

De minister van justitie,
d.t.v. mr. J.J. Wiarda
Postbus 20301
2500 EH 's-Gravenhage

Kenmerk: UIT 1283/ONTW WSK

11 december 2002

Bij brief van 23 juli 2002 verzocht u de Raad voor de rechtspraak (hierna: de Raad) te adviseren naar aanleiding van een conceptwetsvoorstel inzake bestrijding van mensensmokkel, mensenhandel, seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie. De adviesaanvraag is voorgelegd aan het dagelijks bestuur van het landelijk overleg van de voorzitters van de strafsectoren.

adviesaanvraag

De adviesaanvraag heeft betrekking op uitvoeringswetgeving zodat de Raad zich in zijn advies zal beperken tot enkele opmerkingen van redactionele aard.

mr W.H.J. Stemker Köster

070-3619706

De Raad heeft kennis genomen van de opmerkingen van de NVvR naar aanleiding van dit conceptwetsvoorstel. De Raad onderschrijft de suggesties die van de zijde van de NVvR zijn gemaakt met betrekking tot de kwalificatie van de voorgestelde nieuwe redactie van artikel 197a Wetboek van Strafrecht en het nieuw in te voegen artikel 274a van het Wetboek van Strafrecht, te weten de suggestie om in het eerste lid van het nu voorgestelde artikel 197a Wetboek van Strafrecht de passage "Hij die () wordt als schuldig aan mensensmokkel" toe te voegen en de toevoeging van de passage "Als schuldig aan mensenhandel wordt met gevangenisstraf van ten hoogste 6 jaren bestraft: hij die etc" in de kop van het voorgestelde artikel 274a Wetboek van Strafrecht.

Met betrekking tot het voorgestelde derde lid van artikel 197a Wetboek van Strafrecht is een soortgelijke kwalificatie te overwegen. Wellicht biedt de volgende suggestie uitkomst: artikel 197a Wetboek van Strafrecht wordt onderverdeeld in een eerste lid dat aanvangt met de bewoordingen passage "Als schuldig aan mensensmokkel wordt bestraft hij die:" waarna een onderdeel (a) volgt met de tekst van het thans voorgestelde eerste lid en een onderdeel (b) waarin volgt de tekst van het thans voorgestelde derde lid. De voorgestelde strafuitsluitingsgrond blijft in een nieuw in te voegen tweede lid, met dien verstande dat het alsdan verwijst naar het eerste lid, onderdeel (a).

Met betrekking tot het voorgestelde derde lid geeft de NVvR u voorts in overweging het bestanddeel "uit winstbejag" te heroverwegen in verband met de bewijsproblemen. De Raad onthoudt zich van een opvatting over de wenselijkheid van dit bestanddeel, maar deelt de opvatting van de NVvR met betrekking tot de bewijsproblemen.

Het verdient voorts aanbeveling ook in artikel 197a lid 3 de datum van het Protocol te noemen (vide lid 1).

De conceptmemorie van toelichting riep met betrekking tot de term “winstbejag” nog de volgende vraag op. Gesteld wordt dat voor de implementatie van het Protocol tegen de smokkel van migranten over land, over zee en in de lucht geen verdere aanpassing van artikel 197a Wetboek van Strafrecht nodig is behoudens uitbreiding van de werkingsfeer. Dit impliceert dat u van mening bent dat de in artikel 6, eerste lid van het Protocol gebruikte term “rechtstreeks of onrechtstreeks een financieel of ander materieel voordeel (te) verkrijgen” gelijk is aan de term “winstbejag”. Ziet de Raad dit juist? Het verdient aanbeveling op deze begrippen in de memorie van toelichting nader in te gaan

In verband met de strafuitsluitingsgrond van het thans voorgestelde tweede lid merkt de Raad het volgende op. De optionele humanitaire clausule van artikel 1, tweede lid van de EU-richtlijn wordt opgenomen in artikel 197a tweede lid Wetboek van strafrecht. Dat roept de vraag op wat het “verlenen van humanitaire bijstand” betekent? Is dat het zelfde als het “uit ideële motieven behulpzaam zijn” bij het toegang verschaffen als bedoeld in de wetgeschiedenis bij de totstandkoming van het oorspronkelijke artikel 197a Wetboek van Strafrecht? Zie in dat verband de verwijzingen van de AG Machielse naar de parlementaire geschiedenis in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad der Nederlanden van 7 april 1998, ZD1001/106.619.

Denkbaar is dat de gesmokkelde in Nederland verblijf (asiel of anderszins) aanvraagt. Die aanvraag wordt getoetst aan de bepalingen uit de Vreemdelingenwet en de daaruit voortvloeiende regelgeving. Aandacht voor de verhouding tussen, dan wel zo mogelijk afstemming van de betekenis van het begrip humanitaire bijstand en de criteria uit de Vreemdelingenwet op grond waarvan verblijf kan worden verleend lijkt gewenst.

Hoe verhoudt verder de voorgenomen strafbaarstelling van het illegaal verblijf hier te lande (zie het Strategisch Akkoord en het Veiligheidsprogramma) zich met de straffeloosheid van degene die humanitaire bijstand verleent bij het verschaffen van toegang? Een voorbeeld ter toelichting: A is B behulpzaam bij het verschaffen van toegang tot Nederland. A doet zulks op grond van het verlenen van humanitaire bijstand. B verblijft hier vervolgens illegaal. Illegaal verblijf is afzonderlijk strafbaar gesteld. De officier van justitie legt A niet telast het bepaalde van artikel 197a eerste lid, doch de medeplichtigheid aan het illegaal verblijf van B (door het verschaffen van gelegenheid en/of middelen). A beroept zich op zich voor de rechter op de strafuitsluitingsgrond van het thans voorgestelde tweede lid van artikel 197a Wetboek van Strafrecht. Het verdient aanbeveling in de memorie van toelichting aan deze problematiek aandacht te besteden.

Met betrekking tot artikel 4 eerste lid onder (c) van het Kaderbesluit ter bestrijding van mensenhandel wordt opgemerkt dat Nederland geen rechtsmacht zal uitoefenen, indien het strafbare feit van artikel 197a eerste lid Wetboek van Strafrecht is gepleegd voor rekening van de alhier gevestigde rechtspersoon door een niet-onderdaan buiten Nederland. Niet duidelijk wordt waarom Nederland daarvoor kiest en het roept tevens de vraag op hoe zich dit verhoudt tot de leerstukken van de locus delicti en het medeplegen zoals deze in de jurisprudentie van de HR vorm hebben gekregen. Ook op deze vragen verdient het aanbeveling in de memorie van toelichting nader in te gaan. Een en ander klemmt temeer indien men aanneemt dat de bewoordingen “voor rekening van” wetenschap bij de alhier

gevestigde rechtspersoon en derhalve opzet bij deze rechtspersoon impliceren. Nu maakt de voorgestelde gevangenisstraf van 8 jaar indien dit feit is gepleegd door een criminele organisatie of met gevaar voor het leven van de gesmokkelde personen, dan wel indien van de smokkel een beroep of gewoonte wordt gemaakt, het mogelijk ook de voorbereidingshandelingen (al dan niet in verband met andere vormen van daderschap) tot dit misdrijf te vervolgen. Dat kan tot de merkwaardige situatie leiden dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht heeft indien het grondfeit voor rekening van de alhier gevestigde rechtspersoon in het buitenland door een niet-onderdaan is voltooid, terwijl die rechtsmacht mogelijk wel door de rechter aangenomen zal worden indien aan de rechtspersoon telast wordt gelegd dat deze alhier gevestigde rechtspersoon zich door het handelen in het buitenland van een niet-onderdaan voor rekening van de rechtspersoon naar Nederlands recht schuldig maakt aan (bijvoorbeeld) het medeplegen van voorbereidingshandelingen tot het feit.

Met betrekking tot artikel 197a Wetboek van Strafrecht tot slot nog het volgende: het huidige tweede en derde lid worden vernummerd tot leden vier en vijf. Niet duidelijk is of het de bedoeling is dat de strafverzwarende omstandigheden van de alsdan tot vier en vijf vernummerde leden alleen op het misdrijf van het derde lid betrekking hebben, dan wel dat het de bedoeling is deze strafverzwarende omstandigheden zowel op het misdrijf van het eerste lid, als het derde lid van overeenkomstige toepassing te verklaren. Het begrip “uitbuiting” in het thans voorgestelde artikel 274a Wetboek van Strafrecht wordt –behoudens de minimumgevallen waarop het Protocol ziet (te weten uitbuiting is in ieder geval: seksuele dienstverlening, gedwongen arbeid of diensten, slavernij of op slavernij gelijkende praktijken of verplichte dienstbaarheid)– noch in het algemeen deel van de conceptmemorie van toelichting noch in het artikelsgewijs commentaar op het voorgestelde artikel 274a eerste lid onder 1 verder uitgewerkt. De Raad beveelt aan in de memorie van toelichting nader op dit begrip in te gaan. Het belang van een toelichting klemmt te meer nu het Protocol in artikel 3 onder (b) stelt dat indien de in dat artikel genoemde middelen (door dwang, geweld etc werven, vervoeren, onderdak bieden etc) worden gehanteerd de instemming van het slachtoffer “irrelevant” is en het delict derhalve reeds voltooid is indien oogmerk op de uitbuiting bestaat. Met andere woorden van daadwerkelijke “uitbuiting” behoeft nog geen sprake te zijn. Het is juist in een dergelijk geval van belang dat de rechter inzicht wordt verschaft in de achterliggende bedoelingen van de wetgever.

Tot slot zou de memorie van toelichting meer aandacht moeten besteden aan de onderliggende verhouding tussen 250a Wetboek van Strafrecht en het thans voorgestelde 274a Wetboek van Strafrecht. De conceptmemorie van toelichting constateert terecht dat tussen beide artikelen een zekere overlap bestaat. Die overlap bestaat niet alleen in de werkingssfeer, maar strekt zich (ten dele) ook uit tot de bestanddelen. Daarmee wordt een zekere congruentie gesuggereerd, zo niet specialiteit. Het verdient aanbeveling daarop nader in te gaan.

Hoogachtend,

D.J. van Dijk
Lid Raad voor de rechtspraak