

heeft de Hoge Raad de deur naar bewijsuitsluiting via de route van artikel 359a Sv stevig in het slot gegoooid.

7. De tweede pijler van het arrest toont aan dat de deur naar bewijsuitsluiting toch op een kiertje staat, maar dan niet via artikel 359a Sv. De Hoge Raad vervolgt namelijk: "Evenmin kan worden gezegd dat door het tonen van die nog in het register opgenomen foto's aan getuigen in het aan de onderhavige strafzaak ten grondslag liggende opsporingsonderzoek een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel in zó ernstige mate is geschonden dat de uitkomst van de fotoconfrontaties van het bewijs zou moeten worden uitgesloten." Daaruit volgt dat bewijsuitsluiting wegens vormverzuimen buiten het kader van artikel 359a Sv niet uitgesloten is. Dit is in lijn met *NbSr* 2013, 109 en *NbSr* 2013, 112. In die beide arresten bracht de Hoge Raad wel de beperking aan dat in dergelijke gevallen voor bewijsuitsluiting slechts in uitzonderlijke gevallen plaats is.

8. Wat onder de 'uitzonderlijke gevallen' moet worden begrepen, laat de Hoge Raad in beide laatstgenoemde arresten onbeantwoord. Aansluiting kan worden gezocht bij *NbSr* 2011, 199 en het al genoemde *NbSr* 2011, 306. Het verzuim moet dan "een zodanige schending van beginselen van een behoorlijke procesorde dan wel een zodanige veronachtzaming van de rechten van de verdediging" tot gevolg hebben gehad, dat het resultaat van het verzuim van het bewijs moet worden uitgesloten. Daarbij is van belang of is tekortgedaan aan het recht van de verdediging om dat resultaat te betwisten. De Hoge Raad lijkt hier het oog te hebben op een zeer beperkte categorie gevallen: alleen indien de *fair trial* van artikel 6 EVRM in het geding is, is er grond voor bewijsuitsluiting. Er wordt dus wel een kiertje voor bewijsuitsluiting buiten het verband van artikel 359a Sv gelaten, maar het zal voor de verdediging verdraaid moeilijk zijn om een voet tussen de deur te krijgen.

9. Een relativering van het belang van het onderscheid 'binnen of buiten het verband van artikel 359a Sv' is in deze zaak op haar plaats, nu de Hoge Raad ook bij artikel 359a Sv de lat voor bewijsuitsluiting hoog legt (*NbSr* 2013, 308). Ook indien de foto van verdachte verwijderd had

moeten zijn én dit verzuim onder de reikwijdte van artikel 359a Sv zou vallen, moet het beroep op bewijsuitsluiting als tamelijk kansloos worden beschouwd. Nu het belang dat verdachte niet wordt herkend als pleger van het feit geen rechtens te respecteren belang is, zal hij het moeten hebben van een beroep op schending van zijn privacy. Bij dat beroep kan de verdediging niet alleen worden tegengeworpen dat een schending van artikel 8 EVRM niet zonder meer een inbreuk op artikel 6 EVRM oplevert en dat een niet gerechtvaardigde inbreuk op artikel 8 EVRM in de strafprocedure tegen verdachte geen rechtsgevolgen behoeft te hebben, mits zijn recht op een eerlijk proces wordt gewaarborgd (*NbSr* 2013, 308, rov. 2.4.2), ook is de inbreuk op de privacy – door het te lang in een politieregister bewaren van een foto – beperkt te noemen.

10. Daarmee keer ik terug bij de eerder genoemde bedoeling van de wetgever met artikel 359a Sv: de codificatie van de rechtspraak. De wetgever heeft met de invoering van die bepaling de rechter, binnen door de wet getrokken grenzen, de teugels in handen gegeven bij de sanctionering van vormverzuimen bij het voorbereidend onderzoek. De Hoge Raad heeft die teugels, wat betreft de vrijheid van de feitenrechter om bewijsuitsluiting toe te passen, stevig aangehaald. Of, zoals Buruma het uitdrukt (*NJB* 2013/494, afl. 10, p. 595): de wetgever moet er niet op rekenen dat de rechter een roofovervaller laat lopen omdat deze een paar jaar tevoren ten onrechte niet is uitgeschreven uit een register.

P. van Glabbeek

311

Hoge Raad
10 september 2013, nr. 3804.12,
ECLI:NL:HR:2013:669
(Mrs. Van Dorst, De Savornin Lohman, De Hullu)
[Cassatie van Hof's-Gravenhage]
Noot mr. R.E. van Zijl en mr. H.M. Feenstra

Art. 273f lid 1 onder 3° Sr moet aldus worden uitgelegd dat het oogmerk van de verdachte

crop gericht moet zijn dat de betrokkene zich in een ander land dan waar deze is aangeworven, meegenomen of ontvoerd, beschikbaar stelt tot het verrichten van de in dat artikel bedoelde handelingen. Door het bestanddeel "in een ander land" te koppelen aan de gedraging "ertoe te brengen" heeft het Hof derhalve een te beperkte en dus onjuiste betekenis toegekend aan die in de tenlastelegging voorkomende termen die aldaar zijn gebezigd in dezelfde betekenis als daaraan toekomt in art. 273f lid 1 onder 3° Sr. Door de verdachte van het tenlastegelegde vrij te spreken heeft het Hof haar dus vrijgesproken van iets anders dan was tenlastegelegd.

In eerdere rechtspraak is beslist dat de term "aanwerven" als bedoeld in die bepaling de betekenis heeft van iedere daad waardoor een persoon wordt aangeworven teneinde die persoon in een ander land tot prostitutie te brengen, zonder dat hoeft te blijken dat de wijze van aanwerving de keuzevrijheid heeft beperkt en dat onder het tot prostitutie brengen mede dient te worden verstaan iedere gedraging gericht tegen een persoon ertoe strekkende deze te belemmeren in zijn vrijheid met prostitutie op te houden ongeacht de omstandigheden of deze daarbij vrijwillig betrokken is geraakt dan wel reeds eerder bij prostitutie betrokken was. Mede gelet hierop verdient nog opmerking dat ook voor zover het oordeel van het Hof zou zijn gebaseerd op de opvatting dat "reeds gevormde wilsbesluiten van de aangeefsters" aan de toepasselijkheid van art. 273f lid 1 onder 3° Sr in de weg staan, dat oordeel berust op een verkeerde rechtsopvatting.

[Sr art. 273f lid 1 onder 3°]

Zie voor de volledige uitspraak *NbSr* 2013, 311 (afl. 11), www.nieuwsbriefstrafrecht.nl (incl. noot) en *OpMaat Strafrecht* (incl. noot).

NOOT

Dit arrest kan op het eerste gezicht de indruk wekken dat de Hoge Raad een verruiming van de strafbaarstelling van artikel 273f lid 1 sub 3 Sr creëert. Dit is echter onjuist. De Hoge Raad doet niet meer dan het nog eens vastleggen van de

interpretatie van artikel 273f lid 1 sub 3 Sr, die voortvloeit uit de internationale verdragen waarop het artikelonderdeel is gebaseerd.

De strafbaarstelling van artikel 273f lid 1 sub 3 Sr luidt:

"Als schuldig aan mensenhandel wordt (...) gestraft (...) 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."

Voor een bewezenverklaring hiervan was volgens het gerechtshof te Den Haag vereist dat de verdachte iemand zou hebben aangeworven, medegenomen of ontvoerd om diegene vervolgens in een ander land te brengen tot prostitutie (niet: te brengen tot prostitutie in een ander land). Het aanwerven, medenemen of ontvoeren zou in een ander land moeten geschieden dan het ertoe brengen, aldus het hof, dat stelt dat deze delictsomschrijving "taalkundig niet ander [kan] worden opgevat" (ECLI:NL:GHSGR:2012:BX3884). Dat acht de Hoge Raad een te beperkte en dus onjuiste interpretatie van deze termen. Voor een bewezenverklaring is voldoende dat het aanwerven, medenemen of ontvoeren geschiedt in een ander land dan waar de prostitutie plaatsvindt. Waar het ertoe brengen plaatsvindt, is (kennelijk) niet van belang.

Als gezegd lijkt dit wellicht een verruiming van de strafbaarstelling, maar dat is het in feite niet. Voor de juiste interpretatie van het huidige artikel 273f Sr dient de wetsgeschiedenis van het oude artikel 250ter Sr te worden geraadpleegd. Artikel 250ter Sr is namelijk vernummers tot artikel 250a Sr, hetgeen is geïncorporeerd in artikel 273a Sr, wat weer is vernummers tot artikel 273f Sr (S.E. van den Brink, 'De ratio en reikwijdte van artikel 273f lid 1 sub 3 Sr', *TWPS* 2013/1, p. 2).

In de Memorie van Toelichting bij het oude artikel 250ter Sr wordt onder andere verwezen (*Kamerstukken II* 1989-1990, 21 027, nr. 3, p. 5) naar het Verdrag van Geneve van 11 oktober 1933 (*Stb.* 1935, 598). Door dit verdrag werden eerdere verdragen aangevuld met de verplichting tot strafbaarstelling van "een ieder die ter voldoe-

ning van een anders lusten een 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 bestanddelen van het strafbare feit uitmaken in verschillende landen gepleegd zijn*" [cursivering RZ].

De verdragsrechtelijke achtergrond kenmerkt zich dus door een ruime bescherming van de te prostitueren persoon. Dat uitgangspunt is gevolgd in de wetsgeschiedenis (en jurisprudentie, waarover hierna meer).

De strikt 'taalkundige' interpretatie van het Hof is daarom op basis van de tekst van de wet weliswaar begrijpelijk, maar deze is volkomen onterecht op basis van de strekking van de wet.

De Hoge Raad vernietigt het arrest en wijst de zaak terug naar het gerechtshof te Den Haag. Bovendien wordt het hof behoed voor het andermaal huldigen van een onjuiste interpretatie. Nu de vrijspraak van het hof mede gebaseerd is op het gegeven dat de aangeefsters zelf instemden met prostitutie als het doel van hun reis naar Nederland, meldt de Hoge Raad tevens – met een verwijzing naar staande jurisprudentie – dat aanwerven in de zin van artikel 273f lid 1 sub 3 Sr niet impliceert dat door de wijze van aanwerven de keuzevrijheid moet zijn beperkt. Onvrijwilligheid is geen vereiste.

Ook dat uitgangspunt kan direct worden afgeleid uit de verdragsrechtelijke achtergrond van de bepaling, zoals blijkt uit het hierboven aangehaalde citaat. Daarnaast geldt ook hier dat dat uitgangspunt vervolgens is bevestigd in wetsgeschiedenis en jurisprudentie.

In 1999 bevestigde de Hoge Raad namelijk reeds dat niet van belang was of de te prostitueren persoon vrijwillig bij prostitutie betrokken was geraakt of al eerder in de prostitutie werkzaam was (ECLI:NL:HR:1999:AB9475). In 2000 voegde de Hoge Raad daaraan toe dat niet vereist was dat de wijze van aanwerving de keuzevrijheid had beperkt (ECLI:NL:HR: 2000:ZD1788). De wetgever bevestigde vervolgens op zijn beurt dat het aanwerven van een persoon voor prostitutie in het buitenland inderdaad ook strafbaar als de aangeworven persoon daarmee instemt (*Kamerstukken II 2003/04, 29 291, nr. 3, p. 9*).

In het hierboven afgedrukte arrest vervolledigt de Hoge Raad deze uitgangspunten: evenmin is van belang of de te prostitueren persoon reeds het voornemen had in de prostitutie te gaan werken. Voor de bewijsvraag van artikel 273f lid 1 sub 3 Sr is dus niet relevant wie het initiatief heeft genomen tot het 'ertoe brengen', noch of er op enig moment sprake is van een beperking van de keuzevrijheid van de prostituee. Onder het 'ertoe brengen' valt ook het feitelijk bieden van de gelegenheid zich te prostitueren in een ander land, aldus A-G Vellinga (ECLI:NL:PHR:2013:598, onder 28.)

De strafbaarstelling behelst daarmee een absoluut verbod op het helpen van vrouwen uit het ene land zich te prostitueren in het andere land, ook al geschiedt dat prostitueren geheel vrijwillig (S.E. van den Brink, *'De ratio en reikwijdte van artikel 273f lid 1 sub 3 Sr'*, TWPS 2013/1, p. 5). Een conclusie die de verdediging weinig ruimte biedt, maar niettemin niets nieuws.

mr. R.E. van Zijl en mr. H.M. Feenstra

320

Hoge Raad
24 september 2013, nr. 134.12,
ECLI:NL:HR:2013:767
(Mrs. Van Dorst, De Savornin Lohman, Van den Brink)
[Cassatie van Hof Amsterdam]
Noot mr. dr. J.M. Lintz

Een goede procesorde brengt mee dat wanneer reden bestaat tot twijfel omtrent het nageleefd zijn van het voorschrift van art. 51 Sv, de rechter niet, zoals het Hof heeft gedaan, ervan mag uitgaan dat de aanvankelijke raadsman de opvolgende raadsman heeft verwittigd van de behandeling van de zaak doch, alvorens nadat de zaak is uitgeroepen het onderzoek ter terechtzitting voort te zetten, zich ervan vergewist dat hetzij voormeld voorschrift is nageleefd hetzij één der uitzonderingsgevallen zich voordoet.

[Sv art. 51]