



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Wetsvoorstel strafbaarstelling misbruik prostitué(e)s die slachtoffer zijn van mensenhandel: Een toets vanuit wetssystematisch en dogmatisch perspectief

Cleiren, C.P.M.; Dorst, J.

Citation

Cleiren, C. P. M., & Dorst, J. (2017). Wetsvoorstel strafbaarstelling misbruik prostitué(e)s die slachtoffer zijn van mensenhandel: Een toets vanuit wetssystematisch en dogmatisch perspectief. *Nederlands Juristenblad*, 92(28), 1960-1966. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/62177>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/62177>

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

Wetsvoorstel strafbaarstelling misbruik prostitué(e)s die slachtoffer zijn van mensenhandel

Een toets vanuit wetssystematisch en dogmatisch perspectief

Tineke Cleiren & Jelle Dorst¹

Het belang van het bestrijden van mensenhandel kan niet worden overschat en zo gezien moet het Initiatiefwetsvoorstel Segers dat gebruikmaken van prostitué(e)s die slachtoffer zijn van mensenhandel strafbaar wil maken positief worden gewaardeerd. Maar een dergelijk wetsvoorstel verdient een legitimering die toereikend is om de keuze voor een via het strafrecht te beschermen rechtsbelang te rechtvaardigen. In dit artikel wordt gesignaleerd dat een toets van het voorstel aan criteria voor strafbaarstelling niet zonder meer positief uitvalt. De relatie tussen het verwijt dat de klant wordt gemaakt en een misdrijf tegen de persoonlijke vrijheid is mager waardoor van de klant een bovengemiddelde zorgplicht wordt verwacht. Vanuit dogmatisch perspectief kan onder andere kritisch worden geoordeeld over het feit de strafbaarheid van de klant niet valt te baseren op een te individualiseren concrete gedraging, maar op diens bijdrage aan het in stand houden van een markt, terwijl die bijdrage de minimale grens van medeplegen en medeplichtigheid niet haalt.

Inleiding

In Nederland is prostitutie niet strafbaar gesteld in het Wetboek van Strafrecht (hierna Sr), maar wel gereguleerd via onder meer gemeentelijke verordeningen en vergunningstelsels met daarop aansluitende beschermende maatregelen voor de prostituee. In enkele andere Europese landen is prostitutie wel strafbaar, zoals in Frankrijk en Zweden. Strafbarestelling van de klant van gedwongen prostitutie is een jonger fenomeen dat inmiddels in diverse landen is ingevoerd. In Europese landen is dat mede voortgevloeid uit internationale instrumenten die zijn ontwikkeld ter bestrijding van mensenhandel. Zo hebben het Europees Parlement en de Europese Raad in 2011 in het kader van een geïntegreerde, holistische en op mensenrechten gebaseerde aanpak van de strijd tegen mensenhandel Richtlijn 2011/36/EU vastgesteld waarbij in de uitwerking in artikel 18 lid 4 wordt geformuleerd:

Om het voorkomen en bestrijden van mensenhandel doeltreffender te maken door de vraag ernaar te ont-

moedigen, overwegen de lidstaten maatregelen te nemen houdende strafbaarstelling van het gebruikmaken van diensten die het voorwerp zijn van uitbuiting in de zin van artikel 2, in de wetenschap dat de betrokkene het slachtoffer is van een in artikel 2 bedoeld strafbaar feit.²

Het belang van het voorkomen en bestrijden van mensenhandel, een misdrijf dat fundamentele mensenrechten aantast, staat buiten kijf. Het strafrecht kan aan de bestrijding daarvan zonder meer een bijdrage leveren en dat gebeurt ook.³ In Nederland is het strafrechtelijk instrumentarium de laatste jaren stevig aangewend in de strijd tegen mensenhandel, in het bijzonder via opsporing, vervolging en berechting ter zake van artikel 273f Sr, het mensenhandel-artikel in ons nationale Sr. Zo gezien ligt het voor de hand om de aanbeveling tot strafbaarstelling van de klant uit artikel 18 lid 4 vorm te geven langs de weg van een bepaling die aansluit bij dat artikel 273f Sr. Maar tegelijkertijd verplicht artikel 18 lid 4 van de richtlijn niet tot (straf)wet-

Vanuit de wetenschap wordt de vraag naar de legitimiteit van strafbaarstelling vaak beantwoord met behulp van criteria voor strafbaarstelling

geving. Strafbbaarstelling wordt de lidstaten 'slechts' in overweging gegeven. Dat is van belang voor de beantwoording van de vraag hoe Nederland het best de doelstelling van deze richtlijn kan realiseren. Juist omdat geen verplichting tot strafbaarstelling bestaat zal de Nederlandse wetgever een keuze voor strafbaarstelling ook nationaal moeten kunnen verantwoorden.

De stand van zaken

De Minister van Veiligheid en Justitie memoreert in de MvT bij de implementatie van Richtlijn 2011/36/EU dat artikel 18 lid 4 van de richtlijn nadrukkelijk een aansporing, maar geen verplichting betreft. De richtlijn laat, zo stelt hij, 'ruimte om op nationaal niveau desgewenst op eigen wijze uitvoering aan de bepaling te geven'.⁴ Artikel 18 lid 4 van de richtlijn sorteert zelf voor op een rol voor het strafrecht en de minister haakt in het proces ter implementatie van dat artikel ook aan op dit rechtsdomein. In het debat in de Tweede Kamer over de implementatie van de richtlijn geeft hij aan geen wetgevende maatregelen te willen nemen naar aanleiding van het daarin opgenomen art. 18 lid 4. Nederland zou genoegzaam voldoen aan de doelstelling van dat artikellid, nu zij die gebruik maken van diensten van een prostituee die slachtoffer is van mensenhandel reeds strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld via artikel 273f lid 1 sub 6 en 8 Sr.⁵

Blijkbaar hebben zijn overwegingen niet iedereen voldoende overtuigd. Er is vervolgens namelijk een initiatiefwetsvoorstel tot strafbaarstelling van de klant van de prostituee tot stand gebracht door de Tweede Kamerleden Segers, Volp en Kooiman.⁶ Deze strafbaarstelling zou moe-

ten worden opgenomen in het Wetboek van Strafrecht als artikel 273g in Titel XVIII, Misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid, en aansluiten op het mensenhandel-artikel 273f Sr. Dit voorstel heeft inmiddels de Tweede Kamer gepasseerd. In de Eerste Kamer heeft daarover reeds een eerste overleg plaatsgevonden.⁷

Kritische vragen bij de behandeling van het Initiatiefwetsvoorstel Segers

In de Kamerdebatten naar aanleiding van het initiatiefwetsvoorstel zijn met name kritische opmerkingen geplaatst bij de handhaafbaarheid van de voorgestelde bepaling, de effectiviteit en de bewijsbaarheid van de opzet (dolus, ook in de zin van voorwaardelijk opzet) en de schuld (culpa). Argumenten die de strafbaarstelling van het gedrag zouden moeten legitimeren zijn slechts aan de orde gekomen in relatie tot deze procesmatige en instrumentele aandachtspunten. Dat verbaast. De wetgever zal immers ook bij deze op het eerste gezicht voor de hand liggende keuze voor strafbaarstelling van de klant van de prostituee met de bedoeling om mensenhandel te bestrijden, prealabele vragen moeten beantwoorden. Is het voor het realiseren van de doelstelling van de richtlijn noodzakelijk en wenselijk om naast de bestaande wettelijke en beleidsmatige instrumenten ter bestrijding van mensenhandel te kiezen voor een regeling bij wet? En is in het geval van een keuze voor wetgeving het strafrechtelijk domein wel het meest geëigende rechtsdomein voor de Nederlandse situatie? Welk schade aan welk strafrechtelijk te beschermen rechtsbelang veroorzaakt de klant?

Dit type vragen vormt de aanleiding voor de onderhavige bijdrage aan het debat over de voorgestelde strafbaarstelling. De vraag of het voor het bereiken van de doelstelling van de richtlijn noodzakelijk is om tot een strafbaarstelling over te gaan, laten we buiten beschouwing. Wel stellen we aan de orde of de in het wetsvoorstel Segers voorgestelde strafbaarstelling en de daarvoor gekozen vormgeving zijn te legitimeren, bezien vanuit criteria voor strafbaarstelling. Het wetsvoorstel zal daarna nader worden bekeken vanuit het perspectief van het schadebeginsel en de verwevenheid daarvan met de krachtens het Wetboek van Strafrecht te beschermen rechtsbelangen.⁸ Daarbij zal ook de benadering van enkele andere Europese

Auteurs

1. Prof. mr. C.P.M. Cleiren is hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden. J. Dorst BA behaalde aan de Universiteit Leiden cum laude zijn Bachelordiploma Liberal Arts & Sciences en is thans masterstudent Europees recht. De totstandkoming van dit artikel werd mede mogelijk gemaakt door een subsidie van het Elise Mathilde Fonds. Wij danken prof. mr. J.M. ten Voorde en Y.E.A. Buruma voor hun waardevolle adviezen bij het tot stand komen van deze tekst en mr. L.B. Esser voor zijn check op de correcte weergave van de beschreven stand van zaken.

Noten

2. Richtlijn 2011/36/EU van het Europees parlement en de Raad van 5 april 2011 inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad.
3. Alink & Wiarda spreken zelfs van een noodzakelijk sluitstuk. Zie M. Alink & J. Wiarda, 'Materieelrechtelijke aspecten van mensenhandel', in: *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Preadviezen 2010*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.
4. Wetsvoorstel 33309, 3 MvT, Implementatie van de richtlijn 2011/36/EU van het Europees Parlement en de Raad inzake

voorkoming en bestrijding van mensenhandel, de bescherming van slachtoffers ervan, en ter vervanging kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad (*PbEU* L 101).

5. Nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II* 2012/13, 33309, 6, p. 7 e.v. De minister is van oordeel dat subonderdeel 6 (het voordeel trekken) toereikend is om tot vervolging van de klant over te gaan. Daar kon men destijds evenwel niet zeker van zijn, omdat nog nooit een klant voor dat subonderdeel was vervolgd. De Hoge Raad heeft inmiddels geoordeeld dat sub 6 een dubbel opzetvereiste bevat: opzet op voordeel trekken én op uitbuiting. ECLI:NL:HR:2015:2467 HR 8 september 2015, 13/06074. In de andere hierna aan

de orde komende Europese landen blijkt de gekozen vorm van strafwetgeving zodanig te zijn ingericht dat opzet op de uitbuiting niet (altijd) relevant is.

6. Segers (ChristenUnie), Volp (PvdA) en Kooiman (SP). Wetsvoorstel strafbaarstelling misbruik prostitu(e)s die slachtoffer zijn van mensenhandel, *Kamerstukken* 34 091. Hierna aangeduid als Initiatiefwetsvoorstel Segers.
7. Het voorlopig verslag van het debat in de Eerste Kamer is vastgesteld op 25 oktober 2016, *Kamerstukken II* 2016/17, 34091, B.
8. In deze bijdrage wordt niet onderscheiden tussen rechtsgoed en rechtsbelang. Gekozen is voor het gebruik van het begrip rechtsbelang.



lidstaten worden meegenomen. Vervolgens zal het voorstel worden beschouwd vanuit strafrechtelijk dogmatisch perspectief, in het bijzonder door een toets aan de mogelijkheden voor verruiming van strafrechtelijke aansprakelijkheid via zorgplichten, begunstiging en deelnemingsvormen.

Criteria voor strafbaarstelling

De rol van criteria voor strafbaarstelling

Vanuit de wetenschap wordt de vraag naar de legitimiteit van strafbaarstelling vaak beantwoord met behulp van criteria voor strafbaarstelling.⁹ Daaronder worden veelal begrepen: het schadebeginsel, het moreel verwerpelijk karakter van het gedrag, het tolerantie criterium, het principe van ultimum remedium, de handhaafbaarheidsnorm, een effectiviteitseis en de frequentie van het gedrag. Deze criteria zijn niet zaligmakend, maar kunnen wel een bijdrage leveren aan een rationele en te verantwoorden keuze om tot strafbaarstelling over te gaan. Elk van de genoemde criteria heeft een eigen rol en betekenis, en is verbonden met een van de doelen die de overheid met strafbaarstelling beoogt te realiseren. Van de genoemde criteria zijn alleen het schadebeginsel en het beginsel van morele verwerpelijkheid als inhoudelijke criteria te begrijpen. De andere criteria hebben een procesmatig of een instrumenteel karakter en kwamen in het debat over het wetsvoorstel wel uitvoering aan de orde.

In het geval de toets aan deze criteria voor strafbaarstelling overwegend negatief uitvalt ligt een keuze om daartoe over te gaan, mede vanwege het ultimum-remedium beginsel, niet erg in de rede. Toch hoeft een dergelijke conclusie niet per se te leiden tot het verwerpen van strafbaarstelling. Ook strafwetgeving met een 'louter' of overwegend symbolische betekenis kan soms gerechtvaardigd zijn.¹⁰

Een toets van het Initiatiefwetsvoorstel Segers aan criteria voor strafbaarstelling, ultimum remedium en symboolwetgeving

Om een toets aan materiële (inhoudelijke) criteria voor strafbaarstelling te kunnen uitvoeren zal eerst moeten worden vastgesteld welke overtreding van welke gedragsnorm

men met de strafbaarstelling beoogt te sanctioneren. Bij deze eerste stap stuiten we reeds op een onvolkomenheid. De richtlijn beoogt de doelstellingen van preventie en handhaving optimaler te kunnen realiseren. Met de aanbeveling tot strafbaarstelling van de klant wordt een materieelrechtelijke bepaling aangewend om dat procesrechtelijk doel te bereiken. Deze oplossing via het materiële strafrecht ligt niet zonder meer voor de hand. Welke rechtsbelang schendt de klant in het licht van de procesrechtelijke doelstelling? Als een materiële gedragsnorm op schending waarvan strafbaarstelling zou moeten volgen ontbreekt of niet duidelijk is kan men ook niet toekomen aan een beoordeling van de voorgestelde strafbaarstelling volgens inhoudelijke criteria voor strafbaarstelling. Een legitimering van de voorgestelde strafbaarstelling op inhoudelijke gronden is dus nauwelijks mogelijk. Deze bevinding verklaart wellicht dat in het Initiatiefwetsvoorstel en de daaraan gewijde teksten en debatten (inhoudelijke) materieelrechtelijk legitimerende argumenten niet goed uit de verf komen.

Laten we deze onvolkomenheid even terzijde, dan blijkt ook bij de volgende stap dat een toets van het Initiatiefwetsvoorstel aan inhoudelijke criteria van strafbaarstelling vanuit het perspectief van de legitimiteit van de strafbaarstelling niet achterwege mag blijven. Deze stelling vergt een toelichting. Neemt men de in de Kamerdebatten over het initiatiefwetsvoorstel gewisselde kritische argumenten serieus, dan lijken er op basis van een toets aan processuele criteria voor strafbaarstelling (handhaafbaarheid, effectiviteit en bewijsbaarheid) zo veel drempels te bestaan dat niet valt uit te sluiten dat het Initiatiefvoorstel vooral een wet met een symboolfunctie betreft. Hoewel dat zoals gezegd geen doorslaggevende reden is om strafbaarstelling af te wijzen, moeten we ons in dit concrete geval wél afvragen of dat aanvaardbaar is. Aan de voorgestelde strafbaarstelling kleven voor de klant van de prostituee – en in het bijzonder voor de klant die te goeder trouw is – namelijk behoorlijke nadelen. De strekking van het voorgestelde artikel 273g Sr is weliswaar beperkt tot de klant die weet heeft of ernstig moet vermoeden dat er sprake is van een slachtoffer van mensenhandel, maar procesrechtelijk brengt deze strafbaarstelling mee dat elke burger die als

potentiële klant de werksfeer van een prostituee binnenstapt vanaf dat moment als verdachte zou kunnen worden gekwalificeerd. Daarmee komen diens privacy en bewegingsvrijheid direct in de gevarenzone. Dat betekent dat de doelstelling van de richtlijn (preventie en handhaving bevorderen) kan worden gehaald, maar wel ten koste van andere eveneens te beschermen rechtsstatelijke belangen. Een legitimering van de strafbaarstelling van het gedrag op inhoudelijke gronden blijft dus ook in geval van een wet met louter een symboolfunctie nodig.

Schade aan de in het Initiatiefwetsvoorstel Segers genoemde rechtsbelangen

De systematiek van het Wetboek van Strafrecht

Ons uit 1886 stammend Wetboek van Strafrecht draagt meer dan vage sporen van de twee genoemde materieel-rechtelijke criteria voor strafbaarstelling: het schadebeginsel en het beginsel van morele verwerpelijkheid. Het wetboek is verdeeld in Titels waarin de te beschermen rechtsbelangen leidend zijn, zoals openbare orde, veiligheid van de Staat en de zeden. De destijds aangevoerde gronden voor strafbaarstelling van het aantasten of in gevaar brengen van die rechtsbelangen zijn ons nog steeds niet vreemd. Men noemde 'schade',¹¹ 'onrecht'¹² of 'morele verwerpelijkheid'¹³ als voorwaarden voor het inzetten van het strafrecht.¹⁴

Omdat wij in deze bijdrage geïnteresseerd zijn in de legitimiteit van de strafbaarstelling van het gedrag van de klant van de prostituee en de daarbij aansluitende vormgeving ligt in deze bijdrage een toets van het Initiatiefwetsvoorstel aan deze gronden in de rede. Een dergelijke aanpak sluit bovendien rechtstreeks aan op de systematiek van ons Wetboek van Strafrecht waarin de beschermde rechtsbelangen door middel van de Titels als ordenend principe gelden voor door strafbaar gestelde gedragingen aangebrachte schade of aangedaan onrecht. De benadering via rechtsbelangen heeft een meer continentale achtergrond, de benadering vanuit schade is met name doorontwikkeld vanuit common law stelsels. Beide perspectieven, de schadeveroorzakende handeling en de aantasting van het beschermde rechtsbelang, worden weliswaar niet steeds op elkaar betrokken, maar vormen wel twee zijden van dezelfde medaille.¹⁵ Omdat de twee zijden in literatuur en debat niet steeds scherp worden onderscheiden nemen we hierna beide perspectieven in de beoordeling mee.

Procesrechtelijk brengt deze strafbaarstelling mee dat elke burger die als potentiële klant de werksfeer van een prostituee binnenstapt vanaf dat moment als verdachte zou kunnen worden gekwalificeerd

De te beschermen rechtsbelangen in het Initiatiefwetsvoorstel Segers

De materiële norm van het Initiatiefwetsvoorstel Segers dat voorligt bij de Eerste Kamer luidt:

Hij die seksuele handelingen verricht met een ander, terwijl hij weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat die ander zich onder de in artikel 273f, eerste lid, onder 1°, bedoelde omstandigheden beschikbaar stelt tot het verrichten van seksuele handelingen met een derde tegen betaling, wordt gestraft met

De MvT bij het wetsvoorstel vermeldt over het te beschermen rechtsbelang het volgende:

*'Zoals uit het voorgaande mag blijken is naar de mening van de initiatiefnemers het te beschermen belang bij de strafbaarstelling de positie van het slachtoffer van mensenhandel in de prostitutie. Om die reden wordt voorgesteld om de strafbaarstelling in titel XVII van het Wetboek van Strafrecht te plaatsen (misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid) en wel na artikel 273f met betrekking tot mensenhandel. Hoewel deze strafbaarstelling geen vorm van mensenhandel in zichzelf is, wordt wel hetzelfde belang beschermd als bij artikel 273f van het Wetboek van Strafrecht. Bij de voorgestelde strafbaarstelling wordt namelijk gebruik gemaakt van diensten waarvoor een ander niet uit vrijheid kiest, en waardoor grondrechten als de lichamelijke en geestelijke integriteit en de persoonlijke vrijheid worden geschonden. Vandaar dat plaatsing van het nieuwe artikel direct na artikel 273f van het Wetboek van Strafrecht voor de hand ligt.'*¹⁶

De initiatiefnemers maken in deze overweging gebruik

9. Zie voor een beknopt overzicht van literatuur en rol C.P.M. Cleiren, 'Functie en waarde van criteria voor strafbaarstelling in het huidige tijdsgewricht', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek, Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaal-wetenschappelijke realiteit*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers, 2012, p. 7-24.

10. Zie onder meer W.J. Witteveen, P. van Seters & G. van Roermund (red.), *Wat maakt de wet symbolisch?*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 115-136; en G.J. Veerman, D. de Kok & B.J. Clement, *Over*

wetgeving, Principes, paradoxen en praktische beschouwingen, Den Haag: Sdu 2012, p. 157-165.

11. Zie hierover reeds veel eerder Cesare Beccaria, *Over misdaden en straffen*, 1764, vertaald en toegelicht door prof. dr S.A.M. Stolwijk, Den Haag: Boom Juridisch 2016, in het bijzonder p. 71. Voor een diepgaande studie over het schadebeginsel zie J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 1-4*: Oxford: Oxford University Press 1984, 1985, 1986 en 1988.

12. Zie bijv. beraadslagingen in de Tweede Kamer 25 October 1880, H.J. Smidt,

Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, tweede druk, herzien en aangevuld door J.W. Smidt, Eerste deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1881, p. 11.

13. Zie onder meer J. Bentham, *An introduction to the principles of Morals and legislation*, 1789.

14. Ook in de huidige 'risicosamenleving' wordt het belang van die gronden nog steeds onderkend, maar neemt men steeds vaker genoegen met strafbaarstelling van gevaar voor of risico op aantasting van die rechtsbelangen.

15. Het verschil kan ons inziens worden

begrepen vanuit het in continentale stelsels met het legaliteitsbeginsel verbonden codificatiebeginsel. Strafbareheid van schadeveroorzakend gedrag in continentale stelsels is bepaald en beperkt door de bij de wetgever benoemde te beschermen rechtsbelangen.

Zie voor deze perspectieven ook Nina Persak, *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*, New York: Springer 2007.

16. *Kamerstukken II*, 2014/15, 34091, 3. p. 11.

Met de gebruikte woorden ‘en waardoor’ wordt een causaal verband gelegd tussen de gedraging van de klant en de schade aan de drie benoemde rechtsbelangen

van drie te onderscheiden rechtsbelangen: de lichamelijke integriteit, de geestelijke integriteit en de persoonlijke vrijheid. Een nadere verdieping van de vraag naar potentiële te veroorzaken schade of het te beschermen rechtsbelang vindt in de wetgevingsprocedure nauwelijks plaats.

Een toets van het Initiatiefwetsvoorstel Segers aan de categorisering van rechtsbelangen

In het Initiatiefwetsvoorstel wordt de strafbaarstelling ondergebracht in Titel XVIII, Misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid, en wel als artikel 273g Sr, direct volgend op het mensenhandel-artikel 273f.¹⁷ Bezien vanuit de onderliggende richtlijn lijkt deze keuze goed te verdedigen. Maar er valt ook wat tegen in te brengen. De Europese richtlijn duidt het gedrag niet als aantasting van de persoonlijke levenssfeer, als mensenhandel of uitbuiting, noch als immoreel, slecht, schadelijk of verwerpelijk. De richtlijn zelf is er immers niet primair op gericht om het gebruik maken van diensten van een prostituee zelf aan banden te leggen of te criminaliseren, maar om het fenomeen mensenhandel beter aan te kunnen pakken. Is het dan wel vanzelfsprekend om – zoals in de MvT wordt verdedigd – de beoogde strafbaarstelling van die gedraging onder te brengen onder de Titel Misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid? Het ‘strafrechtelijk verwijt’ dat in de plaatsing in die Titel ligt besloten is immers zwaar en gaat verder dan de richtlijn proponeert.

Materieelrechtelijk wordt met de keuze voor artikel 273g WvSr een nieuw delict tegen de persoonlijke vrijheid gecreëerd. Dit terwijl de gedraging van de klant zelf slechts als zodanig strafbaar blijkt te kunnen worden door die ‘op te hangen’ aan mensenhandel. Deze stand van zaken, die samenhangt met de hierboven besproken processuele doelstelling van de richtlijn in het kader van mensenhandel, illustreert dat de materieelrechtelijke grond voor strafbaarstelling niet heel sterk is. Strafbaarstelling via de Titel van Misdrijven tegen de zeden of Misdrijven tegen de openbare orde wordt als mogelijk alternatief in de overwegingen omtrent implementatie van de richtlijn niet ten gronde aan de orde gesteld. Dat bevreemdt overigens niet omdat strafbaarstelling via die weg zou impliceren dat prostitutie en het gebruik maken van diensten van een prostituee als verwerpelijk wordt beschouwd. Die implicatie zou haaks staan op het feit dat prostitutie in Nederland als een erkend beroep wordt beschouwd en de klant, evenals de prostituee, in beginsel niet strafbaar is.

Een beknopte vergelijking van inhoud en vormgeving van de strafbaarstelling met andere landen en de aldaar in het kader van implementatie van artikel 18 sub 4 Richtlijn 2011/36/EU genoemde gronden voor strafbaarstelling en wetgevingssystematiek kan bijdragen aan een waardering van het thans in Nederland voorliggende wetsvoorstel. Die vergelijking is onder meer relevant vanwege het gegeven dat – anders dan in Nederland – prosti-

tutie ‘an sich’ in sommige Europese lidstaten strafbaar is.

Terwijl Duitsland¹⁸ eenzelfde benadering heeft als Nederland, verwijzen Zweden,¹⁹ Finland²⁰ en het Verenigd Koninkrijk²¹ wél expliciet naar de lichamelijke, dan wel geestelijke integriteit van de prostituee. Deze lidstaten plaatsen de strafbaarstelling in de categorie van misdrijven tegen de zeden. Hoewel de regelingen in deze drie landen onderling verschillen waar het de reikwijdte van de strafbaarstelling betreft – die van Zweden vereist niet de aanwezigheid van omstandigheden die duiden op mensenhandel – stellen ze eensgezind het betalen voor de seksuele relatie centraal. Strafrechtelijk wordt de klant verweten dat hij schade berokkent aan de goede zeden door te betalen voor seksuele diensten van een prostituee die zich in een positie van mensenhandel bevindt. Dit concreet gemaakte rechtsbelang van goede zeden vormt het aanknopingspunt om de vraagzijde van mensenhandel te ontmoedigen. Dat de klant bijdraagt aan een situatie van mensenhandel wordt daarin niet als verwijt neergelegd, en evenmin wordt de strafbepaling ‘opgehangen’ aan het mensenhandel-artikel.

Dat het Initiatiefwetsvoorstel Segers de strafbaarheid van de klant juist wel ‘ophangt’ aan mensenhandel en daarmee onder de Titel Misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid accentueert dat het voorstel niet wordt gebaseerd op of gerelateerd aan een meer inhoudelijke discussie over wat de klant strafrechtelijk wordt of mag worden verweten. Met de gemaakte keuze voor koppeling aan mensenhandel en plaatsing in de Titel Misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid wordt de immer terugkerende vraag naar morele verwerpelijkheid van prostitutie en daarmee de mogelijke kwalificatie van prostitutie en van de klant van de prostituee als in strijd met de goede zeden mooi versluierd.²²

De voorgestelde juridische constructie in strafrechtelijk dogmatisch perspectief

Een oprekking van de zorgplicht

Zoals eerder weergegeven vermeldt de MvT dat de klant gebruik maakt van diensten waarvoor een ander niet uit vrijheid kiest, en waardoor grondrechten als de lichamelijke en geestelijke integriteit en de persoonlijke vrijheid worden geschonden. Met de gebruikte woorden ‘en waardoor’ wordt een causaal verband gelegd tussen de gedraging van de klant (het gebruik maken van diensten) en de schade aan de drie benoemde rechtsbelangen. Deze tamelijk onbeduidend ogende relatie heeft consequenties, omdat het gedrag van de klant daarmee wat betreft zijn verantwoordelijkheden onverbrekkelijk lijkt te worden verbonden met de onder de in artikel 273f lid 1 onder 1° bedoelde omstandigheden waarin de prostituee zich bevindt of zou kunnen bevinden. Hoewel de weergegeven tekst niet met zoveel woorden in de voorgestelde strafbepaling is opgenomen is de strekking van de bepaling hier wel mee ingekleurd. De wederrechtelijkheid van de gedra-

ging wordt volledig bepaald door deze relatie. Maar kan en mag een van mensenhandel slechts afgeleide strafbaarstelling daartoe toereikend zijn?

De wederrechtelijkheid ligt niet zozeer in de gedraging van de klant, maar in een feitelijke omstandigheid waarvan de klant weet zou hebben of moeten hebben. Dit, terwijl een duidelijke grens tussen vrijwillige en gedwongen prostitutie niet valt te geven en daardoor ook niet het moment, of de omstandigheid, waarin een situatie van vrijwilligheid overgaat in mensenhandel.²³ Als de overheid zelf al niet of nauwelijks in staat blijkt om prostituees die wel dan wel geen slachtoffer zijn van mensenhandel te onderscheiden, hoe kan een uiterst alerte en integere klant zo'n 'afgeleide' zorgplicht dan invullen? Een dergelijke grondslag voor strafbaarheid rekt de aansprakelijkheid van de burger wel heel sterk op.²⁴

De problematiek van deze afgeleide zorgplicht, die ontstaat door de voorgestelde verbinding tussen het gedrag van de klant en de positie van het slachtoffer, is in Zweden, Finland en het Verenigd Koninkrijk niet aanwezig nu zij de seksuele handelingen met slachtoffers van mensenhandel strafbaar stellen. Door het gedrag als misdrijf tegen de zeden te beschouwen wordt het te beschermen rechtsbelang en daarmee de strafrechtelijke zorgplicht van de klant geconcretiseerd. Het is daarbij opvallend dat deze landen ook een structureel lagere maximale straf mogelijk maken dan de voorstellen in Duitsland en Nederland. Deze laatste voorzien gevangenisstraffen van maximaal vijf jaar en drie jaar, terwijl rechters in Finland en Zweden respectievelijk ten hoogste zes maanden en één jaar vrijheidsbeneming mogen opleggen, en de klant in het Verenigd Koninkrijk met een geldboete van maximaal £ 1000 wegblijft. De relatief zwaardere strafmaat in de Nederlandse en Duitse wetsvoorstellen lijkt te passen bij de verbinding van het gedrag van de klant aan de positie van het slachtoffer van mensenhandel. Omdat hiermee wordt geïmpliceerd dat de klant bijdraagt aan de situatie van het slachtoffer

van mensenhandel, wordt een zwaardere straf mogelijk gemaakt dan in de landen die het gedrag 'slechts' als misdrijf tegen de zeden zien. Op basis van het gegeven dat in Nederland het verwijt zwaarder is, zou een afgeleide zorgplicht dus juist des te meer moeten worden verantwoord. Een dergelijke verantwoording ontbreekt in de MvT en de Kamerstukken, terwijl blijkens het strafmaximum de klant zwaar wordt aangerekend dat hij deels verantwoordelijk wordt gehouden voor de positie waarin het slachtoffer van mensenhandel zich bevindt.

Ook zonder de bijdrage van de desbetreffende concrete klant zal er sprake zijn van mensenhandel

Een vorm van begunstiging?

De vormgeving van de strafbaarstelling via de 'ophanging' aan mensenhandel is, zoals in het voorafgaande al enigszins zichtbaar werd, niet zonder meer vanzelfsprekend. Men kan – zoals in de MvT gebeurt – verdedigen dat de gekozen constructie van een aan een ander misdrijf opgehangen strafbaarstelling niet wezenlijk afwijkt van de strafbaarstelling van opzet- en schuldheiling. Toch gaat deze vergelijking niet volledig op. Het strafbare karakter van heling wordt bepaald door 'begunstiging' (Titel XXX Sr), dat wil zeggen dat het gaat om gedrag (heling) dat een ander misdrijf (diefstal, verduistering, afpersing, enz.) ondersteunt na afloop van dat misdrijf en daarmee dat misdrijf begunstigt. De strafbaarstelling van begunstiging heeft dus betrekking op en vindt zijn rechtvaardiging in gedragingen die na afloop van het misdrijf worden verricht. Anders gezegd, het goed dat wordt geheeld moet dus afkomstig zijn van een misdrijf dat al is

17. De MvT verwijst overigens abusievelijk naar titel XVII (Schending van geheimen) *Kamerstukken II* 2014/15, 34091, 3. p. 11. Sic!

18. Art. 232a para. 6 Strafgesetzbuch. Titel: 'Straftaten gegen die persönliche Freiheit'. Originele tekst: 'Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer an einer Person, die Opfer 1. eines Menschenhandels nach § 232 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe a, auch in Verbindung mit § 232 Absatz 2, oder 2. einer Tat nach den Absätzen 1 bis 5 geworden ist und der Prostitution nachgeht, gegen Entgelt sexuelle Handlungen vornimmt oder von ihr an sich vornehmen lässt und dabei deren persönliche oder wirtschaftliche Zwangslage oder deren Hilflosigkeit, die mit dem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist, ausnutzt. Nach Satz 1 wird nicht bestraft, wer eine Tat nach Satz 1 Nummer 1 oder 2, die zum Nachteil der Person, die nach Satz 1 der

Prostitution nachgeht, begangen wurde, freiwillig bei der zuständigen Behörde anzeigt oder freiwillig eine solche Anzeige veranlasst, wenn nicht diese Tat zu diesem Zeitpunkt ganz oder zum Teil bereits entdeckt war und der Täter dies wusste oder bei verständiger Würdigung der Sachlage damit rechnen musste.'

19. Hfdst. 6 ('On Sexual Crimes') sectie 11 svenska brottsbalken. Officiële vertaling: 'A person who, otherwise than as previously provided in this Chapter, obtains a casual sexual relation in return for payment, shall be sentenced for purchase of sexual service to a fine or imprisonment for at most one year. The provision of the first paragraph shall also apply if the payment was promised or given by another person.'

20. Hfdst. 20 ('Sex offences') sectie 8 rikoslaki. Officiële vertaling: 'A person who, by promising or giving remuneration involving direct economic benefit, induces a

person referred to as victim in section 9 or 9a in Chapter 25, section 3 of 3a to engage in sexual intercourse or in a comparable sexual act shall be sentenced, unless the act is punishable pursuant to section 8a, for exploitation of a victim of prostitution to a fine or imprisonment for at most six months.'

21. Section 53A 2009 Sexual Offences Act. Originele tekst: 'A person (A) commits an offence if a. A makes or promises payment for the sexual services of a prostitute (B), b. a third person (C) has engaged in exploitative conduct of a kind likely to induce or encourage B to provide the sexual services for which A has made or promised payment, and c. C engaged in that conduct for or in the expectation of gain for C or another person (apart from A or B). The following are irrelevant d. where in the world the sexual services are to be provided and whether those services are provided, e. whether A is,

or ought to be, aware that C has engaged in exploitative conduct (...) A person guilty of an offence under this section is liable on summary conviction to a fine not exceeding level 3 on the standard scale.'

22. Zie hierover C.P.M. Cleiren & J.M. ten Voorde, 'Prostitutie en souteneurschap in het strafrecht: rechtsbelangen in beweging', *Ars Aequi* 2016, afl. 5, p. 398-405.

23. Zie onder meer M. Verhoeven & E. van Straalen, *Contactmomenten tussen de overheid en prostituees*, Den Haag: WODC 2015, p. 17 en Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen, 2016; *Prostitutie en mensenhandel*. Den Haag: Nationaal Rapporteur, p. 141.

24. Zie ook Raad voor de rechtspraak, *Advies initiatiefwetgeving strafbaarstelling misbruik prostitué(e)s die slachtoffer zijn van mensenhandel van de Raad voor de rechtspraak*, 19 februari 2015.

gepleegd.²⁵ Daarmee worden de helingsbepalingen onderscheiden van deelneming aan misdrijven, waarvan de strafbaarstelling is gericht op gedrag dat voor of tijdens het misdrijf plaatsvindt. De situatie van het gebruik van diensten door de klant van een prostituee die slachtoffer is van mensenhandel kan men dan ook niet een-op-een vergelijken met die van heling. Het gedrag (gebruik van diensten van een prostituee) is namelijk niet een handeling die na afloop van het misdrijf mensenhandel dat misdrijf mensenhandel ondersteunt en daarmee begunstigt. In geval van mensenhandel zal er eerder sprake zijn van een doorlopend delict, waarbij het aandeel van de klant aan dat misdrijf niet achteraf – op basis van zijn gedraging – te individualiseren of concretiseren is. Ook zonder de bijdrage van de desbetreffende concrete klant zal er sprake zijn van mensenhandel. Elke klant van een individualiseerbare prostituee die als slachtoffer van mensenhandel kan worden gekwalificeerd levert daarmee een nooit volledig individualiseerbare bijdrage aan het in stand houden van de strafbare situatie van mensenhandel. Weliswaar zou hiertegen kunnen worden ingebracht dat de klant door gebruik te maken van diensten van een prostituee die slachtoffer is van mensenhandel bijdraagt aan en onmisbaar is voor het in stand houden van een criminele markt. Dat zou – ook binnen het perspectief van het schadebeginsel – een legitimerend argument voor strafbaarstelling kunnen zijn. De cumulatie van gedragingen van te onderscheiden klanten bepaalt dan de schade. Deze constructie biedt evenwel geen uitweg. Strafrechtelijke aansprakelijkstelling is gezien de aard van het strafrecht namelijk noodzakelijkerwijs steeds geïndividualiseerd.

Strafbaarheid buiten de grens van medeplegen en medeplichtigheid

Dogmatisch bezien heeft de voorgestelde strafbaarstelling, die is 'opgehangen' aan mensenhandel meer overeenkomsten met het medeplegen van mensenhandel. Waarom wordt dan niet aangenomen dat de richtlijn in de strafrechtspraktijk via die strafrechtelijk 'gebruikelijke' weg kan worden gerealiseerd? Bezie men deze optie serieus, dan blijkt dat bij wetenschap van de onder de in artikel 273f lid 1 onder 1° bedoelde omstandigheden het vereiste opzet van de medepleger wel is gericht op zijn eigen gedraging, het gronddelict, maar niet op het medeplegen van mensenhandel als bedoeld in dat sub-lid.²⁶ De daarvoor vereiste bewuste en nauwe samenwerking ontbreekt. De wetenschap van de klant van de in lid 1 onder 1° bedoelde omstandigheden en het opzet van de – mogelijk ver van het feitelijk gebeuren opererende – uitbuiters van de prostituee zijn immers niet aan elkaar gerelateerd. Het opzet op het medeplegen van mensenhandel als bedoeld in lid 1 onder 1° valt dus niet eenvoudig te construeren. Deze stand van zaken illustreert dat de dogmatisch meest passend ogende optie, die van strafbaarheid van de klant via medeplegen van enige vorm van mensenhandel volgens artikel 273f Sr lid 1 onder 1° geen haalbare kaart is. De eis van dubbel opzet geldt ook voor medeplichtigheid: opzet op de gedraging die de klant zelf pleegt en opzet op de ondersteuning van het misdrijf van de uitbuiters. Kortom, de voorgestelde strafbaarstelling zou niet kunnen worden vervangen door handhaving van het strafrecht via medeplegen of medeplichtigheid aan mensenhandel. Die conclusie is niet zonder betekenis. De gedraging die met artikel 273g Sr tot strafbaar feit wordt verheven

blijkt niet toereikend om van medeplegen of medeplichtigheid aan mensenhandel als bedoeld in artikel 273f lid 1 onder 1° te spreken. Desondanks wordt de strafbaarstelling van de gedraging in het wetsvoorstel gelegitimeerd door die 'op te hangen' aan opzet of schuld ten aanzien van de omstandigheid dat er sprake is van mensenhandel. Dat gaat wel erg ver over de grenzen van de in het strafrecht geaccepteerde vormen van aansprakelijkheid heen.

Tot slot

Laten we nogmaals vooropstellen dat het belang van het bestrijden van mensenhandel niet ter discussie staat en niet mag staan. Evenmin stellen wij vraagtekens bij voorstellen voor nieuwe wet- en regelgeving die erop is gericht te voldoen aan Europese richtlijnen. Integendeel, juist bij internationale en grootschalige vormen van criminaliteit als mensenhandel is niet alleen volgzame uitvoering, maar ook een actieve coöperatieve attitude noodzakelijk. Zo bezien moet het Initiatiefwetsvoorstel Segers positief worden gewaardeerd. De regering heeft evenwel meer verantwoordelijkheden. De keuze voor de invoering van het Initiatiefwetsvoorstel Segers verdient een legitimering die toereikend is om de keuze voor een via het strafrecht te beschermen rechtsbelang te rechtvaardigen.

We hebben onder meer signaleerd dat een toets van het Initiatiefwetsvoorstel aan criteria voor strafbaarstelling – zelfs in geval van symboolwetgeving – niet zonder meer positief uitvalt. De relatie tussen het verwijt dat de klant wordt gemaakt en een misdrijf tegen de persoonlijke vrijheid is mager. Mede daardoor wordt van de klant een bovengemiddelde zorgplicht verwacht. Vanuit dogmatisch perspectief kan men kritisch oordelen over het feit dat de strafbaarheid van de klant niet valt te baseren op een te individualiseren concrete gedraging, maar op diens bijdrage aan het in stand houden van een markt, terwijl die bijdrage de minimale grens van medeplegen en medeplichtigheid niet haalt. Vanuit dogmatisch perspectief biedt ook de constructie via 'begunstiging' geen soelaas. De in deze bijdrage gehanteerde perspectieven om het wetsvoorstel te beoordelen maken in hun onderlinge verwevenheid zichtbaar dat met name de 'ophanging' van de strafbaarheid van de klant aan de in artikel 273f lid 1 onder 1° genoemde omstandigheden problematisch is.

De Nederlandse wetgever zal bij opvolging van Europese richtlijnen zijn eigen verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van onze nationale wetgeving moeten blijven oppakken en waarmaken. De in deze bijdrage gegeven overwegingen, die uitmonden in een kritisch oordeel over de strafrechtelijke wetssystematische en dogmatische consequenties van het wetsvoorstel illustreren dat goed bedoelde voorstellen tot verwerking van Europese aanbevelingen consequenties kunnen hebben voor de legitimiteit van ons nationaal strafrechtelijk stelsel.

Laten we hopen dat de Senaat ook deze belangen zal betrekken in de beoordeling van het concreet voorliggende Initiatiefwetsvoorstel Segers. •

25. H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, tweede druk, herzien en aangevuld door J.W. Smidt, Eerste deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1881, p. 159.

26. Deze argumentatie is nauw verbonden met het hiervoor onder 'Een opbrekking van de zorgplicht' besproken aspect van de wederrechtelijkheid.