ARTIKELEN

‘Internationale’ mensenhandel; zoeken naar een balans tussen vrijheids- en beschermingsbegin-sel*

Luuk Esser

1. Inleiding

In artikel 273f, eerste lid, derde sublid, Wetboek van Strafrecht (Sr) is zakelijk weergegeven strafbaar gesteld degene die een ander aanwerft of medeneemt¹ om die ander in een ander land in de prostitutie tewerk te stellen, zonder dat daarbij sprake hoeft te zijn van wilsonvrijheid of dwang aan de kant van de betrokken prostituee.² Om die reden is deze gedraging altijd al een buitenbeentje geweest in de strafbaarstelling van mensenhandel, waarvan zij sinds jaar en dag deel uitmaakt.³ Van oudsher bedoeld om kwetsbare vrouwen uit het buitenland te beschermen, had de in sublid 3 opgenomen strafbaarstelling, naast een beschermende, altijd ook een bevoogdende uitwerking, die de rechten van de betrokkenen juist ook beperkte, mettertijd zeker ook in het licht van het Nederlandse prostitutiebeleid. Inmiddels is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat deze strafbaarstelling zich beperkt tot situaties waarin uitbuiting kan worden verondersteld, waarmee een belangrijke beperking op de reikwijdte van dit sublid is aangebracht. In deze bijdrage worden de historische wortels van dit specifieke deel van de mensenhandelwetgeving op beknopte wijze onderzocht en wordt gekeken naar de recente

* De auteur schreef deze bijdrage op persoonlijke titel.

1 In artikel 273f, eerste lid, sublid 3, Sr is ook de gedraging ‘ontvoeren’ opgenomen, naast het ‘aanwerven’ en ‘medenemen’. In het ‘ontvoeren’ ligt in feite de wilsonvrijheid reeds besloten, waarmee ten aanzien daarvan ook de in deze bijdrage signaleerde problematiek niet speelt. In dit artikel zal deze delictshandeling dan ook buiten beschouwing worden gelaten.

2 Waar in deze bijdrage gesproken wordt over ‘prostituee’ kan ook ‘prostitutue’ worden gelezen.

3 De gedraging werd pas op 1 februari 1994 expliciet in een wettelijke bepaling neergelegd, in artikel 250ter, eerste lid, sublid 2, (oud) Sr. Daarvoor viel deze gedraging onder de algemene strafbaarstelling van vrouwenhandel, opgenomen in artikel 250ter Sr, dat tot 1 februari 1994 slechts één artikel kende. Dat stond sinds 1 januari 1912 in het Wetboek van Strafrecht en bepaalde dat vrouwenhandel wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaren, zonder dat werd voorzien in een nadere delictomschrijving. Uit de parlementaire stukken wordt echter duidelijk dat minister van Justitie Regout met vrouwenhandel het oog had op ‘[...] elke handeling, ondernomen van het oogenblik dat men zich met de vrouw in aanraking stelt tot op het oogenblik, dat men de vrouw aan de prostitutie – wat men voornemens is – overlevert [...]’ (*Handelingen II* 1910/11, 28, p. 1577). Daaronder viel probleemloos ook de gedraging die thans in sublid 3 staat. Zie M. Alink & J. Wiarda, ‘Materieelrechtelijke aspecten van mensenhandel in het Nederlands strafrecht’, in: *De staatsrechtelijke positie van de politieke partijen; Materieelrechtelijke aspecten van mensenhandel; Schade van derden in het aansprakelijkheidsrecht* (Preadviezen Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 193.

'Internationale' mensenhandel; zoeken naar een balans tussen vrijheids- en beschermingsbeginsel

rechtspraak van de Hoge Raad. Telkens is daarbij speciale aandacht voor de vraag hoe de ontwikkelingen ten aanzien van deze specifieke gedraging in de strafwetgeving over mensenhandel kunnen worden begrepen in het licht van het zoeken naar een balans tussen vrijheids- en beschermingsbeginsel in het strafrecht. Enerzijds is strafrecht *ultimum remedium*, en dient dat burgers een zo groot mogelijke ruimte van vrijheid te bieden.⁴ Anderzijds wordt juist ook in recente jaren een steeds groter beroep gedaan op de beschermingspotentie van het strafrecht, waarbij soms zelfs wordt gesproken in termen van het strafrecht als *optimum remedium*.⁵ Hoe verhouden de strafbaarstelling in sublid 3 en de ontwikkelingen daaromtrent zich daartoe? Voordat de historie van deze gedraging wordt besproken, wordt voor een goed begrip eerst een blik geworpen op de strafbaarstelling van mensenhandel in het algemeen. Na de bespreking van de historie is er aandacht voor de recente rechtspraak van de Hoge Raad. Afgesloten wordt met een conclusie.

2. Mensenhandel in het Wetboek van Strafrecht

Voor wie niet bekend is met de strafwetgeving inzake mensenhandel en voor de eerste maal een blik werpt op het artikel waarin die is strafbaar gesteld, zal wellicht de schrik om het hart slaan. In artikel 273f, eerste lid, Sr staan negen gedragingen die op bestanddelenniveau weliswaar van elkaar verschillen, maar in de wet wel alle als 'mensenhandel' zijn gekwalificeerd. Alle kennen zij een eigen sublid, waarmee het eerste lid van artikel 273f Sr dus uiteenvalt in de subleden 1 tot en met 9.⁶ Deze constructie doet wat vreemd aan. Ondanks de overeenkomst in kwalificatie – alle gedragingen in het eerste lid van artikel 273f Sr 'heten' mensenhandel – gaat het om in aard en ernst uiteenlopende gedragingen. Ook de achtergrond daarvan kan sterk verschillen. Zo kennen de subleden 4 en 5 een sterk nationale oorsprong,

4 Zie daarover J.H. Crijns, 'Strafrecht als ultimum remedium. Levend leidmotief of archaisch desideratum?', AA 2012, p. 11-18.

5 S.S. Buisman, 'Naar een normatief kader voor hybride rechtspleging in Nederland en de Europese Unie', NJB 2021, p. 297. Zie over het zoeken naar een balans tussen vrijheids- en beschermingsgedachte ook J.M. ten Voorde, 'Strafbaarstelling van nieuwe vormen van ongewenste seksuele gedragingen in Nederlandse zedenwetgeving', in: *Noodtoestand in het publiekrecht. Strafbaarstelling van nieuwe vormen van ongewenste seksuele gedragingen. Schadebegroting en tijdsverloop* (Preadviezen Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 191-256.

6 Voor een uitgebreid overzicht van de strekking van deze subleden zie L.B. Esser, *De strafbaarstelling van mensenhandel ontrafeld. Een analyse en heroriëntatie in het licht van rechtsbelangen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, hfdst. 5. Zie verder M. Alink & J. Wiarda, 'Materieelrechtelijke aspecten van mensenhandel in het Nederlands strafrecht', in: *De staatsrechtelijke positie van de politieke partijen; Materieelrechtelijke aspecten van mensenhandel; Schade van derden in het aansprakelijkheidsrecht* (Preadviezen Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 175-262.

daar waar subleden 1 en 2 ontleend zijn aan het internationaal recht.⁷ Dit laatste geldt ook voor de gedraging in sublid 3, die in deze bijdrage centraal staat; die is van origine ontsproten uit het Verdrag van Genève nopens de bestrijding van de handel in meerderjarige vrouwen, uit 1933.⁸

Artikel 273f, eerste lid, Sr omvat bovendien zowel de mensenhandel binnen als buiten de seksindustrie. Niet alleen kunnen over de band van deze bepaling uitbuiters van prostituees strafrechtelijk worden aangepakt, ook is het artikel de basis geweest voor berechtingen van uitbuiters in de horeca, de land- en tuinbouw en, om maar iets te noemen, wasserettes.⁹ Uitbuiting is overigens een kernbegrip binnen artikel 273f Sr. Hoewel de gedragingen daarin alle van het etiket 'mensenhandel' zijn voorzien, gaat het in feite steeds om gedragingen die in meer of mindere mate wel iets hebben uitstaan met dit uitbuitingsbegrip, dat overigens niet van een wettelijke definitie is voorzien.¹⁰ Zo richt sublid 1, waarvan de redactie bijna volledig schatplichtig is aan het Palermo Protocol van de Verenigde Naties (2000),¹¹ zich op degene die een ander werft of huisvest door middel van een dwangmiddel en met het *oogmerk van uitbuiting*. De Hoge Raad heeft eerder bepaald dat voor de vaststelling of sprake is van uitbuiting de in de Nederlandse samenleving geldende maatstaven als referentiekader dienen te worden gehanteerd. Of, en zo ja, wanneer sprake is van uitbuiting is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval, maar bij de beantwoording komt naar het oordeel van de Hoge Raad '[...] onder meer betekenis toe aan de aard en duur van de tewerkstelling, de beperkingen die zij voor de betrokkene meebrengt, en het economisch voordeel dat daarmee door de tewerksteller wordt behaald'.¹² Deze criteria spelen inmiddels, zoals in het vervolg nog te zien zal zijn, ook een rol bij de uitleg van de gedraging die in sublid 3 staat.

Kort en goed: de strafbaarstelling van mensenhandel omvat in potentie een rijk arsenaal aan gedragingen die qua aard, sector en context zeer van elkaar kunnen verschillen.¹³ Wel hebben de gedragingen gemeenschappelijk dat zij beogen uitbui-

7 Subleden 1 en 2 in het eerste lid van artikel 273f Sr vinden hun oorsprong primair in het Palermo Protocol uit 2000 (*Trb.* 2001, 69), een specifiek op de bestrijding van mensenhandel gericht protocol dat als aanvulling dient op het Verdrag van de Verenigde Naties tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad (*Trb.* 2001, 68). Belangrijke andere internationale rechtsinstrumenten, die uitgaan van aan het Palermo Protocol ontleende definities, zijn het Verdrag van de Raad van Europa inzake bestrijding van mensenhandel (*Trb.* 2006, 99) en de EU-Richtlijn mensenhandel 2011/36/EU.

8 *Stb.* 1935, 598. Het verdrag trad hier op 19 november 1935 in werking.

9 Zie voor een veroordeling voor mensenhandel in een wasserette Rb. Amsterdam 10 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1663. Uitgebreider over mensenhandel in relatie tot arbeidsuitbuiting S.M.A. Lestrade, *De strafbaarstelling van arbeidsuitbuiting in Nederland* (diss. Nijmegen; Serie Staat en Recht, deel 39), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

10 Of dat wel zou moeten, is een vraag die onder anderen door Lestrade en Rijken bevestigend wordt beantwoord. Zie S.M.A. Lestrade & C.R.J.J. Rijken, 'Mensenhandel en uitbuiting nader bepaald', *DD* 2014/64.

11 Zie daarover uitgebreid D. McClean, *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and Protocols*, Oxford: Oxford University Press 2007.

12 HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099, NJ 2010/598 m.nt. Y. Buruma, r.o. 2.6.1.

13 L.B. Esser & C.E. Dettmeijer-Vermeulen, 'Mensenhandel op een tweesprong. De omgang van rechters met de ruim geformuleerde mensenhandelgedraging in de delictomschrijving van artikel 273f lid 1 sub 4 Sr', *DD* 2014/48.

‘Internationale’ mensenhandel; zoeken naar een balans tussen vrijheids- en beschermingsbeginsel

ting tegen te gaan, binnen en buiten de seksindustrie. En dat voor het bewijs ofwel een vorm van onvrijwilligheid aan de kant van het slachtoffer is vereist (omdat een dwangmiddel moet worden bewezen) ofwel dat sprake is van een minderjarig slachtoffer. In de meest brede zin beoogt de strafbaarstelling aldus de vrijheid te beschermen.¹⁴

3. De inhoud en historie van sublid 3

Die laatste opmerkingen over de strekking van de strafbaarstelling van mensenhandel lijken generiek toepasbaar op de gedragingen die in artikel 273f, eerste lid, Sr zijn strafbaar gesteld, maar dat geldt niet voor de specifieke gedraging die in deze bijdrage centraal staat. In de delictsomschrijving van sublid 3 valt juist de ruime formulering van deze gedraging op, die zich niet beperkt tot situaties waarin sprake is van onvrijwilligheid of dwang. In artikel 273f, eerste lid, sub 3, Sr is strafbaar gesteld:¹⁵

‘degene die een ander aanwerft, medeneemt of ontvoert met het oogmerk die ander in een ander land ertoe te brengen zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met of voor een derde tegen betaling.’

We zien hier dat op basis van deze delictsomschrijving aan de bewezenverklaring geen hogere eisen worden gesteld dan dat bijvoorbeeld bewezen wordt dat de een de ander uit het buitenland heeft meegenomen om die ander in Nederland in de prostitutie te laten werken (het zich beschikbaar stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met of voor een derde tegen betaling). Bovendien werden handelingen als ‘aanwerven’ en ‘medenemen’ en het bestanddeel ‘ertoe te brengen’ jarenlang extensief uitgelegd.¹⁶ Dat op basis van deze wettekst snel van strafbaar handelen sprake kan zijn, is niet alleen theorie, maar bleek – voordat de Hoge Raad in 2016 arrest wees – ook uit de feitenrechtspraak. Illustratief is bijvoorbeeld een vonnis van de Rechtbank Groningen uit 2010, waarin de feitelijke gedraging van de veroordeelde niet verder strekte dan het enkel over de grens chauffeurs van een vriendin naar een nachtclub in Nederland.¹⁷ In dit vonnis is ook duidelijk te zien dat artikel 273f, eerste lid, sublid 3, Sr al snel de basis kon vormen voor het inzetten van vergaande opsporingsbevoegdheden; de Koninklijke Marechaussee (KMar) had met dit onderdeel van de strafbaarstelling van mensenhandel in feite al met verdachten te maken als na het oversteken van de Nederlandse grens ook maar enigszins het vermoeden bestond dat de betreffende personen naar een bordeel op

14 Over de relatie tussen het rechtsbelang van de vrijheid en de gedragingen die als mensenhandel zijn strafbaar gesteld, zie kritisch L.B. Esser, ‘Het rechtsbelangenconcept: een multifunctioneel instrument in het strafrecht’, AA 2021, p. 198-203.

15 Per 1 januari 2005 stond deze gedraging in het derde sublid van de strafbaarstelling van mensenhandel in artikel 273a (oud) Sr, dat op 1 september 2006 werd vernummerd tot artikel 273f Sr. Daaraan ontleent de gedraging haar huidige plek.

16 Zie uitgebreid L.B. Esser, *De strafbaarstelling van mensenhandel ontrafeld. Een analyse en heroriëntatie in het licht van rechtsbelangen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 202-225.

17 Rb. Groningen 14 oktober 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BO0437.

weg waren. Niet zelden gebeurde het dan ook dat de inzet van bestuursrechtelijke controlebevoegdheden, bijvoorbeeld in het kader van het Mobiel Toezicht Veiligheid, leidde tot een strafrechtelijke verdenking op grondslag van de mensenhandelgedraging in sublid 3.¹⁸

De wetgever heeft op meer momenten in het verleden de reikwijdte van sublid 3 op het netvlies gehad, maar telkens besloten de strafbaarstelling in zijn ruime vorm intact te laten, zelfs nadat in 2000 het bordeelverbod werd opgeheven.¹⁹ Dat mag een verrassing heten. In die opheffing van het bordeelverbod culmineerde nu juist het denken over prostitutie als vrij en legaal beroep en de verheffing van de personen, meest vrouwen, die zelf over de keuze voor dit beroep zouden moeten gaan. Zelfbeschikking en een sterkere arbeidsrechtelijke positie voor prostituees waren in het maatschappelijk discours rondom de laatste eeuwwisseling kernthema's.²⁰ Al met al lijkt dat moeilijk samen te gaan met de ruimte die sublid 3 biedt om personen te straffen die prostituees rondom de tewerkstelling in de prostitutie behulpzaam zijn. Temeer geldt dat gelet op de achtergrond van de gestage groei van de Europese Unie en het feit dat werken in andere EU-landen voor meer Unieburgers steeds eenvoudiger is geworden. Klip heeft in zijn annotatie bij een arrest van de Hoge Raad uit 2013 dan ook gewezen op het ongerechtvaardigde onderscheid dat de strafbaarstelling in sublid 3 aanbrengt tussen Nederlandse en buitenlandse prostituees. 'Als prostitutie een als zodanig legale bedrijfstak is', aldus Klip, 'dan mag die dienstverlening niet alleen worden verricht, maar mag daarvoor binnen de gehele Unie worden geworven. [...] Niet valt in te zien waarom buitenlandse vrouwen beschermd zouden moeten worden, waar zulks niet nodig wordt geacht voor Nederlandse vrouwen.'²¹ Of in dit kader gesproken kan worden van strijd met vrijverkeersrechten of het Unierechtelijke discriminatieverbod (artikel 18 VWEU), is een vraag die tot dusver op nationaal noch op internationaal niveau expliciet is beantwoord. In een arrest van de Hoge Raad van 20 december 2016 zag een van de cassatiemiddelen op deze vraag – en stuurde de steller daarvan ook aan op het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie –, maar kon de beantwoording daarvan door de Hoge Raad vrij eenvoudig worden afgedaan omdat hij nu juist net, in mei van dat jaar, zijn restrictieve interpretatie van de gedraging in sublid 3 had geïntroduceerd.²² Hoewel dat niet expliciet uit zijn overwegingen valt af te leiden, ligt daarin impliciet het oordeel besloten dat in elk geval geen beroep op het vrij verkeer van werknemers en personen en het discriminatieverbod kan worden gedaan door de persoon die prostituees aanwerft ten be-

18 Nationaal Rapporteur Mensenhandel, *Jurisprudentie mensenhandelzaken 2009-2012. Een analyse*, Den Haag 2012, p. 68. Over dat Mobiel Toezicht Veiligheid – en de verweving daarbij van straf- en vreemdelingenrecht – zie uitgebreid M.A.H. van der Woude, J. Brouwer & T.J.M. Dekkers, *Beslissen in grensgebieden. Een onderzoek naar het Mobiel Toezicht Veiligheid zoals uitgevoerd door de Koninklijke Marechaussee*, Den Haag: Boom criminologie 2016.

19 Daarover uitgebreid A.L. Daalder, *Prostitutie in Nederland na opheffing van het bordeelverbod*, Den Haag: WODC 2007.

20 R. Zuidema, M.C.M. Aerts & K. Boonstra, *Arbeidsrecht voor prostituees. De (on)mogelijkheid van toepassing van het arbeidsrecht op arbeidsverhoudingen in de prostitutiebranche*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2006.

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

22 HR 20 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2909.

'Internationale' mensenhandel; zoeken naar een balans tussen vrijheids- en beschermingsbeginsel

hoeve van het verrichten van prostitutiewerkzaamheden in een ander land onder omstandigheden die als uitbuiting kunnen worden aangemerkt.²³

Wat nu maakt dat de wetgever bij verschillende wetgevingsherzieningen het sublid toch heeft behouden? Het is interessant om ter beantwoording van die vraag eerst te kijken naar de oorsprong van dit sublid. Als gezegd gaat de genese daarvan terug tot een in Genève gesloten internationaal verdrag, uit 1933, dat staten opriep strafbaar te stellen:

*'[...] ieder, die, ter voldoening van eens anders lusten, eene meerderjarige vrouw of meisje, zelfs met haar goedvinden, met het oog op het plegen van ontucht in een ander land, heeft aangeworven, medegenomen of ontvoerd, zelfs dan wanneer de verschillende handelingen, die de bestanddeelen van het strafbare feit uitmaken, in verschillende landen gepleegd zijn.'*²⁴

Dat in deze bepaling geen dwangmiddelen waren opgenomen, vormde een breuk met eerdere, op internationaal niveau tot stand gebrachte strafbaarstellingsverplichtingen. Daarin was steeds zorgvuldig de grens bewaakt tussen bepalingen over prostitutie enerzijds en die over vrouwen- dan wel mensenhandel anderzijds.²⁵ Het prostitutiebeleid was, zo luidde destijds de *communis opinio*, voorbehouden aan de soevereine staten. Werd men tot prostitutie gedwongen dan lagen de kaarten anders en leken landen, vooral die in West-Europa, betrekkelijk eensgezind in hun voornemen om gezamenlijk op te trekken.²⁶ Dwangmiddelen werden zo het scharnierpunt in de eerste pogingen om tot internationale strafbaarstellingsverplichtingen te komen en te voorkomen dat daarbij, in de woorden van de Nederlandse jurist Collard, 'het ruime veld der prostitutie' zou worden 'betreden'.²⁷

De definitie uit 1933 brak met die traditie. Het paste helemaal in het tijdsgewricht, waarin in verschillende West-Europese landen striktere zedelijke normen opgeld doen en uiteindelijk ook uitdrukking vinden in de nationale strafwetten. In Nederland is de befaamde zedenwet uit 1911 – voluit: de Wet tot bestrijding van de zedeloosheid – van minister Regout van Justitie het meest bekende voorbeeld.²⁸ Die voorzag, zeker in vergelijking met het liberale karakter van het Wetboek van Strafrecht van 1886, in een flinke uitbreiding van de mogelijkheden om te voorzien in een strafrechtelijke overheidsreactie op onzedelijk geacht gedrag. De staat wilde geen zedenmeester zijn, maar werd dat feitelijk wel. De strafbaarstelling van vrouwenhandel die met de zedenwet van Regout het licht zag, was zo ruim geformu-

23 Zo ook Lestrade, die opmerkt dat onder de omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld, '[...] aan de verdachte geen beroep toe [komt] op de Unierechtelijke verkeersvrijheden of het beginsel van non-discriminatie'. S.M.A. Lestrade, *De strafbaarstelling van arbeidsuitbuiting in Nederland* (diss. Nijmegen; Serie Staat en Recht, deel 39), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 98.

24 *Stb.* 1935, 598.

25 Zie daarover uitgebreider Esser 2019, p. 67-80.

26 Zie voor een historisch overzicht van de eerste internationale verdragen tegen mensenhandel, J. Allain, 'White Slave Traffic in International Law', *Journal of Trafficking and Human Exploitation* 2017, afl. 1, p. 1-40.

27 W.L.A. Collard, *De 'handel in blanke slavinnen'* (diss. Amsterdam UvA), Tredition Classics 2013, p. 168.

28 Esser 2019, p. 80-93.

leerd dat voor de implementatie van het Verdrag uit 1933 geen verdere actie behoefde te worden ondernomen.

Pas vanaf de jaren negentig van de twintigste eeuw komt de ruime reikwijdte van sublid 3 mondjesmaat ter discussie te staan en dat is best opmerkelijk tegen de achtergrond van de seksuele revolutie die dan alweer een tijdje achter de rug is.²⁹ Als in de loop van de jaren negentig de wijziging van de mensenhandelwetgeving op tafel komt te liggen, is bij de strafwetgever grote terughoudendheid te bespeuren om de gedraging te decriminaliseren.³⁰ Daaraan ligt in eerste instantie ten grondslag de gevoelde onwenselijkheid om een internationaal verdrag op te zeggen.³¹ Een belangrijk aspect lijkt ook te zijn geweest, al is dat minder zichtbaar in de parlementaire stukken, de oprechte zorgen over het lot van diegenen die vanuit het buitenland – de taal vaak niet machtig – hier in Nederland in de prostitutiebranche terechtkomen. Die houding is ook wel begrijpelijk. Juist vanaf de jaren tachtig begint het onderzoek naar de positie van buitenlandse prostituees in Nederland toe te nemen. In een beleidsrapport uit 1985 spreken onderzoekers Buijs en Verbraken hun zorgen uit over de prevalentie van vrouwenhandel in Nederland en wijzen zij vooral op de penibele positie van in Nederland werkzame prostituees afkomstig uit derdewereldlanden.³² Zij merken op dat deze vrouwen vaak in een afhankelijke positie ten opzichte van derden verkeren, niet zelden als gevolg van armoede. In dezelfde jaren tachtig zien we in het strafrecht dan ook wat wel omschreven wordt in termen van een opkomst dan wel herleving van het beschermingsbeginsel.³³ Waar tijdens de seksuele revolutie sterk de nadruk lag op de zelfontplooiing en zelfbeschikking – mensen werden primair gezien als vrije, autonome wezens – en zeker op zedelijk gebied van decriminalisatie (*de jure* en *de facto*) sprake was geweest, moest het strafrecht zich nu juist weer richten op het beschermen van de meest kwetsbaren. Tegen deze achtergrond is het niet zo verwonderlijk dat de gedraging die thans in sublid 3 staat, voor het Nederlandse strafrecht werd behouden. Dat wil niet zeggen dat nooit serieuze pogingen zijn gedaan om het toepassingsbereik van het sublid te beperken. In het debat rond de opheffing van het bordeelverbod valt vooral een amendement van het Tweede Kamerlid Halsema (GroenLinks) op (1999), waarin zij constateert dat het '[...] inconsistent [is] om zowel prostitutie door Nederlandse en EU-onderdanen, als de exploitatie van die prostitutie legaal te laten zijn, maar de werving op basis van vrijwilligheid van buitenlandse prostituées (ook binnen de EU) strafbaar te laten'.³⁴ Het amende-

29 Opmerkelijk is ook dat de invloedrijke Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving – vaak vernoemd naar zijn tweede voorzitter, de Leidse hoogleraar straf- en strafprocesrecht A.L. Melai – die in de jaren zeventig werd belast met een onderzoek naar de herziening van de zedenwetgeving, er in zijn rapporten geen punt van maakte. Dat terwijl Melai – en de commissie – juist als liberaal, aan de kant van het vrijheidsbeginsel opererend, te boek stond.

30 Esser 2019, p. 130-134.

31 *Kamerstukken II* 1990/91, 21027, nr. 8, p. 2.

32 H.W.J. Buijs & A.M. Verbraken, *Vrouwenhandel. Onderzoek naar aard, globale omvang en de kanalen waarlangs vrouwenhandel naar Nederland plaatsvindt*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 1987.

33 R.S.B. Kool, *De strafwaardigheid van seksueel misbruik* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1999, p. 127, die vooral ingaat op de rol van het beschermingsbeginsel bij de strafbaarstelling van seksuele misdrijven gericht tegen minderjarigen.

34 *Kamerstukken II* 1998/99, 25437, nr. 15.

ment beoogt uiteindelijk te voorzien in het invoegen van het bestanddeel 'bedrieglijk', zodat de strafbaarheid zich zou beperken tot degene die een ander onder valse voorwendselen in de prostitutie in een ander land lokt.³⁵ Het amendement kon echter niet op een meerderheid in de Tweede Kamer rekenen. Ook toenmalig minister Korthals van Justitie zag niets in het beperken van de strafrechtelijke aansprakelijkstelling. Opnieuw is de voornaamste drijfveer het niet willen opzeggen van het uit 1933 stammende verdrag, waarmee Nederland volgens de bewindspersoon internationaal een 'verkeerd signaal' zou afgeven.³⁶ Bovendien is hij de opvatting toegedaan dat de door Halsema gesignaleerde inconsistentie tussen deze strafbaarstelling en de opheffing van het bordeelverbod 'in het licht van de bestrijding van mensenhandel verantwoord is'.³⁷ Ook in de jaren na 2000, als de mensenhandelwetgeving haar huidige vorm krijgt, staat de strafbaarstelling van de in sublid 3 opgenomen gedraging niet ter discussie en merkt minister van Justitie Donner op dat deze '[...] een nuttig en aanvullend instrument [biedt] in de bestrijding van mensenhandel, gericht op seksuele uitbuiting'.³⁸

Op de keper beschouwd bevindt de discussie over de reikwijdte van sublid 3 zich steeds tussen vrijheids- en beschermingsbeginsel. Het voorstel van Halsema uit 1999 om die reikwijdte te beperken, moet worden gezien als een poging de wetgeving meer in lijn te brengen met het Nederlandse prostitutiebeleid na opheffing van het bordeelverbod (2000) en de daaraan ten grondslag liggende premisse dat mensen in vrijheid voor het werk in de prostitutie moeten kunnen kiezen. Zo kan ook de kritiek van Klip op sublid 3 worden gelezen, dat volgens hem een ongerechtvaardigde inbreuk maakt op de Unierechtelijke vrije verkeersrechten van prostitutees. Met sublid 3 wordt, anders gezegd, de vrijheid van de betrokkenen nodeloos beknot, niet alleen theoretisch, maar ook praktisch, in die zin dat enige behulpzaamheid van derden bij het aangaan van het werken over de grens al leidt tot strafbaarheid. In de wetgeving zelf heeft echter steeds zonder uitzondering niet het vrijheidsbeginsel, maar het beschermingsbeginsel centraal gestaan: de bescherming die de strafwet moet bieden aan kwetsbare personen uit het buitenland die in Nederland in de prostitutie (gaan) werken. Interessant is dat dit principe ook na de seksuele revolutie en de opheffing van het bordeelverbod voor de wetgever leidend bleef. Tijdsgewrichten hebben mettertijd, zo lijkt het, weinig vat gehad op de strekking van dit wetsartikel.

Overigens is het wel de vraag of het juist is vrijheids- en beschermingsbeginsel hier zo recht tegenover elkaar te plaatsen. Zo kan eenvoudig worden betoogd dat een benadering die pleit voor decriminalisatie en voor vrijheid, de betrokkenen juist beoogt te beschermen. En wat is bescherming waard als het 'beschermende' wetsartikel feitelijk een beknotting van vrijheden inhoudt? Doorgedacht kan de kritiek ook heel wel luiden dat achter het beschermingsbeginsel misschien al te veel een narratief over de zich prostituerende persoon schuilgaat, van iemand die niet in staat is zelfstandig, eventueel met de hulp van anderen, in het buitenland in de prostitutie werkzaam te zijn.

35 *Kamerstukken II* 1998/99, 25437, nr. 15.

36 *Kamerstukken II* 1998/99, 25437, nr. 17.

37 *Kamerstukken II* 1998/99, 25437, nr. 17.

38 *Kamerstukken II* 2003/04, 29291, nr. 3, p. 9.

4. Sublid 3 en de Hoge Raad

Op wetgevingsniveau was de gedraging uit sublid 3 dus – ondanks de daarop uitgeoefende kritiek – een betrekkelijk rustig bezit en datzelfde kan eigenlijk worden gezegd over de gedraging, en de uitleg daarvan, in de rechtspraak. Wel degelijk waren er de afgelopen jaren feitenrechters die de gedraging restrictief interpreteerden,³⁹ maar de Hoge Raad zag daartoe lange tijd geen reden. Tot 2016, toen ons hoogste rechtscollege zich expliciet uitliet over de strekking van dit sublid. Ten grondslag aan het arrest van de Hoge Raad ligt wederom een zaak waarin de verdachte niet meer dan hand-en-spandiensten voor de betrokken, naar Nederland gebrachte prostituees verrichtte. Het gerechtshof Den Haag kwam slechts tot de bewezenverklaring van het eenmalig boeken van een vliegticket voor een persoon uit Hongarije. Het is interessant dat in de strafmotivering duidelijk het wat uitzonderlijke karakter van deze strafbaarstelling is terug te zien, in elk geval tegen de achtergrond van het Nederlandse prostitutiebeleid en de wetenschap dat Hongarije deel uitmaakt van de Europese Unie:

‘De verdachte heeft zich met haar mededader op de bewezenverklarde wijze schuldig gemaakt aan mensenhandel ten aanzien van een Hongaarse vrouw door voor haar in overleg en op verzoek van de mededader – met het oog op prostitutiewerkzaamheden in Nederland – een vliegticket te regelen, met de bedoeling en in de wetenschap dat deze Hongaarse vrouw bij aankomst zo snel mogelijk naar haar werkplek zou worden gebracht om prostitutiewerkzaamheden te verrichten. Door aldus te handelen heeft de verdachte zich schuldig gemaakt aan een ernstig strafbaar feit.’⁴⁰

Een ernstig strafbaar feit, aldus het hof, want de kwalificatie luidt immers mensenhandel. Feitelijk was er echter niet meer gebeurd dan het voornoemde boeken van een ticket en blijkt uit het arrest dat er geen aanwijzingen waren dat de verdachte op de betrokkene(n) dwang had uitgeoefend.

In zijn overwegingen uit het arrest van 17 mei 2016 is duidelijk te zien dat dit de Hoge Raad te ver gaat. In de belangrijkste overwegingen uit het arrest, oordeelt hij dat zowel de wetsgeschiedenis als de delictskwalificatie (‘mensenhandel’) en de maximum strafbedreiging van, toen nog, acht jaar gevangenisstraf,⁴¹ meebrengen dat de in sublid 3 opgenomen gedragingen ‘[...] alleen strafbaar zijn als zij zijn begaan onder omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld [...]’.⁴²

En:

39 Voor voorbeelden daarvan zie Esser 2019, p. 211-214. Zie ook S.E. van den Brink, ‘De ratio en reikwijdte van artikel 273f lid 1 sub 3 Sr’, *TPWS* 2013, afl. 1, p. 2-5 en S.M.A. Lestrade, *De strafbaarstelling van arbeidsuitbuiting in Nederland* (diss. Nijmegen; Serie Staat en Recht, deel 39), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 98-100.

40 Hof Den Haag 10 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2894.

41 Inmiddels twaalf jaar gevangenisstraf.

42 HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:857, *NJ* 2016/314, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen, r.o. 2.4.1.

'Internationale' mensenhandel; zoeken naar een balans tussen vrijheids- en beschermingsbeginsel

'Dit brengt mee dat die gedragingen eerst dan als "mensenhandel" kunnen worden bestraft indien uit de bewijsvoering volgt dat voldaan is aan voormelde voorwaarde dat zij zijn begaan onder omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld. "Uitbuiting" moet worden aangemerkt als een impliciet bestanddeel van art. 273f, eerste lid aanhef en onder 3^o, Sr.

[...]

Uit de bewijsvoering van het Hof volgt niet dat bij de bewezenverklaarde gedraging sprake is van uitbuiting. Voor zover het middel daarover klaagt, is het terecht voorgesteld.⁴³

Wat dit uitbuitingsvereiste precies betekent in de context van de gedraging die in sublid 3 is strafbaar gesteld, blijft enigszins gissen.⁴⁴ Nu dat volgens de Hoge Raad als bestanddeel moet worden beschouwd, rijst vooral de vraag waar dat precies in de wettekst dient te worden geplaatst. Moet sprake zijn van een veronderstelling van uitbuiting bij de aanwerving of het medenemen van de prostituee of pas op het moment dat de betrokkene zich daadwerkelijk voor de werkzaamheden beschikbaar stelt? Op dit moment heeft de Hoge Raad over die vraag nog geen uitsluitsel gegeven. Wel lijken met het invoegen van het bestanddeel 'uitbuiting' de criteria te kunnen worden gehanteerd die ook in andere mensenhandelgedragingen ten aanzien van de vaststelling van dit begrip leidend zijn geworden. Hierboven werd al genoemd dat dit zijn de aard en duur van de tewerkstelling, de beperkingen die zij voor de betrokkene meebrengt, en het economisch voordeel dat daarmee door de tewerksteller wordt behaald.

Bij deze criteria ligt de focus echter in grote mate op de situaties waarin daadwerkelijk in de prostitutie gewerkt is, terwijl daarvan bij het formeel omschreven delict in sublid 3 nog geen sprake hoeft te zijn: het gaat slechts om het aanwerven, medenemen of ontvoeren met het oogmerk de ander in een ander land in de prostitutie te laten werken. De focus dient bij het bewijs van dit sublid aldus te liggen op de vraag onder welke omstandigheden de bedoelde gedragingen werden verricht. Is sprake van het ontvoeren van iemand, dan zal reeds de aard van die gedraging – en de beperkingen die deze voor het slachtoffer opwerpt – genoeg zijn om te kunnen spreken van een situatie waarin de uitbuiting is verondersteld. Bij de gedraging van het aanwerven of medenemen, zal dat oordeel meer afhankelijk zijn van andere omstandigheden. Van belang lijkt hier bijvoorbeeld te kunnen zijn of de betrokkene steeds in voldoende mate zeggenschap heeft gehad in het proces van aanwerven of medenemen. Die zeggenschap kan bijvoorbeeld onvoldoende zijn indien iemand onder valse voorwendselen de prostitutie wordt ingelokt. In zijn conclusie voor een arrest van de Hoge Raad van 26 januari 2021, hecht advocaat-generaal Keulen daarnaast veel waarde aan de vraag of de aanwerving of medeneming gepaard ging met enigerlei vorm van dwang.⁴⁵ In de afhankelijkheid en ongelijkwaardigheid van het slachtoffer in die zaak ten opzichte van de verdachten, ziet hij voldoende aan-

43 HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:857, NJ 2016/314, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen, r.o. 2.4.2 en 2.4.3.

44 Zie daarover ook L.B. Esser, 'Mensenhandel, uitbuiting en de Hoge Raad: een overzicht en waardering', NTS 2020/5, p. 31-32.

45 Concl. A-G B.F. Keulen, ECLI:NL:PHR:2020:1247, bij HR 26 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:116.

leiding om te concluderen dat het door het hof bewezen verklaarde medenemen is begaan onder omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld. In de onderliggende zaak betrof het een prostituee die sociaal en economisch volledig afhankelijk was van de verdachte; zij sprak de taal niet, wist niet waar ze naartoe ging om te werken en bovendien weigerde de verdachte geld af te staan om in haar onderhoud te voorzien.⁴⁶

De overwegingen van de Hoge Raad zijn door hem inmiddels meermalen herhaald en gesproken kan dan ook worden van vaste rechtspraak.⁴⁷ Hoewel de tekst van de wet dus de indruk geeft dat er veel strafbaar is, is die strafbaarheid in feite in sterke mate beperkt door het stellen van de eis dat de bedoelde gedraging uitsluitend strafbaar is als die is begaan onder omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld. Uitgelegd zoals Keulen is daarmee de strafbaarheid in feite teruggebracht tot de proporties die Tweede Kamerlid Halsema in 1999, bij de opheffing van het bordeelverbod, ongeveer voor ogen had: het aanwerven of medenemen in de overige, in de delictomschrijving genoemde omstandigheden is slechts strafbaar als op enigerlei wijze de wilsvrijheid of autonomie van de betrokkene in gevaar komt, waarbij bijvoorbeeld betekenis toekomt aan een sterk ongelijkwaardige relatie tussen de een en de ander. Saillant is verder dat het maar de vraag is of Nederland nu nog voldoet aan de verplichtingen uit het Verdrag van Genève (1933), waarbij Nederland nog steeds partij is. Los daarvan heeft de uitleg van de Hoge Raad ook grote strafvorderlijke consequenties. Dat de gedraging niet langer meer strafbaar is zonder uitbuitingscomponent, maakt dat de opsporingsdiensten, in het bijzonder de KMar, vaak pas op een later moment hun bevoegdheden kunnen aanwenden. Het reeds ontstaan van een verdenking op grondslag van deze strafbaarstelling bij de grensoverschrijding – bijvoorbeeld in de context van grenscontroles – is verleden tijd en dat lijkt ook duidelijk terug te zien in de cijfers; verrichtte de KMar in 2013 nog 22 opsporingsonderzoeken naar mensenhandel, in 2017 was dat aantal teruggelopen naar één.⁴⁸ Tot slot kan ook nog de vraag worden gesteld wat de meerwaarde is van de strafbaarstelling van de gedraging in sublid 3 ten opzichte van de gedraging in sublid 1, waarin het handelen door een dwangmiddel

46 Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2528.

47 HR 20 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2909; HR 16 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:884; HR 19 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:891.

48 De Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen lijkt nog een slag om de arm te houden waar het gaat om het aanwijzen van de reden waarom het aantal door de KMar verrichte opsporingsonderzoeken naar mensenhandel gedaald is, maar merkt wel op dat dit '[...] mogelijk te maken [heeft] met de uitspraak van de Hoge Raad ten aanzien van 273f lid 1 sub 3 Sr'. H.J. Bolhaar, S.R. van Bommel, N.N.D. Bos e.a., *Dadermonitor mensenhandel 2013-2017*, Den Haag: Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen 2019, p. 104. Meer recente cijfers, ook van de Nationaal Rapporteur, laten zien dat door de KMar in 2017 twee mensenhandelonderzoeken werden gedraaid (in plaats van het ene onderzoek uit het rapport van 2019), in 2018 3 en in 2019 2. In dat rapport wordt in dit kader ook gewezen op het arrest van de Hoge Raad. Ook wordt ten aanzien van het lage aantal onderzoeken opgemerkt dat de KMar alleen op de luchthavens een aangewezen politietak heeft en zowel '[...] het beschikbare gebied als de beschikbare tijdsduur voor signalering en onderzoek [...] voor de KMar beperkt [is]'. H.J. Bolhaar, M.W. Bleeker, R.H.L. Broere e.a., *Dadermonitor mensenhandel 2015-2019*, Den Haag: Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen 2021, p. 122-123.

'Internationale' mensenhandel; zoeken naar een balans tussen vrijheids- en beschermingsbeginsel

met het oogmerk van uitbuiting is strafbaar gesteld; *prima facie* lijkt er tussen beide strafbaarstellingen weinig licht te zitten.⁴⁹

Duidelijk is dat met invoeging van de uitbuitingscomponent in sublid 3 sterker de nadruk op de wils(on)vrijheid van de betrokken prostituees is komen te liggen. Het nettoresultaat is een wetsuitleg die behoorlijk meer affiniteit lijkt te hebben met het vrijheidsbeginsel, aangezien bijvoorbeeld het enkele behulpzaam zijn van de vrijwillige buitenlandse sekswerker die in Nederland wil werken, niet langer strafbaar is. Het is aannemelijk om te zeggen dat aan de uitleg van de Hoge Raad het uitgangspunt van de seksuele zelfbeschikking en autonomie ten grondslag ligt; zijn uitspraak laat het vrijheidsbeginsel boven het beschermingsbeginsel prevaleren.

5. Conclusie

In zevenmijlslarzen is in het voorgaande een introductie verzorgd van de historische ontwikkeling van de gedraging die is strafbaar gesteld in artikel 273f, eerste lid, sublid 3, Sr. Een constante in die historie is het zoeken naar een balans tussen vrijheids- en beschermingsbeginsel. Tot zeer recent heeft de nadruk steeds gelegen op het laatste, resulterend in een breed opgezette strafbaarstelling die al snel kon leiden tot strafbaar gedrag. Een arrest van de Hoge Raad uit 2016 heeft het zwaartepunt meer naar het vrijheidsbeginsel doen kantelen; hoewel de Hoge Raad uiteraard geen positie in termen van het vrijheids- en beschermingsdiscours inneemt, lijkt het toepassingsbereik van de strafbaarstelling door zijn uitleg beperkt tot situaties waarin ook daadwerkelijk misbruik wordt gemaakt van personen die in het buitenland in de prostitutie willen werken en door derden daartoe worden aangevaren of medegenomen. Sublid 3 is daarmee vooral ook een voorbeeld van het voortdurende zoeken in het strafrecht naar de balans tussen het beschermen van vrijheid en het beschermen van kwetsbaarheid en de interactie die in het kader van die zoektocht plaats heeft tussen wetgever en rechter.

49 Zie ook L.B. Esser, 'Mensenhandel, uitbuiting en de Hoge Raad: een overzicht en waardering', *NTS* 2020/5, p. 31-32.