20 Borgers 2011. Zie ook Groenhuijsen, *DD* 2016/42.

21 Borgers 2011, p. 171.

22 Rozemond 1998, p. 43.

23 Rozemond 1998, p. 44. Rozemond ontleent deze dekkingseis aan Paul Scholten, die dit criterium heeft uitgewerkt in zijn *Algemeen Deel*.

taak het is algemene regels te stellen, en de rechter, die de regels toepast en deze daarmee 'nader vorm' geeft?²⁴

Mijns inziens luidt het antwoord op die vraag ontkennend voor de gevallen waarin de Hoge Raad gebruik heeft gemaakt van de techniek van het inlezen van een extra, impliciet bestanddeel 'uitbuiting'. Ten eerste kan de wetgeving over mensenhandel daarmee niet langer als een afspiegeling worden beschouwd van de omvang van die regeling. We hebben gezien dat dit de rechtszekerheid niet ten goede komt en evenmin de hanteerbaarheid van de strafbaarstelling voor de strafvorderlijke autoriteiten. Ook vanuit staatsrechtelijk perspectief is de toegepaste techniek niet te verkiezen. De rechter past hier namelijk geen regels, of onderdelen daarvan, toe – en geeft die nader vorm – maar kruipt zelf in de huid van de wetgever door onderdelen *in te voegen*. Dat is in mijn optiek van een heel andere orde dan wanneer de rechter bestaande, in de wettekst opgenomen bestanddelen nader vormgeeft. In die laatste situatie blijft de rechter immers gebonden aan de tekst van het bestanddeel – aan het positief recht – en geeft dit betekenisconstruct doorgaans ook de bandbreedte aan waarbinnen die interpretatie vorm kan krijgen. Het is daar waarop Rozemond doelt als hij rept over de dekkingseis waaraan interpretaties door de rechter dienen te voldoen. Als een extra bestanddeel wordt ingelezen, wordt in feite een geheel nieuwe betekenislaag geïntroduceerd, waardoor aan de betreffende norm in potentie een heel nieuwe betekenis kan worden verleend. Het behoeft geen herhaling dat deze gang van zaken met name problematisch is als voor het inlezen van het nieuwgeboren bestanddeel geen stevige grondslag bestaat in de wetsgeschiedenis of andere van de wetgever afkomstige uitingen. Daarvan is vooral sprake in het geval van de gedragingen die in subleden 3 en 9 zijn opgenomen. Ten aanzien van sublid 3 houdt de restrictieve uitleg zelfs in dat de uitgangspunten van het onderliggende Verdrag – dat uit 1933 stamt, maar nog steeds geldend is – worden verlaten.²⁵

Vooral *de wijze waarop* de Hoge Raad tot een nadere afbakening van artikel 273f is gekomen, levert dus een probleem van staatsrechtelijke aard op. Ook als we deze zware conclusie wat op de achtergrond zetten, blijft over dat de vruchten van de strafkamer van ons hoogste rechtscollege toch bepaald als een vorm van communicatie moeten worden beschouwd, in dit geval van de rechter richting de wetgever. Als zoveel toeren moeten worden uitgehaald om die wetgeving op een redelijke manier te kunnen hanteren en toepassen, spreekt dat mijns inziens boekdelen. Ik vermoed dat er weinigen zijn die de huidige situatie bevredigend vinden in het licht van het legaliteitsbeginsel en bezien vanuit het perspectief van een juist evenwicht tussen de wetgever en rechter, nog daargelaten dat het ook vanuit een meer strafvorderlijk handhavingperspectief voor onwenselijk moet worden gehouden dat de wet genoeg moet nemen met een rol op de achtergrond.

24 Borgers 2016, p. 51.

25 Zie paragraaf 5.4.2.4.

De hierboven gesignaleerde problemen hangen samen met de wijze waarop de wetgever mensenhandel heeft strafbaar gesteld en de manier waarop de gedragingen in de rechtspraak zijn uitgelegd. De interpretatieve arbeid van de Hoge Raad heeft tot een situatie geleid waarin de wettelijke regeling niet langer als een getrouwe afspiegeling kan worden beschouwd van de reikwijdte daarvan. Het klemmt daarbij dat de daarbij gehanteerde methode slechts voor een deel van de in artikel 273f opgenomen gedragingen is doorgevoerd, waardoor in feite een zeer gefragmenteerd beeld is ontstaan. Ook laten zich bij de wijze waarop de strafbaarstelling in de rechtspraak nader vorm heeft gekregen vraagtekens plaatsen in het licht van een juist machtsverhouding tussen wetgever en rechter. Bezien vanuit het oogpunt van legitieme strafwetgeving, en een legitieme hantering daarvan, is de huidige *status quo* dus zonder twijfel problematisch – zowel vanuit het perspectief van het rechtsbelangenconcept als gezien in het licht van de notie van rechtszekerheid en het staatsrechtelijke leerstuk van de scheiding der machten. De vraag dringt zich nu automatisch op wat, met deze bevindingen in gedachten, er nu moet gebeuren. Paragraaf 7.3 staat in het teken van de beantwoording van deze vraag.

7.3 GEDACHTEN OVER EEN NIEUWE STRAFBAARSTELLING

We hebben vastgesteld dat de legitimiteit van de strafbaarstelling van mensenhandel, en diens toepassing, vanuit uiteenlopende perspectieven kan worden geproblematiseerd. Daarmee rijst automatisch de vraag wat er nu moet gebeuren. Wat is, met andere woorden, nodig om die strafbaarstelling, inclusief de toepassing daarvan, weer legitiem te laten zijn? Op voorhand moet daarbij worden opgemerkt dat in dit boek *sensu stricto* niet de *wenselijkheid* van de strafbaarstelling van de in artikel 273f, eerste lid, opgenomen gedragingen centraal heeft gestaan. Het navolgende richt zich dan ook op de vraag hoe de gerezen problemen, die veeleer samenhangen met de wijze waarop die strafbaarstelling vorm heeft gekregen, van een oplossing kunnen worden voorzien. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat het strafbaar zijn van de betreffende gedragingen op zichzelf niet ter discussie staat, hoezeer ik me er ook van bewust ben dat hierover in een enkel geval – het gaat dan om de gedraging in sub 3 – heel anders wordt gedacht.²⁶

In de eerste plaats is in mijn optiek een heroverweging van die strafwetgeving geïndiceerd. Een belangrijk instrument dat ons bij die heroverweging kan helpen, is het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid. Bekeken kan worden welke de verhouding tussen de gedragingen en dit rechtsbelang is. De resultaten uit dit onderzoek laten zien dat niet altijd sprake is van een kwalitatieve relatie tussen gedraging en rechtsbelang. Evenzeer geldt dat,

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

hoewel daarnaar in dit boek minder aandacht uit is gegaan, voor de verhouding tot andere systematische aspecten, de wettelijke kwalificatie van de delicten en de strafbedreiging.

De vraag is hoe met de gedragingen die niet met het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid samenhangen, moet worden omgesprongen. Het gaat dan om de subleden 3, 5 en 8. Het appel dat in dit boek ligt besloten om het rechtsbelang bij de ordening van wetgeving een meer gearticuleerde rol te geven, zou voor deze gedragingen tot gevolg hebben dat zij dienen te worden verplaatst, herverkaveld, naar een titel die beter aansluit bij het rechtsbelang dat met deze seksuele delicten wordt beschermd. Om die reden zou het goed zijn de gedragingen naar de zedentitel te verplaatsen. Veelzeggend is dit ook de plek waarin deze gedragingen tot 2005 hebben gestaan.

Voor de gedragingen in de subleden 4 en 9 geldt dat zij minder problematisch zijn dan de gedragingen die in de subleden 3, 5 en 8 zijn opgenomen. Een verplaatsing lijkt me hier niet *per se* noodzakelijk. Wel is het wenselijk de formulering van de gedragingen te heroverwegen en daarbij in het bijzonder de betekenis van het door de Hoge Raad ingelezen bestanddeel 'uitbuiting' te betrekken: moet dit in de delictomschrijving een plaats krijgen en zo ja, hoe kan dat daarin dan worden verwerkt?

De gedragingen neergelegd in de subleden 1, 2, 6 en 7 zijn in het licht van het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid mijns inziens het minst problematisch en kunnen in de titel met misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid blijven staan. Hetgeen in paragraaf 7.1 werd opgemerkt over de 'materialisering' van de subleden 1 en 2 in de rechtspraak is vooral een probleem van formeelstrafrechtelijke aard dat via het materieel strafrecht niet kan worden ondervangen. Zoals gezegd moet vooral op het niveau van de rechtshandhavende actoren de afweging worden gemaakt of mensenhandel ook in een vroeger stadium moet worden opgespoord en capaciteit dient te worden vrijgemaakt voor de vervolging van gedragingen die ver(der) van de daadwerkelijke uitbuiting afstaan. De formele omschrijving van de bedoelde gedragingen verschaft hiervoor in elk geval ruimte.

In sub 6 kan worden verduidelijkt waaruit, uit welke situatie, het voordeel moet worden getrokken. Het is vreemd dat dit sublid thans in de rechtspraktijk wordt gebruikt voor het vervolgen en berechten van het trekken van voordeel uit de gedragingen die in subleden 1, 2 en 4 zijn opgenomen, terwijl de gedraging in sub 6 strikt genomen alleen de uitbuiting als profijtsbron erkent. In de redactie kan hiermee rekening worden gehouden door expliciet op te nemen dat het voordeel trekken uit de in sublid 1, 2 en 4 opgenomen gedragingen strafbaar is.

Welbeschouwd geldt dus dat voor de subleden 3, 5 en 8 herverkaveling geïndiceerd is. De andere onderdelen kunnen in artikel 273f blijven staan, hoewel de gedragingen in subleden 4 en 9 nadere doordenking behoeven in het licht van het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid. Een belangrijke vraag bij de herinrichting van deze gedragingen is of daarin het bestanddeel

‘uitbuiting’ dient te worden opgenomen. Thans maakt dit bestanddeel van de delictsomschrijvingen onderdeel uit vanwege de arresten van de Hoge Raad uit 2015, 2016 en 2018. In tegenstelling tot sublid 9 laten zich aan de wetshistorie enkele argumenten onttelen om in sublid 4 een uitbuittingsbestanddeel op te nemen. Het lijkt in dit geval opportuun dit bestanddeel te codificeren. Voordeel daarvan ten aanzien van de huidige situatie is dat de wet duidelijk voorschrijft welke bestanddelen moeten worden bewezen om tot een bewezenverklaring op de voet van sublid 4 te komen. Dit is staatsrechtelijk zuiverder en daarmee is tevens de rechtszekerheid gediend. Bovendien is er, zoals in paragraaf 5.5.2.2 aan de orde is gekomen, geen duidelijkheid over de precieze plaats van dit bestanddeel in de tekst van de delictsomschrijving. Zelfs kan nog worden volgehouden dat de eis van het inlezen van een bestanddeel als een kwalificatie-uitsluitingsgrond moet worden beschouwd. Deze oplossing is echter suboptimaal en miskent de kardinale rol die het uitbuittingsbestanddeel in dit sublid ook nu al speelt: wat standaard dient te worden bewezen, behoort *als bestanddeel* in de tekst van de wet opgenomen te zijn. Ook strafprocesueel is dit van belang. Alleen als wettelijk bestanddeel is het ook nodig dat in de tenlastelegging op te nemen; en alleen dan kan de verdachte zich op adequate wijze tegen de tegen hem gerichte beschuldiging verweren.

Om de bovengenoemde redenen is het wenselijk dat in de delictsomschrijving van sub 4 wordt verwerkt dat de strafbaarstelling van de bedoelde gedraging alleen wenselijk is als sprake is van uitbuiting. Ook is het een optie om uitbuiting als aparte delictsvorm op te nemen. Dit voorstel is onder meer gedaan door Lestrade. Ten opzichte van de huidige formulering van de strafbaarstelling in sub 4 stelt zij voor het oneerlijk economisch gewin dat met uitbuiting gepaard gaat in de delictsomschrijving tot uitdrukking te brengen en het dwangbegrip daarin aan striktere grenzen te verbinden.²⁷ Naast dit voorstel zou mijns inziens ook kunnen worden gedacht aan een kwalificatieve delictsomschrijving, waarin uitsluitend is opgenomen dat uitbuiting strafbaar is: ‘Hij die zich schuldig maakt aan de uitbuiting van een ander wordt gestraft met...’. Het voordeel hiervan is, in het voetspoor van Kelk en De Jong, dat de nadere omlijning van wat uitbuiting is aan de rechtspraak wordt gelaten.²⁸ Vooral hier is dit van belang. Niet alleen vanwege de openheid die het uitbuittingsbegrip in verband met zijn vele verschijningsvormen noodzakelijkerwijs moet hebben, maar ook omdat de Hoge Raad in zijn arresten thans reeds belangrijke piketpalen heeft geslagen die het begrip van duidelijke contouren hebben voorzien. Met de keuze voor een kwalificatieve delictsomschrijving geeft de wetgever bovendien een duidelijk mandaat aan de rechter om de grenzen van het uitbuittingsbegrip verder uit te werken. Kijken we naar de huidige stand van zaken dan wordt uitbuiting door de Hoge Raad vooral opgevat als een situatie waarin daadwerkelijk voor een ander arbeid of diensten

27 Lestrade 2018, p. 335. Zie ook Lestrade & Rijken, *DD* 2014/64.

28 Kelk/De Jong 2016, p. 106-107.

zijn verricht onder omstandigheden die uitbuiting kunnen worden genoemd. Wordt van deze benaderingswijze uitgegaan, dan wordt de gedraging die nu nog in sub 4 staat dus een zuiver materieel omschreven delict.

Voor sub 9 geldt dat de wetgever deze gedraging strafbaar heeft willen laten zijn in haar kale vorm. Onproblematisch is deze gedraging daarmee niet. Te zien is geweest dat zich vooral in situaties waarin alleen van misbruikbestanddelen sprake is, de reikwijdte van dit delict ruim kan uitvallen. Het inlezen van een uitbuitingsbestanddeel, zoals de Hoge Raad heeft gedaan, acht ik vanwege de achtergrond van deze bepaling echter niet wenselijk. Daarbij speelt ook een rol dat ernstig de vraag moet worden gesteld welke de meerwaarde van de strafbaarstelling dan nog is naast die van de profijttrekking die in sublid 6 is strafbaar gesteld. Mijns inziens is wel degelijk plek voor een speciale bepaling die het oog heeft op de gedwongen voordeeltrekking (in plaats van het voordeeltrekken uit uitbuiting). Deze gedraging past echter beter in de omgeving van het algemene dwangdelict, waarvan deze immers ook een *specialis* is. Ook zou nog kunnen worden gedacht aan het terugvallen op het algemene dwangdelict, dat in artikel 284 Sr is opgenomen. Decriminalisering van het specifieke delict is dan aan de orde, maar het vervolgingsbeleid ten aanzien van de gedwongen voordeeltrekking kan op artikel 284 Sr worden toegespitst. In dit kader is relevant dat het strafmaximum op dit delict sinds 2014 is verhoogd als gevolg van de versterking van de aanpak van huwelijksdwang.

Het husselen van de in het eerste lid van artikel 273f Wetboek van Strafrecht opgenomen gedragingen dat plaatsheeft naar aanleiding van het bovenstaande, dient niet alleen de strekking van die gedragingen zelf, maar komt ook de betekenis van de systematiek in het wetboek ten goede. Aan die op het rechtsbelang gebaseerde systematiek kan immers daadwerkelijk betekenis worden verleend nu de relatie met de gedragingen is hersteld. Een andere systematische oplossing zou nog kunnen zijn voor de gedragingen uit artikel 273f, eerste lid, een aparte titel te reserveren.²⁹ Dit is bijvoorbeeld gedaan bij het misdrijf witwassen, waarvan de verschillende varianten zijn opgenomen in Titel XXXA, die 'Witwassen' als opschrift heeft. Bovendien dient dit begrip 'witwassen' ook als delictskwalificatie van de grondvorm van dit misdrijf, die is opgenomen in artikel 420bis. Het voordeel van deze benadering is dat de strakke gebondenheid aan een rechtsbelang hiermee komt te vervallen. Dat de subleden 3, 5 en 8 geen misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid zijn, hoeft er in dit geval niet toe te doen. Wat zij ook zijn, duidelijk is dat zij heel wel met de gedragingen in de subleden 1, 2 en 4 samenhangen en die samenhang kan bij de keuze voor een aparte mensenhandeltitel op de voorgrond worden geplaatst. Toch lijkt ons dit niet de te verkiezen richting. In de eerste plaats

29 Zie bijvoorbeeld Ten Voorde 2017, p. 35.

wordt hiermee afgedaan aan de klassieke systematiek die in het wetboek is aangehouden en die gebaseerd is op de rechtsbelangen die met de daarin opgenomen gedragingen samenhangen. Die systematiek heeft belangrijke waarde, als een extra betekenislaag die voor een goed begrip en een juiste waardering van de daaronder ondergebrachte misdrijven van groot belang kan zijn. Het rechtsbelang dient daarmee ook de algemene samenhang van de delicten die in het wetboek zijn opgenomen en drukt als geen andere categorie uit wat de wetgever met de strafbaarstellingen voor ogen heeft gestaan. Het is juist in dit kader dat het rechtsbelang zijn belangrijke waarde laat gelden als legitimerend construct.

Komen we nu tot een afronding van de wijzigingen die in artikel 273f Sr geïndiceerd zijn, dan zou het eerste lid van het wetsartikel in zijn nieuwe vorm als volgt komen te luiden:

1. Met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft:

1°. degene die een ander door dwang, geweld of een andere feitelijkheid of door dreiging met geweld of een andere feitelijkheid, door afpersing, fraude, misleiding dan wel door misbruik van uit feitelijke omstandigheden voortvloeiend overwicht, door misbruik van een kwetsbare positie of door het geven of ontvangen van betalingen of voordelen om de instemming van een persoon te verkrijgen die zeggenschap over die ander heeft, werft, vervoert, overbrengt, huisvest of opneemt, met inbegrip van de wisseling of overdracht van de controle over die ander, met het oogmerk van uitbuiting van die ander of de verwijdering van diens organen;

2°. degene die een ander werft, vervoert, overbrengt, huisvest of opneemt, met inbegrip van de wisseling of overdracht van de controle over die ander, met het oogmerk van uitbuiting van die ander of de verwijdering van diens organen, terwijl die ander de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt;

3°. degene die zich schuldig maakt aan de uitbuiting van een ander dan wel onder de onder 1. bedoelde omstandigheden de ander dwingt of beweegt zijn organen beschikbaar te stellen.

4°. degene die opzettelijk voordeel trekt uit de gedragingen, bedoeld onder 1°, 2° en 3°.

Om verwarring te voorkomen, is er in de bovenstaande bepaling voor gekozen niet de delictskwalificatie 'mensenhandel' terug te laten komen. Duidelijk moge echter zijn dat de subleden 1 en 2 de letterlijke vertaling betreffen van de gedragingen die op internationaal niveau mensenhandel heten te zijn. Sublid 3 kan in deze nieuwe redactie de 'uitbuiting' worden genoemd. Sublid 4 is een algemene profijttrekkersbepaling, die het voordeeltrekken uit alle voorgaande subleden strafbaar stelt. Daarbij is ervoor gekozen alleen uit te gaan van een profijttrekkersbepaling met een *dolus*-variant ten aanzien van de gronddelicten. Dit betekent dat alleen strafbaar is degene die opzettelijk voordeel trekt en

die, minimaal, *weet* – in de zin van de bijzondere opzetvorm ‘wetende dat’³⁰ – dat het genoten voordeel afkomstig is uit het misdrijf, genoemd in het eerste, tweede of derde sublid.

7.4 MEER WAARDERING VOOR HET RECHTSBELANGENCONCEPT?

Het moge inmiddels genoegzaam duidelijk zijn dat in dit boek een pleidooi ligt besloten om de rol van het rechtsbelang in het Nederlands strafrecht hoger aan te slaan dan thans het geval is. Zoals opgemerkt heeft dat in de materiële strafrechtsdogmatiek tot dusver slechts een bescheiden betekenis. Zo wordt het debat rondom processen van strafbaarstelling wel degelijk mede in termen van rechtsbelangen gevoerd, maar valt tegelijkertijd op dat het concept daarin doorgaans in weinig gearticuleerde zin terugkeert. Bovendien dat door de bank genomen weliswaar werk wordt gemaakt van het identificeren en onderscheiden van rechtsbelangen die met de strafbaarstelling samenhangen, maar toch minder grondig wordt doorgedacht over de vraag hoe juist de gewenste strafbaarstelling precies aan de bescherming van dit rechtsbelang een bijdrage kan leveren. In het geval van de strafbaarstelling van mensenhandel hebben we gezien dat dit heeft geleid tot strafwetgeving die niet altijd eenvoudig, of soms gewoon helemaal niet, met het te beschermen rechtsbelang samenhangt.

De vraag rijst hoe een grotere rol voor het rechtsbelangenconcept gestalte kan krijgen. Daarbij moet voorop worden gesteld dat deze rol zal moeten worden ingebed, moeten ‘landen’, binnen de kaders van het huidige strafrechtelijke systeem. De beginselen en uitgangspunten daarvan hoeven voor het inruimen van een meer centrale plek voor het rechtsbelangenconcept niet ter discussie te worden gesteld.

Een van de eigenschappen van het Nederlands strafrechtelijk systeem – mogelijk zou zelfs van een systeemkenmerk gesproken kunnen worden – is de grote vrijheid die aan de wetgever toekomt om in het specifieke geval te bezien of, en zo ja, op welke grondslagen strafbaarstelling gelegitimeerd is. Net zomin als dat er een vastomlijnd kader bestaat aan de hand waarvan de ruimte van de rechter vis-à-vis de wetgever kan worden afgebakend, ontbreekt het in het strafrecht aan harde, materiële eisen waarmee nieuwe wetgevingsinitiatieven kunnen worden getoetst. Er bestaat, zegge, geen programma van uitgangspunten dat in een proces van strafbaarstelling standaard kan worden gebruikt om de legitimiteit daarvan te onderzoeken.

Uiteraard is de vrijheid waarop gewezen wordt relatief, niet alleen door het rechtspolitieke karakter van strafwetgeving en het democratische verband waarin het proces van strafbaarstelling ligt ingebed, ook vanwege de bemoeie-

30 Het ‘wetende dat’ is niet in de tekst van het voorgestelde sublid 4 opgenomen, maar kan hier worden afgeleid uit het bestanddeel ‘opzettelijk’.

nis door internationale strafwetgevers. Los van de staatsrechtelijke inbedding van strafwetgeving – en de onderscheiden factoren die daarbinnen op die strafwetgeving invloed uitoefenen – is de wetgever natuurlijk gebonden aan de beginselen die in dit systeem besloten liggen. Anders dan wel wordt aangenomen hebben die evenwel vooral een formeel karakter. Het legaliteitsbeginsel bijvoorbeeld werkt bij de vormgeving van wetgeving weliswaar beperkend, maar laat zich over de inhoud van de wetgeving die eraan onderworpen is niet uit. Het *ultimum remedium*-beginsel gaat aan de keuze voor het al dan niet inzetten van het strafrecht vooraf en zwijgt als die keuze reeds is gemaakt en strafbaarstelling verder, inhoudelijk, ingevuld moet worden.³¹ Het schuldbeginsel indiceert dat strafrechtelijke aansprakelijkheid alleen dan kan worden gevestigd indien sprake is van schuld (in ruime zin), maar ook hier geldt dat dit beginsel geen eisen stelt aan de inhoud van de verwijtbare gedraging.

Vanwege bovengenoemde factoren is het lastig voor het rechtsbelangenconcept een plaats in te ruimen op het niveau van de wet. Kijken we ‘waar’ meer materiële, aan strafwetgeving te stellen eisen kunnen worden gelokaliseerd, dan komen we in Nederland toch al snel uit bij de criteria voor strafbaarstelling: in de literatuur ontwikkelde – en vooral daarin benutte – voorwaarden waaraan de legitimiteit van strafbaarstelling kan worden getoetst. Binnen de categorie van de criteria voor strafbaarstelling kan het rechtsbelangenconcept zonder al te veel problemen worden opgenomen omdat het schadebeginsel daarvan vaak al onderdeel uitmaakt. Er zijn belangrijke verschillen tussen dit Angelsaksische beginsel, met zijn wortels in de *common law*-traditie, en het rechtsbelangenconcept, dat een continentale achtergrond kent. Zo is het schadebeginsel geleit op de culturele achtergrond waartegen hij tot stand is gekomen van oudsher meer op het niveau van de rechter werkzaam – op het niveau van het concrete geval – daar waar het rechtsbelangenconcept het in eerste instantie toch vooral van de wetgever – en het algemene geval – moet hebben en daarmee noodzakelijkerwijs een wat abstracter voorkomen heeft. De verschillen zijn mijns inziens evenwel veel minder relevant dan de gesignaleerde overeenkomsten. Voor beide concepten geldt dat zij fungeren als kritische toetssteen waarmee nieuwe en bestaande wetgeving tegen het licht kan worden gehouden van materiële, de inhoud van de strafwetgeving rakende gronden. Het rechtsbelangenconcept heeft daarbij veel aan de mate van concreetheid waarmee binnen het schadebeginsel over de relatie tussen een strafbaar te stellen gedraging en het te beschermen belang wordt gedacht. Het nadelig effect op een belang dat telt als een effect dat de bemoeienis van de strafwetgever rechtvaardigt, is binnen het schadebeginsel uitgewerkt met behulp van een rijk scala aan onderscheidingen en categorieën.³² Het rechtsbelangenconcept stelt daar het vrij klassieke denken in termen van typen delicten

31 Crijns, AA 2012, p. 12.

32 Esser, *Strafblad* 2017/71.

tegenover, maar is over de gehele linie gezien toch een stuk abstracter en kan wat dit betreft nog veel bij zijn Angelsaksische tegenhanger ophalen.³³ Zijn abstracte karakter is tegelijkertijd echter óók een positief te waarderen eigenschap. Anders dan de categorieën van schade is het rechtsbelangenconcept daardoor geschikter om, naast criterium voor strafbaarstelling, tevens als orderingsinstrument voor wetgeving te dienen.

De rol die het rechtsbelang bij de ordening van het Wetboek van Strafrecht kan spelen, is de laatste decennia nogal onderschat. In elk geval wordt aan een op het rechtsbelang gebaseerde indeling van misdrijven en overtredingen veel minder strak de hand gehouden dan de strafwetgever van 1886 deed. Mogelijk hangt dit samen met de bredere observatie dat de hedendaagse systematiek van ons Wetboek van Strafrecht een nogal onderbelicht thema is.³⁴ Natuurlijk moet hier geenszins de indruk worden gewekt dat een bijna 150 jaar geleden opgezette structuur maatgevend zou moeten zijn voor de wijze waarop we in de 21e eeuw onze codificaties zouden moeten inrichten. De ervaringen in het formeel strafrecht, een gebied waar sinds een aantal jaren wordt gewerkt aan een veelomvattende modernisering, laten nu juist zien hoezeer maatschappelijke ontwikkelingen die zich sinds de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering, in 1926, hebben voorgedaan hun invloed hebben laten gelden en een herijking van het wetboek wenselijk maken.³⁵ Goeddeels dezelfde ontwikkelingen hebben er ook voor gezorgd dat het Wetboek van Strafrecht in een heel andere context heeft te functioneren dan die waarin dat wetboek aan het einde van de negentiende eeuw tot stand kwam.

Om scherper te krijgen of het rechtsbelang ook in die veranderde context een rol van betekenis moet spelen, loont het de moeite enkele van de factoren uit te lichten die aan die veranderingen hebben bijgedragen. Volledigheid wordt daarbij niet nagestreefd en ik beperk me gemakshalve tot enkele grotere ontwikkelingen waarvoor het materieel strafrecht zich gesteld ziet, vooral in de laatste twintig jaar.

In de eerste plaats internationalisering en europeanisering. Vooral de laatstgenoemde ontwikkeling heeft, als we ons alleen maar beperken tot het Unierecht, tot omvangrijke strafbaarstellingsverplichtingen geleid waaraan het Verdrag van Lissabon uit 2009 nog eens een extra impuls heeft gegeven ('lissabonisering'). Vanuit nationaal perspectief is daarmee de heerschappij over de vraag naar wat strafbaar moet zijn in sterke mate gerelativeerd. Niet onbelangrijk om vast te stellen, is dat deze verschuiving in zekere zin ook het debat over de met strafbaarstelling te beschermen rechtsbelangen op een

33 Zie ook von Hirsch 2003; Peršak 2007.

34 De Hullu 2018, p. 573-575, p. 578-579. Zie ook Ten Voorde 2017 en, van minder recente datum, Nieboer, *DD* 1981, p. 503-505.

35 Zie voor een beschrijving daarvan de conceptmemorie van toelichting op Boek 1 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering. Zie ook Verrest 2018.

Europees niveau heeft getild.³⁶ Op dit plan is niet altijd evenveel aandacht voor de met strafbaarstelling te beschermen rechtsbelangen die op nationaal niveau worden onderscheiden.³⁷ Ouwerkerk heeft er in dit verband op gewezen dat de inhoud van gedragingen die op Europees niveau tot stand komen, en waarvan de strafbaarstelling verplicht wordt, eigenlijk nooit is los te zien van het algemene rechtsbelang van het beschermen van de Europese interne markt.³⁸ Ook de criminalisering van mensenhandel zou zo bezien niet primair als misdrijf tegen de persoonlijke vrijheid moeten worden opgevat, maar vooral moeten worden gerechtvaardigd met een beroep op de belangen van de EU die op het spel staan: eerst als de vrijheid adequaat wordt beschermd, kan sprake zijn van de verwezenlijking van de interne markt waarin het vrije verkeer kan bloeien. Niet onterecht wijst Ouwerkerk op het chicaneuze karakter van deze legitimering. Zij pleit dan ook voor een meer normatief gefundeerd Uniestrafrecht, waarmee de inzet van het strafrecht ook kan worden gerechtvaardigd op basis van inhoudelijke, aan de onderliggende waarden en beginselen van de EU ontleende overwegingen.³⁹

Een tweede factor die bepalend is voor de omgeving waarop het materieel strafrecht anno nu is betrokken, hangt samen met de toenemende concurrentie die het strafrecht ondervindt van andere sanctiestelsels. In beginsel kan daarbij worden gedacht aan de groeiende rol van het bestuursrecht naast, of complementair aan, het strafrecht.⁴⁰ Recente beleidsontwikkelingen demonstreren – niet in de laatste plaats op het terrein van de mensenhandel! – dat het bestuursrecht een prominente positie wordt toebedacht bij de aanpak van uiteenlopende vormen van, vaak, georganiseerde criminaliteit.⁴¹ Een niet meer weg te denken beleidspremissie is dat het effectief kunnen aanpakken van georganiseerde criminaliteitsvormen valt of staat bij het integrale karakter van die aanpak; het strafrecht wordt daarmee veel meer dan voorheen onderdeel van een ‘mix’ aan ‘interventies’ die op het concreet voorliggende geval afgestemd kan worden. Het vergt, zo blijkt uit de literatuur wel, nieuwe werkwijzen en processen die de klassieke strafrechtelijke afdoening, en de actoren die daarbij betrokken zijn, onder druk zetten.⁴² Ook is het niet overdreven te stellen dat de verwachtingen van het strafrecht daarmee hoger zijn geworden en bovendien door een veel breder palet aan actoren worden gekoesterd.

De derde ontwikkeling hangt met de tweede samen. De toenemende complexiteit van georganiseerde criminaliteit of, in elk geval, de bewustwording van die complexiteit – niet voor niets worden daarvoor uiteenlopende

36 Zie daarover uitgebreid Cleiren & Ten Voorde 2019.

37 Cleiren & Ten Voorde 2019, p. 122.

38 Ouwerkerk 2017.

39 Ouwerkerk 2017, p. 37-50.

40 In dit verband wordt wel gesproken over ‘convergentie’. Zie bijvoorbeeld Hartmann 2011, p. 31.

41 Zie hierover bijvoorbeeld Ronteltap, *NJB* 2018/1949; Nationaal Rapporteur 2017, hfdst. 5.

42 Zie bijvoorbeeld Van Gestel & Verhoeven 2011.

sanctiestelsels aangewend – legt in de praktijk ook een zekere behoefte bloot om die problematiek vanuit een meer thematische invalshoek te bekijken. In zo'n benadering doet het er, kort en goed, niet of veel minder toe op welke wijze een strafbaarstelling in het wetboek is neergelegd: het strafrecht wordt afgerekend op zijn potentie om effectief en efficiënt op deze maatschappelijke ontwikkelingen te reageren. Het materieel strafrecht wordt, vanuit dit perspectief bezien, vooral gewaardeerd aan de hand van zijn vermogen om voor de inzet van opsporingsbevoegdheden en het vervolgen en berechten van specifieke gevallen een adequate, liefst ruime, grondslag te bieden. Voor beleidsmakers is vervolgens de taak weggelegd een zo sluitend mogelijke aanpak vorm te geven, waarbij dikwijls wordt gewerkt met aansprekende en mobiliserende termen, waarvan 'ondermijning' of 'ondermijnende criminaliteit' er slechts twee zijn.⁴³ Ik ben me ervan bewust dat deze ontwikkeling zich al even, toch zeker sinds het einde van de jaren tachtig, voordoet. Belangrijk om hier vast te stellen is dat de positionering van het strafrecht als 'sturingselement' in de 'strijd' tegen georganiseerde criminaliteit een onverminderd dominante idee blijft in de beleidsvorming en het functioneren van de strafrechtsketen en zulks is ook bij de bestrijding van de mensenhandel duidelijk te herkennen.

Een vierde ontwikkeling is die van het toenemende belang van aanspraken die op de staat kunnen worden gemaakt om bepaalde criminaliteitsfenomenen aan te pakken. Beperken we ons tot het mensenhandelthema, dan vertaalt zich dat op internationaal niveau in een set van uiteenlopende positieve verplichtingen, die variëren van het strafbaar moeten stellen van mensenhandel tot het bieden van bescherming aan (potentiële) slachtoffers. Vooral ook interessant is de ontwikkeling van operationele positieve verplichtingen, die kort gezegd inhouden dat staten ook verplicht zijn de strafbaarstelling van mensenhandel effectief te handhaven. Tegelijkertijd is ook op nationaal niveau een stelsel van handhavingsverplichtingen ontstaan, dat zowel als een uitvloeisel als nadere uitwerking kan worden gezien van de plichten die op internationaal niveau tot stand zijn gekomen. In dit verband valt vooral te denken aan het strafvorderlijk beleid, neergeslagen in de aanwijzingen van het OM en (interne) werkinstructies van de politie. In bijvoorbeeld de OM-aanwijzing over mensenhandel is voorgeschreven dat elk 'signaal' van mensenhandel moet worden 'opgepakt'. Deze aan de opsporingsambtenaar gerichte instructienorm brengt mee dat wordt onderzocht of voldoende relevante aanknopingspunten voor opsporing bestaan. Is dat het geval, dan dient de opsporingsambtenaar altijd de officier van justitie te betrekken. Dit 'signaalbegrip' vormt een veel lagere drempel dan het verdenkingsbegrip uit artikel 27, eerste lid, Sv en zorgt ervoor dat al vroeg in het opsporingsonderzoek een 'beginselplicht tot voortvarendheid' bestaat.⁴⁴

43 Huisman wijst op het diffuse karakter van deze term en vermoedt dat die vooral wordt gebruikt vanwege zijn 'mobiliserende werking'. Huisman, *DD* 2017/31, p. 340, p. 343.

44 De terminologie is ontleend aan Cleiren & Crijns 2010.

De bovenstaande ontwikkelingen maken, bezien in hun onderlinge samenhang, duidelijk hoeveel heden ten dage van het strafrecht, en het materieel strafrecht als onderdeel daarvan, wordt verwacht. Bovendien ook dat deze verwachtingen doorgaans vooral een wens tot een 'instrumenteel' gebruik van het strafrecht verraden. Het materieel strafrecht is, zo bezien, vooral een verlengstuk van het formeel strafrecht: een effectieve verwezenlijking van het strafrecht via het formeel strafrecht moet vooral niet al te veel in de weg worden gezeten door een onnodig begrenzend materieel strafrecht.

Het is niet aannemelijk dat vanuit deze context veel valt te verwachten waar het de meer rechtsbeschermende aspecten van het materieel strafrecht betreft. Hier kan mijns inziens een eerste belangrijke rol voor het rechtsbelang worden gesignaleerd. Het rechtsbelangenconcept faciliteert een kritische houding tegenover strafbaarstelling en heeft als zodanig de potentie een mitigerende rol te spelen in gevallen waarin op het materieel strafrecht druk wordt uitgeoefend, vanuit welke hoek die ook komt. Daarbij is het niet alleen van belang dat het rechtsbelang zich wat steviger als criterium voor strafbaarstelling in de materiële strafrechtsdogmatiek nestelt – complementair aan de rol die daarbinnen doorgaans wel voor het schadebeginsel is ingeruimd –, maar vooral ook dat dit op het niveau van de wetgever een meer prominente positie gaat innemen. Het moge inmiddels genoegzaam duidelijk zijn op welke wijze deze positionering verder vorm kan krijgen, namelijk door in het proces dat tot strafbaarstelling leidt meer aandacht te besteden aan de vraag welk rechtsbelang met de strafbaarstelling beschermd wordt en, indien eenmaal dit rechtsbelang is uitverkoren, te expliciteren op welke wijze dit rechtsbelang via het strafbaar stellen van de gedraging precies bescherming geniet.

Een rol op het plan van de wetgever geeft ook ruimte het rechtsbelang breder toepassing te laten vinden, in de ordening van het wetboek en bij de uitleg van wetgeving door de rechter. Of een herordening van het wetboek vereist is aan de hand van het rechtsbelang is denk ik vooral een kwestie van smaak. Vanuit het oogpunt van toegankelijke en systematische wetgeving, belangrijke facetten van het legaliteitsbeginsel, is hiervoor veel te zeggen. In elk geval is het onwenselijk, dunkt me, dat de structuur die via de titels in ons wetboek is doorgevoerd niet kan rekenen op een consistent en helder idee. Daarmee bedoel ik dat deze titels niet steeds op een rechtsbelang zijn gebaseerd, maar ook een meer kwalificatief karakter kunnen hebben of soms alleen een nadere aanduiding geven van het delict dat daarin is opgenomen. Enig onderhoud aan die structuur kan mijns inziens geen kwaad. De urgentie daarvan wordt onderstreept doordat in het wetboek – naast de gedragingen die in dit boek centraal hebben gestaan – ook andere delicten zijn opgenomen waarvan de strekking niet goed aansluit op de titel waarin zij zijn weggelegd.⁴⁵

45 Zie hierover nader Ten Voorde 2017, p. 34-35.

Naast de rechtsbeschermende dimensie die zo-even werd uitgelicht, komt aan het rechtsbelang ook een betekenisgevende of interpretatieve functie toe, die functioneert op het niveau van de rechtstoepassers. De vraag rijst natuurlijk hoe invloedrijk deze functie moet zijn. Vooropgesteld moet worden dat de wet primair dient te worden uitgelegd aan de hand van de bestanddelen die van de wettelijke omschrijving deel uitmaken: *rubrica non est lex*. De dekkings-eis, zoals die net werd ontleend aan Rozemond, geldt met andere woorden onverkort. Dit impliceert niet alleen een primaire gebondenheid aan de wet, maar ook een opdracht aan de wetgever om zorg te dragen voor delicts-omschrijvingen die zoveel als mogelijk zelfstandig het verwijtbare gedrag aangeven dat hij strafbaar heeft willen stellen. Het gaat hier om een systeem-kenmerk van het Nederlands, materieel strafrecht, waarin niet voor niets wordt uitgegaan van de veronderstelling dat het gedrag en de pleger strafbaar zijn als het feit bewezen is en kan worden gesubsumeerd onder bijvoorbeeld een in het Wetboek van Strafrecht neergelegde strafbepaling.⁴⁶

Gevallen blijven evenwel denkbaar waarin de tekst van de wet en diens historische achtergrond geen uitsluitel geven over de strekking van de norm, vooral als het onderliggende fenomeen zich in velerlei verschijningsvormen voordoet, zoals het geval is bij mensenhandel. Toepassing van de norm op de voorliggende feiten levert in zulke moeilijke gevallen problemen op die niet zonder meer kunnen worden opgelost binnen de bandbreedte van de wettelijke omschrijving. In die uitzonderlijke zaken zal de rechter zijn toevlucht moeten zoeken tot andere betekenisconstructen. Voordat zal worden betoogd dat het rechtsbelang hierbij een belangrijke rol kan spelen, is het goed op te merken dat in de literatuur ook wel andere betekenisconstructen zijn onderscheiden die *prima facie* overeenkomsten kennen met het rechtsbelang.

Voor een daarvan was in dit boek al eerder aandacht: de toepassing van de kwalificatie-uitsluitingsgrond. Bedient de rechter zich van deze methode, dan komt hij weliswaar tot een bewezenverklaring, maar geven de feiten van de zaak aanleiding om daaraan niet de delictskwalificatie te verlenen die de wetgever daaraan heeft gegeven. Volgens Kelk en De Jong fungeert deze kwalificatie als een op zichzelf staand bestanddeel,⁴⁷ maar dat is een misleidende omschrijving. Anders dan bij het bewijzen van een bestanddeel dwingt deze methode het bewezenverklaarde nog eenmaal integraal te bezien en het geheel vervolgens tegen het licht te houden van het 'etiket' waarvan de bewezenverklaarde gedraging is voorzien. Dit terwijl een bestanddeel weliswaar niet los kan worden gezien van de andere bestanddelen in een delictsomschrijving, maar toch altijd wel enigszins autonoom kan worden bewezen. Een bestanddeel vergt immers nog niet dat naar het totaalbeeld van het bewezenverklaarde behoeft te worden gekeken. Het gebruik van de delictskwalificatie

46 Dit schema is overzichtelijk omschreven door Schaffmeister & Heijder 1983, p. 441. Zie ook Kelk/De Jong 2016, p. 151-154.

47 Kelk/De Jong 2016, p. 107.

als interpretatief instrument maant hier nu juist wel toe. De kwalificatie-uitsluitingsgrond heeft recentelijk een belangrijke rol gespeeld bij de afbakening van verschillende delicten door de Hoge Raad, zoals bijvoorbeeld dat van witwassen.⁴⁸

Naast de kwalificatie-uitsluitingsgrond kan ook de wederrechtelijkheid worden genoemd. Ik doel hier op de wederrechtelijkheid als algemene voorwaarde voor strafbaarheid. In ons strafrechtelijk systeem ligt de veronderstelling besloten dat met de bewezenverklaring van een gedraging de wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid zijn gegeven, tenzij uit omstandigheden anders blijkt.⁴⁹ Die omstandigheden worden vervolgens behandeld in het kader van de strafuitsluitingsgronden, die weer zouden kunnen worden onderverdeeld in rechtvaardigingsgronden onderscheidenlijk schulduitsluitingsgronden. Heijder heeft, later ook met Schaffmeister, reeds in 1981 een belangrijkere betekenis voor de wederrechtelijkheid in het strafrecht bepleit.⁵⁰ Niet alleen zou de vraag naar het wederrechtelijke karakter van de gedraging naar het oordeel van Heijder en Schaffmeister moeten worden behandeld in het kader van de rechtvaardigingsgronden; de wederrechtelijkheid zou reeds op het niveau van de delictsomschrijving een veel geprononceerdere rol moeten krijgen, ook overigens indien die niet als bestanddeel in de wettelijke omschrijving is opgenomen.⁵¹

Heijder en Schaffmeister willen de wederrechtelijkheid niet als automatisme veronderstellen, maar gaan veeleer ervan uit dat die telkens als een bewezenverklaring rond is, apart nog moet worden vastgesteld. Om dit voornemen op een staatsrechtelijk verantwoorde wijze te verwerken, zien zij een model voor zich waarin die wederrechtelijkheid via een of meer bestanddelen van de delictsomschrijving kan worden 'geconcretiseerd'.⁵² Interessant is te zien hoe de auteurs deze rol verder uitwerken en daarbij afhankelijk zijn van het rechtsbelang dat met de normen waarop het strafrecht zich richt wordt beschermd. Wederrechtelijkheid houdt, zo kunnen de auteurs worden begrepen, 'strijd met het objectieve recht' in en dit betekent weer dat telkens moet kunnen worden vastgesteld dat de gedraging die is begaan inbreuk maakt op het rechtsbelang dat de strafbaarstelling beoogt te beschermen. Voor alles bepleiten de auteurs hiermee niet zozeer de concretisering van de *wederrechtelijkheid* in de gedraging, maar gaat het telkens veeleer om de concretisering van het *beschermde rechtsbelang* in de gedraging.⁵³ Indien nodig kunnen de bestand-

48 Zie daarover Borgers, *DD* 2013/33. Zie over een mogelijke rol van de kwalificatie-uitsluitingsgrond bij mensenhandel Esser & Dettmeijer-Vermeulen, *DD* 2014/48.

49 Kelk/De Jong 2016, p. 151.

50 Heijder 1981.

51 Schaffmeister & Heijder 1983, p. 471 e.v.

52 Schaffmeister & Heijder 1983, p. 471 e.v.

53 Bij de berechting van concrete gevallen kan toepassing van de 'leer van het beschermde belang' volgens Heijder 'een bevredigende toespitsing van de wederrechtelijkheid' geven. Heijder 1981, p. 95.

delen van de delictsomschrijving, bezien op deze manier, steeds van een op het rechtsbelang georiënteerde uitleg worden voorzien, waarmee de grenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid ook in belangrijke mate door de verhouding tussen dit rechtsbelang en de gedraging worden bepaald. Alsdan wordt op het niveau van de bewezenverklaring – op dat van de feiten dus – een soortement van relativiteitsvereiste ingevoerd, een *Schutz*-norm, die net als in het burgerlijk recht en het bestuursrecht een nadere toespitsing van de onrechtmatigheid mogelijk maakt in het concrete geval.⁵⁴

Het is natuurlijk niet moeilijk om hier de parallellen met de interpretatieve functie van het rechtsbelangenconcept te signaleren. De benaderingswijze van Heijder en Schaffmeister overtuigt in mijn optiek nog steeds, in die zin dat deze beoogt het belangrijke concept van wederrechtelijkheid een plaats te geven binnen de termen van de wet, termen dus die door de wetgever zelf zijn aangereikt. Door aansluiting te zoeken bij de delictsomschrijving wordt voorkomen dat de rechter ten opzichte van de wetgever een al te vrije ruimte krijgt, wat niet alleen staatsrechtelijk problematisch is, maar ook de rechtszekerheid niet steeds bevordert.⁵⁵ Een goed voorbeeld kunnen we ontleen aan de bevindingen die hierboven zijn besproken. Het inlezen van een bestanddeel ‘uitbuiting’ in sommige gedragingen in artikel 273f, eerste lid, kan mijns inziens goed worden beschouwd als een wijze om de wederrechtelijkheid, en daarmee het rechtsbelang, in de bedoelde gedragingen te concretiseren. De Hoge Raad zoekt echter zijn toevlucht buiten de wettelijke termen om, nog daargelaten dat zich bij deze gedragingen natuurlijk ook de vraag opdringt of het door de Hoge Raad geselecteerde rechtsbelang daadwerkelijk het rechtsbelang is dat de wetgever met de strafbaarstelling van de gedragingen heeft willen beschermen.

Om tot een bevredigend resultaat te komen, staan bij moeilijke gevallen voor de rechter, zo kan uit het bovenstaande worden afgeleid, meer wegen open. Het gebruik van de delictskwalificatie heeft daarbij het voordeel dat het vaak gaat om een concreet geformuleerde term, van de wetgever afkomstig, die doorgaans een nadere ‘typering’ geeft van het delict in kwestie. Een zekere *Typizität*stoets wordt daarmee mogelijk, een methode die ook wel door Kelk en De Jong is voorgesteld.⁵⁶ Toch zijn aan deze benadering mijns inziens zowel meer materiële als meer processuele nadelen verbonden. In eerste instantie vraag ik me af of de formulering van een wettelijke delictskwalificatie

54 Vgl. artikel 8:69a Awb. In het bestuursrecht behelst het relativiteitsvereiste een verbod voor de rechter om besluiten te vernietigen op grond van strijd met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. Zie over het relativiteitsvereiste in het burgerlijk recht en bestuursrecht nader Heijder 1981, p. 90-92.

55 Merk op dat hier een parallel waarneembaar is met de dekkingseis die zonet aan Rozemond werd ontleend. Het concept van die dekkingseis lijkt evenwel wat meer ruimte te bieden voor interpretatie buiten de bestanddelen van de delictsomschrijving om.

56 Kelk/De Jong 2016, p. 108.

steeds de potentie heeft om als onderscheidend criterium te dienen indien over de strekking van het bewezenverklaarde een oordeel moet worden geveld. Een delictskwalificatie is namelijk precies wat zij zegt te zijn: een kwalificatie, ofwel: een nadere benaming van hetgeen strafbaar is gesteld. Een groot voordeel van een interpretatie via het rechtsbelang is mijns inziens dat het rechtsbelang zich veel meer in een *species-genus*-verhouding tot de gedraging verhoudt. Juist het meer abstracte karakter daarvan maakt dat het rechtsbelang in zeer uiteenlopende, ook nog niet voorzienbare gevallen als kritisch kader kan dienen. Naast dit materiële argument is ook een belangrijk processueel voordeel aan een interpretatie via het rechtsbelang verbonden, mits die verloopt via de wettelijke termen zelf. Alsdan kan namelijk reeds op het niveau van de bewezenverklaring worden vastgesteld dat in de concrete zaak straffeloosheid moet volgen: zou het inderdaad niet zuiver zijn, zoals Heijder ook heeft vastgesteld, tot een vrijspraak te komen indien al op het niveau van de bewezenverklaring blijkt dat het evident wederrechtelijke karakter aan de gedraging ontbreekt?

Door het rechtsbelang in Nederland een meer prominente plaats te geven, ontstaat een meer rationele, door belangen gestuurde strafrechtsvorming. Bovendien kan daardoor de consistentie in de systematiek van het Wetboek van Strafrecht worden vergroot en kan het rechtsbelang tevens een belangrijke rol vervullen in gevallen waarin de strafbepalingen op ingewikkelde feitencomplexen moeten worden toegepast. Al met al zou het helemaal niet zo vreemd zijn om tot een herbezinning op het rechtsbelang in het Nederlands strafrecht te komen en dat dogmatisch een stevigere plek toe te bedelen. Uit deze studie volgt in elk geval dat één strafbaarstelling in het Wetboek van Strafrecht daarmee duidelijk gebaat zou zijn. Het is helaas een feit dat het mensenhandel-misdrijf zich in de toekomst zal blijven voordoen en bovendien dat de verschijningsvormen waarin mensenhandel zich in de 'voor-juridische werkelijkheid' presenteert onder invloed van een veelheid aan factoren steeds weer zullen veranderen. Dit indachtig is duidelijk dat behoefte bestaat aan een helderder en toegankelijker regeling, ingebed in een duidelijke, op het rechtsbelang gebaseerde systematiek en opererend in een omgeving waarin de rechter over het instrumentarium beschikt om de wet op staatsrechtelijk verantwoorde wijze toe te passen.