

Vergaderjaar 2004–2005

28 484

Wijziging van het Wetboek van Strafrecht en de Wegenverkeerswet 1994, in verband met de herijking van een aantal wettelijke strafmaxima

Nr. 49

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 23 augustus 2004 en het nader rapport d.d. 8 november 2004 over de tekst van wetsvoorstel zoals deze luidt na de stemming over de amendementen, aangeboden aan de Koningin door de minister van Justitie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 22 juli 2004, no. 04.002950, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt de adviesaanvraag inzake het voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en de Wegenverkeerswet 1994 in verband met de herijking van een aantal wettelijke strafmaxima, zoals het luidt na de daarin t/m 1 juli 2004 aangebrachte wijzigingen (Kamerstukken II, 28 484).

Blijkens mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 22 juli 2004, nr. 04.002950, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 23 augustus 2004, No. W03.04.0399/I, bied ik u hierbij aan.

Het wetsvoorstel is totstandgekomen naar aanleiding van de motie Dittrich en Kalsbeek-Jasperse, waarin wordt geconstateerd dat op strafbare feiten strafmaxima zijn gesteld die deels historisch zijn bepaald, maar nu op zichzelf en in hun onderlinge verhouding niet meer tot uitdrukking hoeven te brengen in welke mate het strafbare feit maatschappelijk onaanvaardbaar wordt geacht.¹ Het doel van het voorstel is om in den brede te bezien of het systeem van maximumstraffen nog adequaat en evenwichtig is.² Het wetsvoorstel is door verschillende nota's van wijziging en amendementen op een aantal punten gewijzigd. Naar het oordeel van de Minister van Justitie gaan deze wijzigingen voor een deel de oorspronkelijke strekking van het wetsvoorstel te buiten en zijn ze zodanig ingrijpend dat hij heeft besloten een onverplicht advies aan de Raad van State te vragen voordat de Tweede Kamer over het gewijzigde wetsvoorstel zal stemmen.

De Raad van State heeft over het onderhavige wetsvoorstel en één van de nota's van wijziging daarbij reeds advies uitgebracht.³ Gezien de fase waarin het wetsvoorstel thans verkeert, heeft de Raad zich bij zijn beoordeling beperkt tot dat onderdeel van het wetsvoorstel, dat een beoordeling vraagt in het licht van de Grondwet (GW) en op Nederland rustende verdragsverplichtingen. Deze beoordeling geeft de Raad aanleiding tot de volgende opmerking.

¹ Kamerstukken II 1997/98, 24 219, nr. 18.

² Kamerstukken II 2003/04, 28 484, nr. 34.

³ Kamerstukken II 2001/02, 28 484, B en Kamerstukken II 2002/03, 28 484, D.

Bij amendement is het wetsvoorstel uitgebreid met het vestigen van rechtsmacht voor genitale verminking begaan buiten Nederland door vreemdelingen die hun vaste woon- of verblijfplaats in Nederland hebben en het afschaffen van het vereiste van dubbele strafbaarheid voor dit delict, gepleegd buiten Nederland door Nederlanders.¹ De Raad stelt voorop dat genitale verminking een verwerpelijk en strafwaardig delict is. Hij onderschrijft de strekking van het amendement dan ook, maar maakt een opmerking over de consequenties die ten gevolge van het amendement voortvloeien uit artikel 5a, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht (WvS).

Op grond van artikel 5, eerste lid, WvS is de Nederlandse strafwet van toepassing op Nederlanders die zich in het buitenland schuldig maken aan de misdrijven zoals opgesomd in onderdeel 1 van dat lid. Ten aanzien van misdrijven die niet zijn opgesomd in onderdeel 1, is de Nederlandse strafwet slechts van toepassing indien is voldaan aan het vereiste van dubbele strafbaarheid, zo volgt uit onderdeel 2. Het feit moet in dat geval ook strafbaar zijn gesteld in het land waar het begaan is. Artikel 5, tweede lid, stelt dat in de gevallen van onderdeel 2 vervolging ook kan plaatshebben, indien de verdachte eerst na het begaan van het feit Nederlander wordt. Dat wil zeggen dat de Nederlander die, voordat hij de Nederlandse nationaliteit verkreeg, in het buitenland een misdrijf heeft begaan, hiervoor slechts kan worden vervolgd, indien dat feit ook in het land waar hij het misdrijf heeft begaan strafbaar is. Aanvankelijk bevatte de redactie van het tweede lid een onduidelijkheid, waardoor het leek alsof ook de feiten van het eerste onderdeel van artikel 5, eerste lid, eronder vielen. De Hoge Raad heeft echter het tweede lid aldus uitgelegd, dat dit alleen betrekking had op de in het tweede onderdeel van het eerste lid bedoelde gevallen.² De Hoge Raad achtte het onredelijk om de Nederlandse strafwet van toepassing te verklaren in gevallen waarin de dader ten tijde van het begaan van deze feiten nog geen Nederlander was. Sinds 1 oktober 2003 is de tekst van de bepaling met deze uitleg in overeenstemming.

Ingevolge artikel 5a WvS is de Nederlandse rechtsmacht ten aanzien van de daar opgesomde misdrijven ook van toepassing op vreemdelingen die een vaste woon- of verblijfplaats in Nederland hebben. Artikel 5a, tweede lid, WvS bepaalt dat de vervolging ook kan plaatshebben, indien de verdachte eerst na het begaan van het feit een vaste woon- of verblijfplaats in Nederland heeft gekregen, zonder dat daaraan het vereiste van dubbele strafbaarheid is gekoppeld. Dit levert een inconsistentie op tussen artikel 5 en artikel 5a WvS, waarbij de voorgestelde wijziging tot gevolg heeft dat de Nederlandse rechtsmacht zich wel uitstrekt tot de vreemdeling die het feit van meisjesbesnijdenis begaat in een land waar dat toen niet strafbaar was en vervolgens een vaste woon- of verblijfplaats in Nederland heeft gekregen, maar niet tot de degene die na het begaan van dat feit in een land waar dat toen niet strafbaar was, de Nederlandse nationaliteit heeft verkregen.

Anders dan het geval is met de delicten waar artikel 5a nu voor geldt, namelijk seksuele delicten begaan met minderjarigen, is een ondubbelzinnige strafbaarstelling van meisjesbesnijdenis helaas nog niet overal ter wereld gerealiseerd. In een aantal landen³ is meisjesbesnijdenis dan ook niet, althans niet in al haar vormen strafbaar gesteld, zij het dat soms bestraffing mogelijk wordt geacht als een vorm van mishandeling of verboden aantasting van de lichamelijke integriteit. Derhalve leidt het wetsvoorstel ertoe dat een persoon die nadien vaste woon- of verblijfplaats in Nederland verkrijgt en derhalve op het moment van het begaan van het feit nog geen formele banden met de Nederlandse rechtsorde had, in Nederland kan worden vervolgd voor het begaan van een feit dat op het moment waarop het werd begaan, niet of niet in alle gevallen strafbaar was in het land waar het is begaan. Naar het oordeel van de Raad kan in deze gevallen strijdigheid ontstaan met het nulla poenabeginsel, zoals neergelegd in diverse mensenrechtenverdragen, de GW en het WvS. Dit beginsel houdt in dat men niet mag worden gestraft voor het begaan van een feit dat op het moment waarop men het beging, niet strafbaar was.

Artikel 7, tweede lid, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) maakt een uitzondering op het nulla poenabeginsel voor de berechting en bestraffing van iemand die schuldig is aan een handelen of nalaten, dat ten tijde van het handelen of

¹ Kamerstukken II 2003/04, 28 484, nr. 41.

² Hoge Raad, 20 juni 1950, NJ 1950, 446.

³ Volgens een rapport van de Wereld Gezondheidsorganisatie van 1999 betrof het toen een dertiental landen; «Female Genital Mutilation, Programmes to Date: What Works and What Does't, A Review», WHO/CHS/WMH/99.5.

nalaten een misdrijf was overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen die door de beschaafde volken worden erkend. Deze uitzondering is opgenomen naar aanleiding van de rechtspraak van de Tribunalen van Neurenberg en Tokio.¹ Het betreft feiten als genocide, misdrijven tegen de menselijkheid, foltering, agressie en oorlogsmisdrijven. Genitale verminking van meisjes is weliswaar in een overgrote en nog steeds toenemende meerderheid van de staten strafbaar en wordt ook in brede kring als strafwaardig beschouwd², maar er is, als hiervoor opgemerkt, ook een, gelukkig afnemend, aantal staten waar dit feit nog niet, althans niet in alle vormen, strafbaar is gesteld. Hoezeer dat ook te betreuren mag zijn, het is een feit waaraan niet zonder meer voorbij mag worden gegaan wanneer het betreft de vestiging van rechtsmacht ten aanzien van personen, die nog geen formele band met de Nederlandse rechtsorde hadden op het moment waarop zij het feit hebben begaan waarop de uitoefening van de rechtsmacht ziet. Een uitzondering op het nulla poenabeginsel in deze gevallen roept bezwaren op nu nog steeds geen volledige consensus bestaat om meisjesbesnijdenis te brengen onder internationaal verboden handelingen zoals marteling, onmenselijke of vernederende behandeling en discriminatie tegen vrouwen. Een indicatie daarvoor vormt het feit dat geen overeenstemming kon worden bereikt over het expliciet opnemen van genitale verminking in artikel 23, derde lid, van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind, dat bepaalt dat de verdragsstaten alle passende en doeltreffende maatregelen zullen nemen teneinde traditionele gebruiken die schadelijk zijn voor de gezondheid van kinderen af te schaffen³, zij het dat het toezichthoudend comité deze bepaling wel een ruime uitleg geeft.

Voorts wijst de Raad erop dat de uitzondering van het tweede lid van artikel 7 EVRM niet is opgenomen in artikel 16 GW. De Staatscommissie van advies inzake de GW en de Kieswet, op advies waarvan de bepaling in de GW is opgenomen, merkte daarover op dat de waarborg van het beginsel van nulla poena, zoals neergelegd in de GW, daardoor een verdere strekking heeft dan die in het EVRM.⁴ De GW biedt derhalve in zoverre meer bescherming. De wetgever achtte het opnemen van een dergelijke uitzondering niet nodig, omdat hij ervan uitging dat deze uitzondering slechts zag op de rechtspraak van de Tribunalen van Neurenberg en Tokio. Op de delicten waarom het daar ging zijn, voor wat de toekomst betreft, de Wet Oorlogsstrafrecht en de Uitvoeringswet Genocideverdrag van toepassing en, voor wat het verleden betreft, het Besluit Buitengewoon Strafrecht, zo stelde de regering destijds.⁵ Verdragen die bepaalde delicten universeel strafwaardig achten zijn toen niet in de beschouwingen betrokken.

Ten slotte wijst de Raad erop dat ook de Minister van Justitie, in verband met een eerder voorstel voor een amendement dat op het delict genitale verminking betrekking had⁶, het nulla poenabeginsel heeft aangevoerd, nu de dader op het moment waarop hij het feit beging, niet kon weten dat het strafbaar was.⁷

De Raad is dan ook van oordeel dat de voorgestelde wijziging van de artikelen 5 en 5a WvS, gezien in onderling verband, naar de huidige stand van de rechtsontwikkeling in bepaalde omstandigheden wegens het ontbreken van strafbaarstelling op de plaats van en ten tijde van het delict, zich niet verdraagt met het nulla poenabeginsel, zoals neergelegd in artikel 7 EVRM en artikel 16 GW.

Voordat ik op de inhoud van het advies inga, wil ik ter inleiding het volgende naar voren brengen.

Het wetsvoorstel is door verschillende nota's van wijziging en vele amendementen op een aantal punten gewijzigd. Over de amendementen is reeds gestemd, over het gewijzigde wetsvoorstel nog niet. Omdat deze wijzigingen naar mijn oordeel voor een deel de oorspronkelijke strekking van het wetsvoorstel te buiten gaan en deze van ingrijpende aard zijn, heb ik besloten een onverplicht advies te vragen, voordat de Tweede Kamer zal stemmen over het wetsvoorstel.

De Raad heeft het, gezien de fase waarin het wetsvoorstel thans verkeert, niet opportuun geacht advies uit te brengen over de nota's van wijziging waarover hij nog niet had geadviseerd, en over de aangenomen amendementen. De

¹ P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag: Kluwer 1998, p. 486; Europese Commissie voor de Rechten van de Mens 18 september 1961, Application No. 1038/61, Yearbook 1961, p. 324 e.v.

² Zie «Female Genital Mutilation; A Joint WHO/UNICEF/UNFA Statement» Genève 1997.

³ J. Smith en H. van der Weide, *Visies en discussies omtrent genitale verminking van meisjes*, Amsterdam: Defence for Children International 1992, p. 51; E/CN.4/1987/25.

⁴ Tweede rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet, 1969, blz. 81–82.

⁵ Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 51. De Uitvoeringswet Genocideverdrag is inmiddels opgenomen in de Wet internationale misdrijven.

⁶ Kamerstukken II 2003/04, 28 484, nr. 13.

⁷ Kamerstukken II 2003/04, 28 484, nr. 41.

Raad heeft zich bij zijn beoordeling beperkt tot dat onderdeel van het wetsvoorstel dat een beoordeling vraagt in het licht van de Grondwet en op Nederland rustende verdragsverplichtingen.

De Raad heeft zich in zijn advies beperkt tot het gewijzigde amendement Wolfsen (Kamerstukken II 2003/04, 28 484, nr. 41). In dit amendement wordt tweemaal voorgesteld: (1) het vereiste van dubbele strafbaarheid vervalt ten aanzien van meisjesbesnijdenis, gepleegd door een Nederlander buiten Nederland (wijziging van artikel 5, eerste lid, onderdeel 3°, Sr); (2) er wordt rechtsmacht gevestigd ten aanzien van meisjesbesnijdenis, gepleegd buiten Nederland door een vreemdeling met een vaste woon- of verblijfplaats in Nederland (wijziging van artikel 5a, eerste lid, Sr).

De Raad onderschrijft de strekking van het amendement. Hij gaat in op één consequentie van het amendement: ingevolge artikel 5a, tweede lid, wordt de in het eerste lid gevestigde rechtsmacht uitgebreid tot meisjesbesnijdenis, gepleegd in een land waar zulks ten tijde van het plegen niet strafbaar was, door een vreemdeling die op dat moment in Nederland nog geen vaste woon- of verblijfplaats heeft. Naar het oordeel van de Raad verdraagt de in het amendement voorgestelde wijziging van de artikelen 5 en 5a Sr, bezien in onderling verband, naar de huidige stand van de rechtsontwikkeling in bepaalde omstandigheden wegens het ontbreken van strafbaarstelling op de plaats van en ten tijde van het delict, zich niet met het zogenoemde nulla poenabeginsel, zoals neergelegd in artikel 7 van het EVRM en artikel 16 van de Grondwet.

Met ingang van 1 oktober 2002 is een partiële wijziging van de zedelijkheids-wetgeving in werking getreden (wet van 13 juli 2002, Stb. 388). Bij die gelegenheid is het vereiste van dubbele strafbaarheid voor door een Nederlander buiten Nederland gepleegd zedenmisdrijf ten aanzien van minderjarigen komen te vervallen (artikel 5, eerste lid, onderdeel 3°). Ingevolge het toen geldende artikel 5, tweede lid, kon vervolging plaatsvinden ten aanzien van de in het eerste lid omschreven misdrijven, indien de verdachte eerst na het begaan van het feit Nederlander wordt, dus ook ten aanzien van zedendelicten die naar het recht van de plaats delict niet strafbaar waren ten tijde van het plegen van het feit. In een nieuw artikel 5a, eerste lid, is rechtsmacht gevestigd ten aanzien van buiten Nederland gepleegde zedendelicten, gepleegd door een vreemdeling met een vaste woon- of verblijfplaats in Nederland. Ingevolge artikel 5a, tweede lid, kan vervolging ook plaatsvinden, indien de vreemdeling eerst na het begaan van het feit een vaste woon- of verblijfplaats heeft gekregen.

Met de inwerkingtreding van de Wet internationale misdrijven op 1 oktober 2003 is de reikwijdte van artikel 5, tweede lid, beperkt tot de in het eerste lid, onderdeel 2°, bedoelde misdrijven, waarvoor het vereiste van dubbele strafbaarheid geldt. Deze wijziging is overeenkomstig de oorspronkelijke – door de rechtspraak van de Hoge Raad bevestigde – bedoeling van deze bepaling. Artikel 5a, tweede lid, is ongewijzigd gebleven.

Ingevolge het bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel inzake uitvoering internationale regelgeving ter bestrijding van mensensmokkel en mensenhandel (Kamerstukken I 2003/04, 29 291) zal het bepaalde in artikel 5, tweede lid, ook van toepassing zijn op de in het eerste lid, onderdeel 3°, genoemde misdrijven. Met deze laatste wijziging zal de door de Raad gesignaleerde inconsistentie tussen het huidige artikel 5, tweede lid, en artikel 5a, tweede lid, tot het verleden behoren.

Dat betekent dat ingevolge die voorgestelde wijziging vervolging van een Nederlander ook zal kunnen plaatsvinden, indien deze persoon eerst na het begaan van een zedendelict in het buitenland ten aanzien van een minderjarige dat naar het recht van dat land niet strafbaar is, Nederlander is geworden. Gelet op de omstandigheid dat artikel 5, tweede lid, thans alleen van toepassing is op de misdrijven, bedoeld in het eerste lid, onderdeel 2°, kan het door de Raad gesignaleerde punt zich niet voordoen bij de toepassing van artikel 5, eerste lid, onderdeel 3°, en het tweede lid. Het advies van de Raad spitst zich daarom toe op artikel 5a. Nu als gezegd de inconsistentie tussen de artikelen 5 en 5a zal worden opgeheven, versta ik het advies aldus dat dit impliciet ook betrekking heeft op de mogelijkheid van vervolging van een persoon die eerst na het begaan in het buitenland van in dat land niet strafbare meisjesbesnijdenis Nederlander is geworden.

In het advies van de Raad van State wordt naar aanleiding van de voorgestelde wijziging terecht gewezen op de relevantie van het nulla poenabeginsel. In een beperkte zin opgevat gaat het nulla poenabeginsel over het verbod van terugwerkende kracht bij strafbaarstellingen. Artikel 16 van de Grondwet stelt: Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling. In strikte zin is bij een bepaling inzake de rechtsmacht, zoals in de artikelen 5 en 5a Sr aan de orde is, de *strafbaarstelling* niet in het geding. Het gaat daar immers in die artikelen om de *vervolgbaarheid*. Evenwel moet worden onderkend, dat het nulla poenabeginsel een algemeen erkende ruimere strekking heeft dan hiervoor is aangegeven. Terecht wijst de Raad van State dan ook op artikel 7 EVRM. Volgens artikel 7, eerste lid, mag niemand worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde. Evenmin mag een zwaardere straf worden opgelegd dan die, die ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was. Volgens vaste uitleg van het EHRM behelst artikel 7, eerste lid:

- 1) het verbod de materiële strafbaarstelling met terugwerkende kracht toe te passen in het nadeel van een verdachte;
- 2) het beginsel dat delicten en straffen bij wet worden bepaald (nullum crimen sine lege);
- 3) verbod van extensieve/analogische interpretatie ten nadele van een verdachte (zie onder meer Kokkinakis vs. Greece judgm. 25 may 1993 (series A no. 260-A, p. 22, § 52); zie ook EHRM 22 nov. 1995 in C.R. vs UK Case no. 47/1994/494/576).

Het EHRM heeft voorts meermalen uitgelegd dat artikel 7 EVRM mede behelst dat voor de burger de strafbaarheid van feiten of nalatigheden «voorzienbaar» («foreseeable») moet zijn. De voor die voorzienbaarheid relevante bronnen moeten toegankelijk zijn («accessible»). Het EHRM interpreteert artikel 7 dus vanuit het perspectief van de individuele verdachte. Niet alleen de formele strafbaarstelling als zodanig is van belang, ook de toepassing van de strafbaarstelling in de praktijk. Redelijke uitleg van de rechtspraak van het EHRM brengt dan ook mee dat de toepassing van de strafbaarstelling in werking naar tijd en plaats voor de burger vooraf kenbaar moet zijn. In die zin raakt het door de Raad van State aangesneden punt strikt genomen weliswaar niet artikel 16 van de Grondwet, maar wel het door artikel 7 EVRM bestreken domein.

De Raad gaat in op de uitzonderingsbepaling van artikel 7, tweede lid, EVRM, luidende: «*Dit artikel staat niet in de weg aan de berechting en bestraffing van iemand, die schuldig is aan een handelen of nalaten, dat ten tijde van het handelen of nalaten, een misdrijf was overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen die door beschaafde volken worden erkend.*»

De Raad legt deze uitzondering zo uit dat er volledige consensus dient te bestaan om meisjesbesnijdenis te brengen onder internationaal verboden handelingen zoals marteling, onmenselijke of vernederende behandeling en discriminatie tegen vrouwen, wil deze uitzondering de voorgestelde regeling van rechtsmacht aangaande meisjesbesnijdenis van vrouwen kunnen billijken. Deze uitleg is naar het mij voorkomt niet juist. In de notitie inzake het vereiste van dubbele strafbaarheid ben ik ingegaan op de aard en ernst van het delict meisjesbesnijdenis (Kamerstukken II 2003/2004, 29 451, nr. 1, par. 3.3.) Ik heb gewezen op de omstandigheid dat meisjesbesnijdenis naar het oordeel van veel landen een ontoelaatbare aantasting van de lichamelijke integriteit van minderjarigen is en daarom een schending van een fundamenteel recht inhoudt. Er bestaat in internationaal verband een grote consensus over de schadelijkheid en verwerpelijkheid van het verschijnsel meisjesbesnijdenis en dus over de noodzaak dit verschijnsel aan te pakken (vgl. de resolutie van 19 december 2001 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties inzake traditional and customary practices effecting the health of women and girls). Het door de Raad gehanteerde criterium voor toepassing van de uitzondering in artikel 7, tweede lid, EVRM behelst een formalisering, die een normatieve dynamiek aan artikel 7, tweede lid, EVRM ontnemt. De Raad past als het ware het criterium van het eerste lid toe op het tweede lid.

De algemene rechtsbeginselen die door beschaafde volken worden erkend, waren het afgelopen decennium volop in ontwikkeling waar het betreft de toenemende erkenning van de noodzaak vrouwen te beschermen tegen

genitale verminkingen. In dat licht bezien kan aan het feit dat 15 jaren geleden nog geen overeenstemming kon worden bereikt over het expliciet opnemen van meisjesbesnijdenis in artikel 23, derde lid, van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind, dat bepaalt dat de verdragsstaten alle passende en doeltreffende maatregelen zullen nemen teneinde traditionele gebruiken die schadelijk zijn voor de gezondheid van kinderen af te schaffen, geen doorslaggevend betekenis worden toegekend. Vele internationale verdragsorganisaties zoals WHO en Unicef, en de Internationale Conferentie over Bevolking en Ontwikkeling in Cairo in 1994 hebben genitale verminking veroordeeld als een schending van de mensenrechten en een levenslange bedreiging van de gezondheid.

Het onderscheid dat de Raad aanbrengt tussen opvattingen aangaande seksueel misbruik van minderjarigen en genitale verminking van jonge vrouwen kan eveneens niet zonder meer worden gedeeld. Volgens de Raad is de strafbaarstelling van seks met minderjarigen vrijwel universeel en lopen de opvattingen over de strafwaardigheid van seksuele verminking uiteen. Dat de opvattingen over de strafwaardigheid van meisjesbesnijdenis in verschillende landen nog uiteenlopen is juist. Er bestaan thans echter ook (nog) verschillen tussen landen over de omvang van de strafbaarstelling van seksueel misbruik. Zo wordt verschillend gedacht over de leeftijdsgrens voor minderjarigheid in verband met seksuele delicten, en over de strafbaarstelling van de zogenoemde virtuele kinderpornografie. Ik verwijs in dit verband naar artikel 3, tweede lid, van het kaderbesluit inzake bestrijding van seksuele uitbuiting en kinderpornografie, waarin bepaalde vormen van kinderpornografie van strafrechtelijke aansprakelijkheid zijn uitgesloten. Ik wijs er voorts op dat het gebruik van de term «minderjarigheid» deze verschillen in opvattingen over de strafwaardigheid van seksuele handelingen jegens of met jeugdigen bedekt. In dit verband is nog van belang dat in de artikelen 5 en 5a in plaats van de term «minderjarige» de objectieve maat van het bereikt hebben van de leeftijd van achttien jaren wordt opgenomen. Conclusie is dus dat de door de Raad gemaakte opmerkingen over de verschillen tussen seksueel misbruik van kinderen en meisjesbesnijdenis relativering behoeven.

Door de werking van het tweede lid van de artikelen 5 en 5a wordt de rechtsmacht uitgebreid tot personen die pas na het begaan van het feit dat naar het recht van de plaats delict niet strafbaar was, een formele band met de Nederlandse rechtsorde hebben verkregen door verwerving van het Nederlandschap of het verkrijgen van een vaste woon- of verblijfplaats in Nederland. Het is van belang hier tweeërlei naar voren te brengen. In de eerste plaats is de voorgestelde uitbreiding van rechtsmacht in de artikelen 5, eerste lid, onderdeel 3°, en tweede lid, en 5a, tot meisjesbesnijdenis buiten Nederland gepleegd, van toepassing op meisjesbesnijdenis die is gepleegd op of na het tijdstip van inwerkingtreding van de onderhavige wetgeving. In de tweede plaats is het verwerven van het Nederlandschap dan wel het verkrijgen van een vaste woon- of verblijfplaats in Nederland het gevolg van een persoonlijke keuze, door welke motieven deze ook is geleid. Er kan dus wetenschap vooraf zijn dat het aanknopen van banden met de Nederlandse rechtsorde met zich kan brengen dat een vervolging wordt ingesteld terzake van strafbare feiten die in Nederland als zeer ernstig worden aangemerkt.

Het is denkbaar dat de vervolging van feiten op grond van de voorgestelde rechtsmachtbepalingen in concreto in strijd zou kunnen komen met een redelijke uitleg van het nulla poenabeginsel, neergelegd in artikel 7 EVRM. Om die reden is de voorgestelde wettelijke regeling van de vervolgbaarheid nog niet als zodanig strijdig met artikel 7 EVRM.

Zowel in het geval van verdenking van genitale verminking als ook in het geval van verdenking van een zedenmisdrijf moet bij de toepassing van de voorgestelde rechtsmachtbepaling van de artikelen 5 of 5a Sr door het openbaar ministerie en de rechter wel in concreto bezien worden of vanuit het nulla poenabeginsel jegens de verdachte een vervolging gerechtvaardigd is. In C.R. vs UK Case no. 47/1994/494/576, § 34 geeft het EHRM met betrekking tot het nulla poenabeginsel aan, dat er altijd een «inevitable element of judicial interpretation» is. Artikel 7 sluit volgens het EHRM dan ook niet uit dat strafrechtelijke aansprakelijkheid mede gestalte krijgt in de jurisprudentiële

ontwikkeling. Er is geen reden deze opvatting, gegeven aangaande materiële strafbaarstelling, niet overeenkomstig toe te passen op de uitoefening van rechtsmacht. Het nulla poenabeginsel staat aan de voorgestelde wijziging niet in de weg.

Kernvraag is als gezegd of de voorgestelde wijzigingen van de artikelen 5 en 5a Sr, in onderling verband, naar de huidige stand van de rechtsontwikkeling in bepaalde omstandigheden wegens het ontbreken van strafbaarstelling op de plaats van en tijde van het delict, zich verdragen met het nulla poenabeginsel zoals neergelegd in artikel 7 EVRM en artikel 16 Grondwet. De Raad van State beantwoordt die vraag voor meisjesbesnijdenis ontkennend en voor seksueel misbruik van kinderen bevestigend. De regering beantwoordt beide vragen bevestigend, zoals uit het bovenstaande is gebleken. Indien de toepassing van de (voorgestelde) regeling in een concreet geval in strijd zou kunnen komen met het nulla poenabeginsel, kan het openbaar ministerie ter vermijding van mogelijke strijdigheid daarmee onder toepassing van het opportuniteitsbeginsel besluiten niet tot vervolging over te gaan, dan wel kan de rechter het openbaar ministerie in zijn vordering niet ontvankelijk verklaren.

Tegen openbaarmaking van dit advies bestaat bij de Raad van State geen bezwaar.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken in te stemmen met toezending van het advies van de Raad van State en het nader rapport aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner