

Permanente commissie  
van deskundigen in  
internationaal vreemdelingen-,  
vluchtelingen- en strafrecht

Secretariaat  
postbus 201, 3500 AE Utrecht/Nederland  
telefoon 31 (30) 297 42 14/43 28  
telefax 31 (30) 296 00 50  
e-mail cie.meijers@forum.nl

■■■■■ ■■■■■  
**Aan** De Minister van Justitie  
Prof. mr. J.P.H. Donner  
Postbus 20301  
2500 EH Den Haag

**Kenmerk** CM02-08

**Betreft** Uw verzoek om advies met betrekking tot uitvoeringswetgeving inzake bestrijding van mensensmokkel, mensenhandel, seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie

**Datum** 30 september 2002

Geachte heer Donner,

Dank voor uw brief van 23 juli 2002 (kenmerk 5175908/02/6) houdende een verzoek om advies met betrekking tot uitvoeringswetgeving inzake bestrijding van mensensmokkel, mensenhandel, seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie.

De Permanente Commissie heeft met belangstelling kennis genomen van het concept uitvoeringswetgeving. Het lijkt haar verstandig ter zake van de zeven voorliggende instrumenten in één keer uitvoeringswetgeving te treffen. De Permanente Commissie gaat ervan uit dat het wetsontwerp eerst bij de Staten-Generaal zal worden ingediend nadat ook de richtlijn en de twee kaderbesluiten formeel zijn vastgesteld. De Permanente Commissie heeft geen kennis kunnen nemen van de (concept) Memorie van Toelichting op de goed te keuren verdragen. Evenmin konden toelichtende nota's van de Europese instrumenten worden geconsulteerd.

Het ontwerp-artikel 197a Sr bevat een eigen strafuitsluitingsgrond. Welke reden ligt eraan ten grondslag deze slechts voor de in het eerste lid omschreven gedraging en niet voor die van het derde lid van toepassing te verklaren? Als dat zijn oorzaak vindt in het bestanddeel "winstbejag" zou overwogen kunnen worden dit bestanddeel ook in het derde lid te laten vallen. Dat zou dan overigens een vraag doen rijzen naar het afzonderlijk bestaansrecht van het derde lid. Winstbejag kan en zal immers ook in de strafmaat worden meegenomen.

De Permanente Commissie deelt ten aanzien van artikel 274a Sr de mening dat deze bepaling als uitvoering van de verdragsbepalingen kan worden aangemerkt. De wetgevingstechniek is naar haar oordeel niet erg gelukkig. De gedetailleerde omschrijving van de strafbare handelingen roept de vraag op of dit onder omstandigheden niet kan leiden tot bewijsproblemen voor het Openbaar Ministerie. De Permanente Commissie vraagt zich af of is overwogen om het bestaande artikel 274 Sr (slavernij) als uitvoeringsbepaling aan te merken. In de Memorie van Toelichting refereert u er enkele malen aan dat het hier gaat om moderne vormen van slavernij. Dat lijkt de Permanente Commissie juist, het gaat om moderne vormen van slavernij die vallen onder een oude bepaling. Een nadeel van de nieuwe bepaling is dat allerlei omstandigheden die van belang zijn voor de strafmaat nu als delictsbestanddeel zijn opgenomen. Dat onderstreept weliswaar het verwerpelijke karakter van dergelijk handelen, maar leidt tevens tot een bewijslastverzwarende voor het OM.

De Permanente Commissie acht een algehele strafbaarstelling van illegale binnenkomst in strijd met het Vluchtelingenverdrag. Artikel 31 van het Vluchtelingenverdrag verbiedt de bestraffing van illegale binnenkomst. Het artikel luidt:

*"The Contracting States shall not impose penalties, on account of their illegal entry or presence, on refugees who, coming directly from a territory where their life or freedom was threatened in the sense of Article 1, enter or are present in their territory without authorisation, provided they present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or presence."*

De huidige Vreemdelingenwet geeft overigens toereikende mogelijkheden om asielzoekers na illegale binnenkomst in vreemdelingendetentie te houden. De Permanente Commissie vraagt zich dan ook af wat de toegevoegde waarde is van een strafbaarstelling en eventuele tenuitvoerlegging van straffen. Mag inderdaad verondersteld worden dat hiervan een afschrikwekkende werking zal uitgaan op hen die in Nederland geen verblijfsrecht zullen kunnen krijgen? In hoeverre kan worden voorkomen dat de strafbaarstelling leidt tot het bezetten van capaciteit van de strafrechtspiegeling door mensen die

hoe dan ook uiteindelijk Nederland uitgezet zullen worden? Is doorgerekend in hoeverre strafdetentie van uitzetbaren tot extra kosten zou kunnen leiden? In de Memorie van Toelichting wordt erop gewezen dat een fundament kan worden gelegd voor een effectieve aanpak van de mensenhandel en mensensmokkel. Waar schoot deze tekort? Met name bij de mensensmokkel en de illegale binnenkomst betwijfelt de Permanente Commissie of het inzetten van het strafrecht hier wel op zijn plaats is.

De Permanente Commissie vraagt zich voorts af of er voor vreemdelingen nog wel voldoende legale wegen zijn die bovendien in de praktijk ook nog realiseerbaar zijn om in Nederland asiel aan te vragen. Dit is niet alleen van belang uit het perspectief van de verplichtingen op grond van het Vluchtelingenverdrag, maar speelt ook een rol bij eventuele strafprocedures. Als een vreemdeling geen legale wegen meer openstaan om Nederland binnen te komen dan kan sprake zijn van overmacht. Dit zal alsdan leiden tot ontslag van rechtsvervolging (art.40 Sr) en de nieuwe strafbepaling obsoleet maken.

Ten aanzien van de beide kaderbesluiten vraagt de Permanente Commissie zich af waarom waarde wordt gehecht aan het uitleverbaar maken van het betreffende delict. Is dit niet van voorbijgaande aard gezien het Kaderbesluit Europees aanhoudingsbevel? Daarnaast doet de verplichting tot het vestigen van rechtsmacht een vraag rijzen. Als alle staten van de EU rechtsmacht over het feit hebben, dan komt het de Permanente Commissie voor dat in de samenwerking eerder gedacht zou dienen te worden aan de overdracht van strafvervolging in plaats van de uitlevering. Immers ontstaat er bij overlappende rechtsmacht een positief jurisdictieconflict dat om een oplossing vraagt. Door te spreken over de overdracht van strafvervolging kan uit het perspectief van verschillende staten de meest geschikte locatie voor de vervolging worden bepaald. Waarom is in het kaderbesluit hieraan niet gerefereerd?

Bij wet van 13 juli 2002 is in artikel 240b Sr de strafbaarstelling van de zogenaamde virtuele kinderporno ingevoerd, zie Stb. 2002, 388. Het gaat daarbij om afbeeldingen waarbij geen echt kind is betrokken. De Permanente Commissie is van mening dat een dergelijke strafbaarstelling niet de toets van de artikelen 8 en 10 EVRM kan doorstaan, voor zover het gaat om vervaardigen en in voorraad hebben zonder dat daaraan enig ruchtbaarheid door de maker of bezitter wordt gegeven. Het komt de Permanente Commissie voor dat de in artikel 3 lid 2 Kaderbesluit kinderpornografie genoemde gevallen dan ook als strafuitsluitingsgronden dienen te worden opgenomen. De toepassing van het opportuniteitsbeginsel leent zich niet voor gevallen waarin materieel een strafuitsluitingsgrond van toepassing is. Het oordeel of een strafuitsluitingsgrond van toepassing is, is immers voorbehouden aan de rechter, niet aan het OM.

Eveneens bij wet van 13 juli 2002 (Stb. 2002, 388) is artikel 5a Sr ingevoerd. De in dat artikel neergelegde extraterritoriale rechtsmacht wordt door de onderhavige uitvoeringswetgeving reeds voor haar inwerkingtreding uitgebreid. Op welke wijze is gewaarborgd dat deze nieuwe Nederlandse rechtsmacht op efficiënte wijze wordt gehandhaafd? Is ter zake een bepaald lid van het Openbaar Ministerie belast?

Wat betreft de keuze van het rechtsinstrument vraagt de Permanente Commissie zich af welke reden ten grondslag lag om de tekst van de beide kaderbesluiten in het rechtsinstrument kaderbesluit neer te leggen en niet in een verdrag. Artikel 34 Verdrag van Amsterdam biedt immers beide mogelijkheden. Waarom is ten deze gekozen voor een kaderbesluit? Kan de regering ook meer in het algemeen aangeven op grond van welke criteria wordt gekozen voor een kaderbesluit dan wel voor een verdrag, nu immers beide rechtsinstrumenten een regeling hebben gevonden in artikel 34 Verdrag van Amsterdam.

In de Memorie van Toelichting wordt op bladzijde 10 en 11 gewezen op verschillen met betrekking tot de onderlinge aanpassing van straffen. De Permanente Commissie onderkent de verschillen van inzicht in de diverse Europese landen op dit onderdeel. Kan de Minister aangeven of die verschillen van inzicht over de strafmaat op concrete punten een obstakel vormen in de samenwerking? Immers vormt de dubbele strafbaarheid voor de wederzijdse rechtshulp in strafzaken (politiële en justitiële) **geen voorwaarde** voor samenwerking in Europa (meer). Aanvullend verwijst de Permanente Commissie naar het Europees aanhoudingsbevel dat ook voor de uitlevering de dubbele strafbaarheid laat vallen. Met andere woorden: voor welke vormen van samenwerking is een verschil in de delictomschrijving of de strafmaat een probleem? Kan de regering inzicht geven in aantallen rechtshulpverzoeken die bij gebreke van dubbele strafbaarheid geen doorgang vonden?

De Permanente Commissie is tot een nadere toelichting van haar advies gaarne bereid.

Hoogachtend,

Prof. mr A.H. Klip  
Vice-voorzitter

