

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The version of the following full text has not yet been defined or was untraceable and may differ from the publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/36775>

Please be advised that this information was generated on 2019-01-23 and may be subject to change.

Bijdrage gehouden op seminar 'mensensmokkel en georganiseerde misdaad' van het CIROC op 12 oktober 2005

Veranderende strafwetgeving mensensmokkel en gevolgen voor opsporing en vervolging

Mr. Bregje Pieters*

Op 1 januari 2005 is de strafbaarstelling van mensensmokkel gewijzigd¹, als gevolg van implementatie van Europese² en Internationale³ wetgeving.

In mijn bijdrage van vandaag wil ik laten zien dat door de wijzigingen van de strafbaarstelling van mensensmokkel een verschuiving zichtbaar is waarin de strafbaarstelling van mensensmokkel minder als een instrument in het kader van de bestrijding van georganiseerde misdaad wordt gezien, maar meer als een instrument in het kader van de bestrijding van migratiecriminaliteit. Deze verschuiving heeft een aantal neveneffecten, ook voor de opsporing en vervolging van georganiseerde mensensmokkel. Daarnaast wil ik laten zien dat variërend van de invalshoek die men kiest bij mensensmokkel, de hulp bij illegale toegang, transit of verblijf soms meer en andere keren juist weer minder effectief kan worden opgespoord en vervolgd door gebruik te maken van andere delicten dan artikel 197a Sr.

De veranderingen van de invalshoek van de strafbaarstelling van mensensmokkel wilde ik toelichten aan de hand van vier punten, namelijk de uitbreiding van het aantal landen waar naartoe en waarvandaan gesmokkeld kan worden, de opname van doorreis als vorm van illegaal gedrag bij mensensmokkel, de schrapping van het bestanddeel winstbejag en tot slot de invoering van nieuwe strafverzwarende omstandigheden. Vanwege de beperkte tijd wil ik alleen de twee laatste punten toelichten.

Winstbejag en georganiseerde mensensmokkel

De wijziging van de strafbaarstelling van mensensmokkel heeft tot gevolg gehad dat winstbejag uit de delictsommschrijving is geschrapt. Voordat ik kan toelichten wat de gevolgen hiervan zijn voor de opsporing en vervolging, dien ik uit te leggen wat de rol van winstbejag in de strafbaarstelling is geweest.

De strafbaarstelling van mensensmokkel is in 1993 ingevoerd naar aanleiding van een verplichting op grond van de Schengenverdragen, namelijk artikel 27 van de

* Docent en onderzoeker bij de vaksectie strafrecht en strafprocesrecht van de Radboud Universiteit Nijmegen

1 Stb. 2004, 645. Inwerkingtreding 1 januari 2005, Stb. 2004, 690. De bepalingen inzake de Uitleveringswet zijn pas in werking getreden op 26 augustus 2005, Stb. 2005, 415. Op grond van art. 2 Uw kan uitlevering alleen plaatsvinden op grondslag van een Verdrag. Het Protocol mensensmokkel en het Protocol mensenhandel zijn 27 juli 2005 geaccepteerd (het UN-Verdrag Georganiseerde Misdad is al in 26 mei 2004 geratificeerd). Pas na de acceptatie van de Protocollen, die de grondslag voor uitlevering vormen i.z.v. art. 2 Uw, konden de desbetreffende bepalingen van art. 51a, tweede lid, Uw inwerkingtreden.

2 Richtlijn tot omschrijving van de hulp bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf (PbEG 2002, L328/17) en het daarbij behorende Kaderbesluit tot versterking van het strafrechtelijke kader voor de bestrijding van de hulp bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf (PbEG 2002, L328/1).

3 VN-Verdrag tegen transnationale georganiseerde misdaad, Trb. 2001, 68. VN-Protocol tegen de smokkel van migratie over land, over zee en in de lucht, Trb. 2001, 70.

Schengen Uitvoeringsovereenkomst.⁴ Op grond van deze verplichting moest Nederland elke persoon die uit winstbejag een vreemdeling behulpzaam is bij het illegaal binnenkomen of verblijven in het Schengengebied met geschikte maatregelen bestraffen. Het doel van Schengen was het creëren van een vrij verkeer van goederen, diensten en personen. De verplichting tot strafbaarstelling van mensensmokkel diende ervoor te zorgen de negatieve effecten van het vrije verkeer van personen, zoals illegale immigratie, te beperken. Nederland heeft ervoor gekozen dit gedrag met strafrechtelijke sancties te bestraffen. De wetgever gaf destijds aan mensensmokkel te zien als een ernstige misdaad. Dit omdat de *actus reus* bestaat uit een aantal elementen zoals het transport van illegale personen en het hebben van een bepaalde intentie, wat tot uitdrukking wordt gebracht in een schuldvorm en het bestanddeel winstbejag. Deze elementen rechtvaardigen de inzet van het strafrecht en het feit dat het artikel 197a Sr een misdrijf is.

De strafbaarstelling van de vervoerder die illegale vreemdelingen binnenbrengt in de Vreemdelingenwet⁵ is strafbaar gesteld als een overtreding omdat het gedrag een lager wederrechtelijkheidsgehalte heeft dan mensensmokkel, met name vanwege het ontbreken van winstbejag.⁶

Het bestanddeel winstbejag drukt dus de ernst van het delict mensensmokkel uit. Met name georganiseerde mensensmokkel zal dit bestanddeel vervullen. Het doel van deze organisaties is zoveel mogelijk winst maken. Daarbij geldt hoe meer georganiseerd het verband, des te meer winst, des te hoger het wederrechtelijkheidsgehalte van het gedrag. Deze mensensmokkelorganisaties vormen hierdoor een ernstige bedreiging voor de samenleving.

Het bestanddeel winstbejag heeft ook een functie voor wat betreft de opsporing en vervolging. Georganiseerde misdaad is gericht op het verkrijgen van winst.⁷ De opname van winstbejag in de delictsomschrijving van mensensmokkel zorgt hierdoor voor een link met georganiseerde criminaliteit. Dit betekent in de praktijk dan dat opsporing en vervolging met name gericht is op mensensmokkelorganisaties. Zo kan gesteld worden dat indien bewezen kan worden dat sprake is van winstbejag, hoogstwaarschijnlijk ook sprake is van een georganiseerd verband. Dit zal dan ook vaak strafverzwarende omstandigheden opleveren, zoals het in vereniging begaan van mensensmokkel.

Naast winstbejag wordt ook uit de verhoging van de strafmaat en de invoering van een nieuwe strafverzwarende omstandigheid in 1996 duidelijk dat de opsporing en vervolging van mensensmokkel met name gericht diende te zijn op georganiseerde groepen.

Uit onderzoek in die tijd bleek namelijk dat de illegale toegang van vreemdelingen voornamelijk wordt gedomineerd door georganiseerde mensensmokkelbendes.⁸ De

4 Wet van 24 februari 1993, *Stb.* 1993, 141. Vindplaats Schengenverdragen: *Trb.* 1985, 102 (het Schengen Akkoord) en *Trb.* 1990, 145 (de Schengen Uitvoeringsovereenkomst).

5 Artikel 4 jo. 108 Vw 2000.

6 Overigens zal een vervolging op grond van artt. 4 en 5 Vw2000 ook samen kunnen gaan met artikel 197a Sr.

7 Zie de definitie van georganiseerde misdaad in art. 2 van het VN-Verdrag inzake georganiseerde misdaad. Zie ook: definitie van zware of georganiseerde criminaliteit in: *Visie Nederlandse politie op aanpak zware of georganiseerde criminaliteit n.a.v. verschijning van het Nationale Dreigingbeeld*, Raad van Hoofdcommissarissen, 's-Gravenhage december 2004.

8 Kamerstukken II 1994-1995, 24 269, nr. 3, p.2: de minister wijst op een onderzoek gedaan bij de Immigratie- en Naturalisatiedienst. Ook: *Handelingen II* 82, 15 mei 1996, p. 5554: de schatting van de IND dat 30% van de vreemdelingen

minister van justitie wijst erop dat de strafbaarstelling van mensensmokkel moet worden gebruikt als een effectief middel in de strijd tegen de georganiseerde mensensmokkelorganisaties. Zwaarder straffen zou een goede generaal-preventieve werking hebben⁹, wat dus alleen kan worden bereikt als voldoende effectieve middelen voor de opsporing en vervolging van mensensmokkel voorhanden zijn. Daarom werd de gevangenisstraf op het gronddelict van twee naar vier jaren verhoogd en werd een nieuwe strafverzwarende omstandigheid ingevoegd waardoor het mogelijk werd tot maximaal acht jaren gevangenisstraf op te leggen (beroep of gewoonte of in vereniging). Hierdoor wordt het mogelijk de verdachte in voorlopige hechtenis te nemen. Daarnaast wordt het mogelijk om meer intensievere opsporingsmethoden toe te passen, zoals observatie, infiltratie, doorzoeking en onderzoek aan telecommunicatie. Deze meer intensievere opsporingsmethoden zouden leiden tot een meer succesvolle opsporing en vervolging van georganiseerde mensensmokkel.¹⁰ Daarnaast worden nu ook voorbereidingshandelingen strafbaar, wat proactief rechercheren mogelijk maakt.

De strafbaarstelling van mensensmokkel is dus gelinkt aan georganiseerde criminaliteit dat blijkt uit enerzijds het bestanddeel winstbejag en anderzijds uit de aan de hoogte van de gevangenisstraf gekoppelde opsporings- en vervolgingsmethoden die opsporing en vervolging van georganiseerde criminaliteit moeten vergemakkelijken.

Daarnaast moest het bestanddeel winstbejag ervoor zorgen dat hulp bij illegale toegang en illegaal verblijf vanuit humanitaire motieven niet gecriminaliseerd zou worden.¹¹ Het bestanddeel moest bewerkstelligen dat kerken en charitatieve instellingen niet strafrechtelijk aansprakelijk zouden worden gesteld voor mensensmokkel. Aan het bestanddeel winstbejag wordt (althans werd destijds) een maatschappelijk en cultureel belang gehecht.

Ondanks deze juridische en maatschappelijke belangen is winstbejag toch uit de strafbaarstelling geschrapt, althans voor hulp bij illegale toegang of doorreis. Een eerste reden die hiertoe wordt gegeven is dat het bestanddeel winstbejag het bewijzen van mensensmokkel moeilijk maakt, met name wanneer personen op heterdaad bij de grens worden betrapt en geen verdere onderzoeksmethoden zijn ingezet.¹² En dit is nu juist iets dat in de praktijk vaak voorkomt.¹³ Het schrappen van winstbejag heeft tot gevolg dat het OM niet langer hoeft te bewijzen dat bij de hulp aan illegale toegang en illegale doorreis winstbejag werd nagestreefd. Voor de verdachten betekent dit dat een verweer dat hij smokkelde uit humanitair oogpunt er niet automatisch meer toe leidt dat mensensmokkel niet meer bewezen kan worden. Een dergelijk verweer, hoe aannemelijk ook, vormt geen garantie dat een strafuitsluitingsgrond wordt aanvaard door de rechter, zelfs indien

gesmokkeld wordt, moest naar aanleiding van cijfer is van het OM voor hoogte worden naar 60 tot 70%. Ook: P.M.H van der Molen-Maesen, A.M.C. Boerwinkel, *Plan van aanpak mensensmokkel*, Rotterdam, maart 1996, hoofdstuk 3.2.

9 Kamerstukken // 1994-1995, 24 269, nr. 3, p. 2.

10 Persbericht van Ministerie van Justitie, 13 november 1996.

11 Kamerstukken // 1991-1992, 22 142, nr. 8, p. 9. Handelingen // 82, 15 mei 1996, p. 5548-5560.

12 Dit blijkt uit: D.F. Slobbe, M.M.C. Kuipers, *Verhoging van de strafmaat op mensensmokkel*, internationaal politie instituut Twente, universiteit Twente Enschede, oktober 1999.

13 *Mensensmokkel in beeld 2002-2003*, Dienst Nationale Recherche Informatie, Zoetermeer, maart 2005, p. XII.

wordt aangetoond dat geen winst is gemaakt. Voor een succesvol beroep op een strafuitsluitingsgrond moet namelijk meer aanwezig zijn dan de afwezigheid van winstbejag, zoals een conflict van bepaalde belangen of plichten waarbij het overtreden van de wet ondergeschikt is aan het gediende belang (denk aan overmacht-noodtoestand of psychische overmacht). De bewijslast voor het OM is dus door schrapping van winstbejag verlicht.

Schrapping van winstbejag toont daarnaast dat in de strafbaarstelling de hiervoor toegelichte link tussen mensensmokkel en georganiseerde misdaad wordt losgelaten. De strafbaarstelling wordt namelijk meer als een instrument in het kader van de bestrijding van illegale immigratie gezien. Binnen dit kader speelt de georganiseerdheid wel een rol, maar op een ander niveau. Zo is elke doorkruising van migratieregelgeving binnen dit kader ongewenst, welke ongewenstheid alleen maar groter is als deze doorkruising binnen georganiseerd verband plaatsvindt. Dit komt overigens overeen met de visie van de EU op dit vlak.¹⁴ Vanuit die visie is het ook begrijpelijk dat het bestanddeel winstbejag geschrapt is, omdat dit met name lastig aan te tonen is indien mensen op heterdaad bij de grens worden betrapt. Indien mensensmokkel meer vanuit de visie van migratiecriminaliteit wordt gezien, is het logisch dat deze gedragingen binnen de strafbaarstelling dienen te vallen. Een effect van de veranderende strafbaarstelling van mensensmokkel is dus een verschuiving van de invalshoek van het delict van een middel ter bestrijding van georganiseerde mensensmokkel, naar de bestrijding van migratiecriminaliteit. Dit heeft ook neveneffecten voor de opsporing en vervolging van mensensmokkel, waarbij de nadruk komt te liggen op het aantonen van illegale toegang en doorreis. Nu geen onderzoek naar winstbejag meer nodig is voor een bewezenverklaring, zal het belang van grenscontrole en grensbewaking bij de opsporing en vervolging van mensensmokkel alleen maar toenemen. (Dit blijkt ook uit het feit dat de opsporingscapaciteit bij de politie wordt verplaatst van mensensmokkel maar mensenhandel en de KMar een zwaardere rol gaat spelen bij de aanpak van mensensmokkel.¹⁵)

Een ander neveneffect van het schrappen van winstbejag en de veranderende invalshoek van de strafbaarstelling is dat de koppeling met financiële sancties, zoals de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel, niet meer voortvloeit uit de delictomschrijving. Bij mensensmokkel is wordt vaak het systeem van *underground banking* gebruikt.¹⁶ Het ontbreken van een directe link tussen het delict en het aannemelijk maken van winst, zal dit soort onderzoek nog minder aantrekkelijk maken dan het al was. Politie en justitie zullen namelijk voor de ontnemingszaak niet meer kunnen steunen op bewijs verkregen ten behoeve van de vervolging voor mensensmokkel. Doordat het delict mensensmokkel geen uitdrukkelijke verbinding meer heeft met het maken van criminele winsten, moet ervoor worden gewaakt dat het delict in het perspectief geplaatst blijft van financiële delicten, - opsporingsmethoden en -sancties.¹⁷ Het opleggen van financiële sancties zal

14 Zie overweging 2 van het Kaderbesluit inzake hulpverlening aan illegale immigratie.

15 *Korpsmonitor 2004 Project Prostitutie/Mensenhandel DNP*, 14 februari 2005, Hoofdstuk 2.8. Bijlage bij kamerstukken // 28 638, nr. 14.

16 *Mensensmokkel in beeld 2002-2003*, Dienst Nationale Recherche Informatie, Zoetermeer, maart 2005, p. XI.

17 Juist bij de bestrijding van b.v. witwassen dienen bepaalde kenmerken van een delictsoort in het perspectief te worden geplaatst van transacties: dit maakt namelijk ook deel uit van de *modus operandi*. Zie: W. Faber, A.A.A. van Nunen, *Uit*

namelijk sterk bijdragen aan een doelmatige bestrijding van mensensmokkel, vooral van georganiseerde mensensmokkel.

Concluderend kan worden gesteld dat de schrapping van winstbejag tot gevolg heeft dat de koppeling tussen de strafbaarstelling van mensensmokkel en de bestrijding van georganiseerde criminaliteit juridisch aan grondslag heeft ingeboet. Wat dit nog meer voor gevolgen voor opsporing en vervolging van mensensmokkel heeft dan degene die ik al kort aanstipte, zal ik toelichten nadat ik heb stilgestaan bij een andere wijziging van de strafbaarstelling van mensensmokkel. Een andere wijziging is namelijk de invoeging van nieuwe strafverzwarende omstandigheden. Deze invoeging heeft een aantal gevolgen voor de positie van de gesmokkelden. Of een gesmokkelde als slachtoffer zal worden gezien, hangt af van binnen welke visie de strafbaarstelling van mensensmokkel wordt geplaatst. Wat politie en justitie met de gesmokkelden aan moeten in het strafproces, hangt dus af van de visie waarbinnen het instrument van de strafbaarstelling van mensensmokkel wordt geplaatst.

Positie gesmokkelden

Mensensmokkel is een delict dat ziet op bescherming van het vrije verkeer van personen, meer specifiek het vreemdelingenrecht. Indien dit delict wordt gepleegd, wordt inbreuk gemaakt op deze regelgeving. Mensensmokkel maakt daarom inbreuk of het openbaar gezag van de staat (daarom is het delict ook opgenomen in titel VIII aangaande misdrijven tegen het openbaar gezag). Hieruit volgt dat de Staat het slachtoffer van het delict is. Vanuit deze grondslag is duidelijk dat in juridisch-strafrechtelijke zin gesmokkelden geen slachtoffers van mensensmokkel kunnen zijn. Nederland heeft dit nog bevestigd door de EU-richtlijn inzake het verstrekken van een tijdelijke verblijfsvergunning aan gesmokkelden niet te accepteren. Dat een gesmokkelde geen slachtoffer is van mensensmokkel heeft gevolgen voor de positie van gesmokkelden bij het delict mensensmokkel en in de strafzaak tegen smokkelaars. Zo zal het hierdoor makkelijker zijn hen te vervolgen voor strafbare feiten (in theorie zelfs het uitlokken van mensensmokkel) of hen vanwege hun illegaliteit meteen uit te zetten.

Dat gesmokkelden geen slachtoffer zijn, blijkt echter iets genuanceerder te liggen. Sinds de Doverzaak is namelijk duidelijk geworden dat gesmokkelde wel degelijk slachtoffer van mensensmokkel in maatschappelijke zin kunnen zijn. De Doverzaak heeft bijvoorbeeld tot gevolg gehad dat het doorlaten van gesmokkelden in de politiek ter discussie is gesteld.¹⁸ Deze methode werd na de Doverzaak niet langer acceptabel geacht terzake van het opsporen van bepaalde strafbare feiten, zoals mensensmokkel en mensenhandel, zelfs niet als zeer zwaarwegende onderzoeksbelangen aanwezig zijn (motie Rouvoet).¹⁹ Aangezien dit de opsporing dusdanig bemoeilijkte, is de toepassing van de methode iets verruimd: ingrijpen kan, bij een zwaarwegend belang, achterwege blijven bij mensensmokkel (niet bij

onverdachte bron. Evaluatie van de keten ongebruikelijke transacties, Onderzoek en het beleid nr. 218, WODC, Boom Juridische uitgevers 2004, p. 302.

¹⁸ Aanwijzing opsporingsmethoden, College van Procureurs-Generaal, hoofdstuk 1.3.5, appendix *Stcr*. 13 juli 2001, nr. 133.

¹⁹ Motie van Rouvoet m.p., Kamerstukken // 1998-1999, 25 403, nr. 30. Het doorlaten van drugs was reeds verboden op grond van artikel 126ff Sv.

mensenhandel), zolang geen sprake is van mensonwaardige omstandigheden.²⁰ Bij dit laatste kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het op inhumane wijze vervoeren van gesmokkelden.

De positie van de gesmokkelde is dus niet geheel duidelijk. Ook de wijziging van de strafbaarstelling van mensensmokkel heeft deze onduidelijkheid niet opgelost. Sterker nog: de wijziging heeft de onduidelijkheid alleen maar vergroot.

De wijziging van de strafbaarstelling heeft er, zoals reeds vermeld, toe geleid dat twee nieuwe strafverzwarende omstandigheden toegevoegd zijn. Ten eerste is het mogelijk dat de maximum gevangenisstraf verhoogd wordt tot 12 jaren indien de mensensmokkel zwaar lichamelijk letsel tengevolge heeft of daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is (zie lid 6). Daarnaast kan de gevangenisstraf verhoogd worden tot ten hoogste 15 jaren indien de mensensmokkel de dood ten gevolge heeft (zie lid 7). Deze strafverzwarende omstandigheden omvatten schendingen van mensenrechten inzake de persoonlijke integriteit en het recht op leven van gesmokkelde personen.

Vervolgens kan de vraag gesteld worden of dit betekent dat het slachtofferschap van gesmokkelde in juridische zin erkend wordt. Indien deze vraag bevestigend beantwoord wordt, leidt dit tot praktische problemen. Zo bestaat namelijk niet, zoals het geval is bij slachtoffers van mensenhandel, de mogelijkheid gesmokkelden een tijdelijke verblijfsvergunning te verlenen. Gesmokkelden dienen echter op grond van het huidige beleid vanwege hun illegale status direct te worden uitgezet. Deze uitzetting zou dan strijdig zijn met de erkenning van hun slachtofferschap. Indien gesmokkelden als slachtoffers van mensensmokkel worden betiteld, dan zou daarin de reden kunnen worden gevonden geen onderscheid met slachtoffers van mensenhandel te maken. Dan zal dus ook een dergelijke procedure voor tijdelijke verblijfsvergunningen voor gesmokkelden moeten worden gecreëerd.

Mocht, ondanks de nieuwe strafverzwarende omstandigheden, toch geen erkenning van het slachtofferschap van de gesmokkelde in juridische zin volgen, dan resteert de vraag wat te doen met de gesmokkelde die zwaar lichamelijk letsel ten gevolge van de mensensmokkel heeft opgelopen of door de smokkel in levensgevaar heeft verkeerd? Moet door politie en justitie vergemakkelijkt worden dat de gesmokkelden zich kunnen voegen in het strafproces ter verkrijging van schadevergoeding van de smokkelaars? En mogen zij, voordat zij zich hebben kunnen voegen in het strafproces, uitgezet worden?

Indien de gesmokkelden slachtoffer zijn geworden van misdrijven (zoals b.v. wederrechtelijke vrijheidsberoving, mishandeling) dan zal het in strijd met het EU-kaderbesluit inzake slachtoffers²¹ en met het VN-Protocol inzake mensensmokkel (art. 16) zijn als justitie zich niet inzet om uitoefening van hun rechten in het strafproces mogelijk te maken.

De B9-procedure biedt hier geen uitkomst. Het is namelijk niet zo dat gesmokkelden van wie de mensenrechten zijn geschonden door de smokkelaars, automatisch slachtoffer zijn van mensenhandel. Door uitbreiding van de strafbaarstelling van mensenhandel van seksuele uitbuiting naar allerlei vormen van uitbuiting is in zekere zin een grotere overlap ontstaan tussen verhandelde en gesmokkelde personen. Gesmokkelde personen kunnen namelijk gedwongen worden om te werken tegen

20 Kamerstukken // 1998-1999, 25 403, nr. 35.

21 Kaderbesluit van de Raad van 15 maart 2001 inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure, *PbEG* 2001, L 82/1.

zeer lage lonen, bijvoorbeeld om hun reis terug te betalen. Vóór de wijziging van mensenhandel vielen deze gesmokkelde niet onder de bescherming van de strafbaarstelling van mensenhandel. Desondanks zijn er nog voldoende gesmokkelde die niet uitgebuit worden in de zin van het mensenhandelartikel. Wel kunnen zij slachtoffer zijn van wederrechtelijke vrijheidsbeneming of mishandeling. Dan kunnen zij echter geen aanspraak maken op bescherming van de B9-regeling en kunnen zij in beginsel direct worden uitgezet.

Of, en wanneer een gesmokkelde als slachtoffer wordt gezien, wordt met name bepaald door het kader waarin de mensensmokkel geplaast wordt.

Bestrijding van migratiecriminaliteit

Indien mensensmokkel meer als een instrument in het kader van de bestrijding van illegale immigratie wordt gezien, dan heeft dit voor de gesmokkelde ten gevolge dat deze vanwege zijn illegaliteit als onderdeel zal worden gezien van hetgeen bestreden dient te worden. Juridisch is het zelfs mogelijk de gesmokkelde te vervolgen voor uitlokking of medeplichtigheid aan het misdrijf mensensmokkel. In het VN-mensensmokkelprotocol wordt echter uitdrukkelijk gesteld dat migranten niet mogen worden onderworpen aan vervolging voorzover zijzelf gesmokkeld zijn.²² Het Europese Parlement heeft geadviseerd een soortgelijke bepaling op te nemen in de Europese instrumenten aangaande bestrijding van hulp bij illegale immigratie. Daarbij stellen zij dat dit het verkrijgen van getuigenverklaringen van gesmokkelde migranten zal vergemakkelijken en dat dit onontbeerlijk is voor een doelmatige bestrijding van mensensmokkel.²³ Dit advies is echter door Frankrijk in de instrumenten niet opgenomen. Het lijkt dus zo dat zowel de EU als Nederland vervolging van gesmokkelde migranten voor het uitlokken van of medeplichtigheid aan mensensmokkel niet willen uitsluiten. Dit is ook logisch aangezien Nederland en de EU de strafbaarstelling van mensensmokkel plaatsen binnen de bestrijding van illegale immigratie. Aangezien de gesmokkelde illegaal is, zal zijn aanwezigheid op Nederlands grondgebied voorkomen dienen te worden.

Vanuit deze visie is ook te begrijpen dat zeer recent de discussie over het strafbaar stellen van illegaal verblijf weer is gevoerd.²⁴ Een van de argumenten daartegen is echter de ondoelmatigheid ervan nu beëindiging van het illegaal verblijf door strafrechtelijke vervolging uitgesteld wordt, wat juist het doel is van strafbaar stellen van illegaal verblijf.

Indien het doel is beëindiging van het illegaal verblijf, dan kan beter het bestuursrechtelijk instrumentarium ten behoeve van verblijfsbeëindiging worden benut.

Gedacht kan worden aan de ongewenstverklaring op grond van artikel 67 Vw2000. Indien de vreemdeling ondanks deze ongewenstverklaring in Nederland blijft, dan levert dit het strafbare feit op van artikel 197 Sr. De gevallen waarin tot

22 Art. 5 Protocol tegen het smokkelen van migranten. Indien de migranten anderen smokkelen of zich schuldig maken aan mensensmokkel gerelateerd delicten, dan dient deze vervolgingsbescherming niet langer op te gaan.

23 Europees Parlement, *Ontwerp Verslag over de ontwerp-richtlijn en het ontwerp-kaderbesluit*, 27 september 2000, amendement 7 ten aanzien van art. 2.

24 Zie voor de discussie: Kamerstukken II 2004-2005, 29 537.

ongewenstverklaring kan worden overgegaan zijn sinds eind 2004 verruimd.²⁵ Een vreemdeling die niet rechtmatig verblijft, kan ongewenst worden verklaard indien hij veroordeeld is voor misdrijf tot een gevangenisstraf of waarin een vrijheidsbenemende maatregel is opgelegd en het (in totaal) onvoorwaardelijk ten uitvoer te leggen gedeelte van straf of maatregel tenminste één maand bedraagt. Daarnaast vormen het bij herhaling veroordeeld worden tot een korte gevangenisstraf of een taakstraf terzake van een misdrijf, dan wel het aanvaarden van een transactieaanbod voor een misdrijf ook gevallen op grond waarvan de ongewenstverklaring kan worden toegepast. Overigens hoeft de uitspraak voor een ongewenstverklaring niet onherroepelijk te zijn geworden. Door de ongewenstverklaring kan de vreemdeling in vreemdelingenbewaring worden genomen op grond van artikel 59 Vw2000. De bewaring zal dan dienen te worden opgelegd met het oog op uitzetting. De mogelijkheden om een vreemdeling te verwijderen zijn dus ruim.

Aangezien de vreemdeling hoogstwaarschijnlijk Nederland met een valse of vervalste reispas is binnengekomen, zal deze schuldig kunnen worden bevonden aan het in bezit hebben van deze illegale pas via artikel 416 Sr (heling) waar maximaal vier jaar gevangenisstraf opstaat of aan het bezitten van een reisdocument dat vals of vervalst is op grond van artikel 231 lid 2 Sr waar maximaal zes jaar gevangenisstraf opstaat. Indien de vreemdeling hiervoor een gevangenisstraf krijgt opgelegd van minimaal een maand, kan deze vreemdeling ongewenst worden verklaard. De voorlopige hechtenis kan, indien goed wordt samengewerkt door strafrechtelijke en bestuursrechtelijke autoriteiten, meteen worden opgevolgd door de vreemdelingenbewaring ten behoeve van uitzetting.²⁶ Door gebruik te maken van de AU-procedure (aanhouden en uitreiken) kan het vonnis sneller ten uitvoer worden gelegd, waardoor snel aan de voorwaarden van een ongewenstverklaring zal worden voldaan. Op zodanige wijze kan vrij snel en doeltreffend een einde worden gemaakt aan de illegaliteit (wel moet de identiteit van de vreemdeling vaststaan). Overigens merk ik op dat dit handelen juridisch zal kloppen, maar dat wel getwijfeld kan worden aan het ethische gehalte ervan. Daarnaast moet niet worden vergeten dat de voorlopige hechtenis geen voorschot mag zijn op een mogelijke veroordeling en dat afwijzing van een alternatief van voorarrest alleen is vluchtgevaar, recidivegevaar, collusiegevaar en (risico) op verstoring van de openbare orde. Anders is de voorlopige hechtenis in strijd met artikel 5 van het EVRM, zie de uitspraak van het EHRM in de zaak Smirnova (24 juli 2003).

Indien mensensmokkel in het kader wordt geplaatst van bestrijding van illegale immigratie, is de aanwezigheid van illegale gesmokkelde ongewenst. De straf- en bestuurswetgeving bieden mogelijkheden om het illegale verblijf te voorkomen en te bestrijden.

Daar komt bij dat door schrapping van winstbejag de rol van de gesmokkelde bij de opsporing en vervolging van mensensmokkel minder van belang is geworden. De vaststelling namelijk dat iemand illegaal de grenzen heeft overschreden en daarbij gebruik heeft gemaakt van hulp is voldoende voor een bewezenverklaring van mensensmokkel. Uitbreiding van grenscontrole en grensbewaking waarbij de nadruk

²⁵ *Stort.* 27 oktober 2004, 207, p. 10. Toelichting art. 67, eerste lid, onder c Vreemdelingenwet.

²⁶ Adviescommissie voor vreemdelingenzaken, *Vreemdelingen in bewaring. Advies over vreemdelingenbewaring en verwijdering van 'criminele' illegalen*, Den Haag, mei 2002, p. 32-36.

ligt op het vaststellen van documentfraude, zal dan een belangrijk middel zijn in de bestrijding van mensensmokkel.²⁷ Daarnaast zal ook het gebruik van valse en vervalste documenten bij verblijfprocedures een indicatie kunnen zijn van mensensmokkel, welke indicaties gebruikt kunnen worden bij bestrijding van mensensmokkel.²⁸

Indien mensensmokkel dus in het kader van de bestrijding van illegale immigratie wordt geplaatst, wordt de gesmokkelde niet snel als slachtoffer gezien maar meer als onderdeel van het strafbare gedrag. Daar komt dus ook bij dat de rol van de gesmokkelde als getuige of informant van beperkte waarde is voor de opsporing en vervolging van mensensmokkel als een vorm van hulp bij illegale immigratie. De problemen met de positie van de gesmokkelden spelen dus binnen dit kader een beperkte rol.

Binnen dit kader is de strafbaarstelling van mensensmokkel zelfs niet altijd het meest doelmatige instrument om hulp aan illegale immigratie te bestrijden. Vaak zal het veel gemakkelijker zijn te vervolgen voor bijvoorbeeld het verstrekken van valse reisdocumenten aan derden op grond van artikel 231 lid 1 Sr, waar maximaal zes jaar gevangenisstraf opstaat. Problemen met de positie van de gesmokkelden spelen dan in het geheel geen rol.

Georganiseerde mensensmokkel

De strafbaarstelling van mensensmokkel heeft wel toegevoegde waarde bij de opsporing en vervolging van georganiseerde mensensmokkel. Binnen dit kader is opsporing en vervolging voor de strafverzwarende omstandigheden van mensensmokkel van belang. Ook de nieuwe strafverzwarende omstandigheden die zien op schending van de mensenrechten van de gesmokkelden zullen bij opsporing en vervolging voor georganiseerde mensensmokkel een rol spelen.

Vooraf bij de opsporing en vervolging hiervan zullen de problemen met de positie van de gesmokkelde in het strafproces zich voordoen.

Getuigenverklaringen zijn namelijk niet makkelijk te verkrijgen, aangezien de gesmokkelden vanwege hun illegale status weinig bereid zullen zijn een verklaring af te leggen. Het ontbreekt door de dreigende uitzetting aan vertrouwen, bescherming (evt. door anonimiteit) en het bieden van een toekomstperspectief. Voorwaarden die zeer belangrijk zijn voor het verkrijgen van getuigenverklaringen.

Bij opsporing en vervolging van georganiseerde mensensmokkel bestaan nog steeds de oude problemen. Namelijk dat indien ingegrepen wordt bij de grens vaak alleen de chauffeur wordt opgepakt. Aangezien de gesmokkelden niet zullen spreken, wordt het zeer moeilijk het georganiseerde verband te bewijzen.²⁹

Het bewijs verkregen door middel van bijzondere opsporingsmethoden is dan ook bij dit soort zaken des te belangrijker. Daarnaast speelt intelligence en informatiegestuurde opsporing een belangrijke rol bij de opsporing en vervolging van georganiseerde mensensmokkel.

27 In het *Beleidsplan KMar 2010, deel 1* komt dit ook tot uitdrukking, zie p. 14 en p. 25.

28 De oprichting van het Expertisecentrum Mensensmokkel en Mensenhandel medio mei 2005 (samenwerkingsverband van politie, SIOD, KMar en IND) en het fraudeproject van de IND (zie Kamerstukken // 2004-2005, 19 637, nr. 960) past in deze visie.

29 A. Beyer, e.a., *Wet Bijzondere Bevoegdheden – Eindevaluatie*, Onderzoek en Beleid, nr. 222, WODC 2004, p. 118-123.

Zo is het belangrijk dat de politie actief gebruik maakt van de mogelijkheid tot inzage in de voor de opsporing relevante systemen van de vreemdelingenketen (denk bijvoorbeeld aan informatie uit het vreemdelingentoezicht, het BVV – Basisvoorziening Vreemdelingen). Deze informatie kan dan aanleiding vormen voor een onderzoek naar georganiseerde mensensmokkel.

Daarnaast kan worden gebruik gemaakt van informatie uit andere opsporingsonderzoeken (ook als de gegevens niet meer actueel zijn) voor de inzet van bijzondere opsporingsmethoden in het kader van titel V.

Desondanks blijven getuigenverklaringen belangrijk omdat politie en justitie door gebruikmaking van gesmokkelden als bijvoorbeeld informanten op grond van art. 2 Politiewet of 126v Sv veel informatie zullen kunnen verkrijgen over de organisatie, wat weer aanleiding kan zijn voor het inzetten van andere opsporingsmiddelen.

Ook zijn de verklaringen van gesmokkelden nu eenmaal belangrijk omdat het de kans op een veroordeling vergroot. En die veroordeling (niet per se voor mensensmokkel) is weer noodzakelijk om de winsten verkregen uit crimineel handelen te kunnen ontnemen, wat juist bij georganiseerde mensensmokkel een effectieve sanctie zal zijn.

Conclusie

Concluderend kan gesteld worden dat de veranderingen in de strafbaarstelling van mensensmokkel, zoals de schrapping van winstbejag en de invoeging van de nieuwe strafverzwarende omstandigheden, maar ook de uitbreiding van het aantal landen waar naartoe en waarvandaan gesmokkeld kan worden en de invoeging van hulp bij illegale transit, tot gevolg hebben dat het strafbare gedrag dat valt onder artikel 197a Sr is uitgebreid.

Bij een ruime strafbaarstelling zoals die van mensensmokkel is het belangrijk dat beleid wordt vastgelegd voor de opsporing en vervolging ervan. Indien de prioriteiten bij opsporing en vervolging onhelder zijn, heeft dat namelijk effect op de opsporing en de vervolging ervan. Zo kan het gevolg namelijk zijn dat door deze onduidelijkheid het delict mensensmokkel onnodig gebruikt wordt bij opsporing en vervolging en in andere gevallen ten onrechte niet wordt ingezet.

Indien mensensmokkel geplaagd wordt in het kader van de bestrijding van migratiecriminaliteit dan zal het doel van opsporing en vervolging van mensensmokkel met name gelegen zijn in het voorkomen van illegale toegang en verblijf in Nederland en andere Europese landen. In die gevallen kan soms doelmatiger worden opgespoord en vervolgd voor delicten zoals valsheid in geschrift, heling of bijvoorbeeld illegale arbeid. Ook indien het doel is de illegalen die gesmokkeld zijn uit te zetten, kan beter gebruik worden gemaakt van strafbaarstellingen die zien op het bezitten van valse of vervalste documenten en bestuursrechtelijke middelen dan de strafbaarstelling van mensensmokkel waarbij de positie van de gesmokkelde alleen maar zeer vaag is.

Indien mensensmokkel geplaagd wordt in het kader van de bestrijding van georganiseerde mensensmokkel, dan kan het delict van mensensmokkel een artikel 197a Sr wel doelmatig worden ingezet. Met name opsporing en vervolging van de strafverzwarende omstandigheden zal bij georganiseerde mensensmokkel vaak worden toegepast. Zelfs in het geval van huisjesmelkers, vaak een belangrijke

schakel in de georganiseerde mensensmokkel, kan sinds een uitspraak van de rechtbank Den Haag ook succesvol vervolgd worden voor een artikel 197a Sr.³⁰

Bij de bestrijding van terrorisme is vervolging voor mensensmokkel wel weer weinig doelmatig, maar de aanwezigheid van mensensmokkelorganisaties kan juist een aanleiding vormen om te kijken of deze mensensmokkel een wijze van financiering is of een middel om terroristen illegaal landen binnen te brengen is. Mensensmokkel wordt dan als aanwijzing gebruikt om vervolgens op te sporen en te vervolgen voor specifieke terroristmedelicten.

Juist bij de opsporing en vervolging van georganiseerde mensensmokkel is het belangrijk niet te snel over te gaan tot uitzetting van gesmokkelde. Dit omdat de verklaringen van de gesmokkelde, bijvoorbeeld als informant, gebruikt kunnen worden om de organisatie bloot te leggen. Daarnaast kunnen de verklaringen gebruikt worden om de strafverzwarende omstandigheden aan te tonen en een indicatie te geven van de gemaakte winst, wat erg belangrijk zal zijn voor de oplegging van financiële sancties.

Het OM dient zich bewust te zijn van de lastige positie van de gesmokkelde in het strafproces. Het zou de opsporing en vervolging van georganiseerde mensensmokkel ten goede komen indien bij de bestrijding van georganiseerde mensensmokkel een niet zo strikt vreemdelingenbeleid zou worden gevoerd. Wel moet zeer behoedzaam worden omgegaan met het verstrekken van bijvoorbeeld tijdelijke verblijfsvergunningen aan gesmokkelde slachtoffers aangezien de betrouwbaarheid van hun verklaring kan worden betwist doordat hen iets is gegeven in ruil voor de verklaring.

Hierbij is het enerzijds belangrijk te benadrukken dat de bestrijding van georganiseerde criminaliteit, gezien de schade die het onze samenleving kan berokkenen, zeer belangrijk is. Zo kan men natuurlijk verdedigen dat, bijvoorbeeld in het kader van terrorismebestrijding, het belangrijk is dat de gesmokkelde die bruikbare verklaringen kan afleggen, ook een zekere bescherming dient te krijgen. Anderzijds speelt ook een rol dat vaak bij georganiseerde mensensmokkel de gesmokkelde in ieder geval in maatschappelijke zin als slachtoffer worden gezien, bijvoorbeeld omdat zij op inhumane wijze zijn vervoerd (denk aan de Doverzaak) of omdat zij mishandeld en opgesloten worden om de kosten voor de reis te vergoeden. Vooral in dit soort gevallen is de situatie vergelijkbaar met die van slachtoffers van mensenhandel. Door het slachtofferschap van de gesmokkelde in maatschappelijke zin te benadrukken, kan misschien enige ruimte worden gecreëerd voor slachtofferschap van de gesmokkelde in juridische zin.

30 Rechtbank 's-Gravenhage 6 mei 2004, *LJN* AO8982 en AO8977 waarin huisjesmelkes schuldig werden bevonden aan onder andere overtreding van artikel 197 lid 1 jo. lid 4 Sr. Zij hadden woonruimten verhuurd aan illegaal in Nederland verblijvende vreemdelingen.