

Hierbij ontvangt u mijn reactie aangaande het bovengenoemde wetsvoorstel.

Vogel en Habitatrichtlijn

In de VR/HR zijn heel concrete verbodsbepalingen opgenomen. Het is echter een richtlijn die in het Nederlandse rechtssysteem moet worden geïmplementeerd. Dit houdt niet in dat deze rechtstreeks vertaald kan worden overgenomen; het moet worden geïmplementeerd naar ons Nederlands rechtsbestel.

In de Guidance Document on the strict protection of animal species of Community interest wordt als lijn neergezet dat "accidental" verstoring moet worden geaccepteerd.

Strafrechtsysteem Nederland

Schuld en opzet

In het Nederlandse strafrecht is het bestanddeel *opzettelijk* een veel voorkomend *subjectief* bestanddeel en heeft doorgaans de functie van wettelijke strafverzwaringgrond. Een (strafbaar) feit is veelal strafbaar gesteld zowel als overtreding (door schuld of onopzettelijk begaan, *culpoos*) en als misdrijf (opzettelijk begaan, *doleus*), met als doel strafverzwaring van de opzettelijke variant. In een dagvaarding zal de misdrijfvariant dan ook vaak als primair worden tenlastegelegd en de overtredingsvariant als subsidiair. Het bestanddeel opzet moet met zoveel woorden ook in de tenlastelegging zijn verwoord.

In het huidige voorstel Natuurwet ontbreekt deze nuancering.

In de Ff-wet zelf was ook geen tweedeling van *doleus* en *culpoos* verstoren opgenomen, wel is op grond van art. 2 Wet Economische Delicten (WED) het overtreden van de art. 8, 9 en 11 Ff-wet een misdrijf voor zover opzettelijk begaan. Overtreding van art. 10 Ff-wet (verontrusten) is *altijd* een overtreding (art. 2 lid 4 WED), maar wel met het bestanddeel *opzet*. Daar is dus kennelijk geen misdrijfvariant van, in lijn met het HR *Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest*, wat onder meer aangeeft dat:

.....the disturbance under Article 12(1)(b) must be deliberate (see chapter II.3.1) and not accidental.....

Kleurloze opzet

In de huidige praktijk leidt dit vrij gemakkelijk tot het aannemen van voorwaardelijke *casu quo* kleurloze opzet: *Indien men zich willens en wetens blootstelt aan de aanmerkelijke kans dat, wordt opzet aangenomen.*

Het Hof van Europa heeft dat ook al eens gepropageerd in haar arrest van 30 januari 2002. Uit deze uitspraak blijkt dat volgens het Hof reeds aan het vereiste *opzet* is voldaan als degene die de handeling verricht, *weet of kan weten* dat deze handeling nadelige gevolgen voor beschermde soorten planten en dieren kan veroorzaken. Echter deze uitspraak is niet ontwikkeld door een strafrechter, er is *geen* sprake van strafrechtelijke handhaving, maar van ruimtelijk bestuursrecht, dan wel milieurecht.

Ontbreekt het (strafverzwarende) opzet in de aanklacht dan moet de rechter aannemen dat uitsluitend de overtredingsvariant is ten laste gelegd. Dit hoort in de wet al duidelijk te zijn.

Opzet tot verontrusten moet dus altijd expliciet bewezen worden omdat alleen artikel 10 Ff-wet bevat de term “opzettelijk” bevat. Dat alleen *opzettelijk* verontrusten is verboden sluit aan bij de Vogelrichtlijn, omdat de daarin opgenomen plicht, om het storen van vogels te verbieden, is beperkt tot *opzettelijk* storen. Dit zou mijns inziens echter moeten gelden voor meerdere verboden in de Ff-wet. De wetgever heeft zich echter door een Europese richtlijn laten inspireren om af te wijken van het uitgangspunt van het Wetboek van Strafrecht, dat voor *overtredingen* geen *subjectieve bestanddelen* zijn vereist.

Hiertoe was de wetgever namelijk niet verplicht. De bestanddelen zijn de kenmerken van een delict(omschrijving); het vormt de grondslag van de dagvaarding ter vervolging. Dit heeft mijns inziens dan ook als consequentie dat de *opzet gericht moet zijn op de verontrusting/verstoring*, wil het kwalificeerbaar zijn als overtreding van art.10 Ff-wet; ditzelfde dient te worden opgenomen in de Natuurwet. Het *onopzettelijk* (lees: *accidental*) verontrusten is dan ook niet strafbaar.

In zijn proefschrift *Subjectieve bestanddelen in bijzondere wetten*, stelt M. Kessler (RUG, 2001):

*Het Verdrag van Bern, de Europese Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn kennen bepalingen met subjectieve voorwaarden. Ik beperk me nu even tot de twee richtlijnen. De richtlijnen verplichten tot het verbieden van bepaalde handelingen met vogels (bijv.: verkopen), waarbij de gebodsverplichting bij sommige van die handelingen is ingesnoerd tot opzettelijke handelingen (bijv.: opzettelijk verstoren). Het is mij niet duidelijk, waarom in het ene geval een handeling dient te worden verboden, waarbij het niet uitmaakt of die opzettelijk is verricht, en in het andere geval uitsluitend de opzettelijke handeling. Voor de vraag of bepaalde activiteiten aan een **bestuursrechtelijk systeem van vergunningen en ontheffingen** moeten worden onderworpen, maakt het m.i. **niet uit of die activiteit al dan niet opzettelijk** is (Strafrechtelijk echter wel degelijk! Toevoeging H. Faber). Daarnaast is het opvallend dat met name de internationale regelingen die uitsluitend verplichten tot verbieden subjectieve voorwaarden bevatten en de internationale regelingen die verplichten tot strafbaarstelling niet. Ik kan me niet aan de indruk onttrekken, dat de internationale regelingen op het terrein van flora en fauna wat het opzet betreft weinig doordacht zijn.*

Luchtruim in relatie tot Natuurwet

De afgelopen jaren is frequent discussie ontstaan over verstoring van dieren door overvliegende luchtvaartuigen. Door natuurbeschermers werd dan met een beroep op de externe werking de strafbaarheid ingeroepen terwijl luchtvaarders zich van geen kwaad bewust zijn omdat ze zich strikt aan de vliegprocedures hielden. Deze spanning is met het huidige ontwerp Natuurwet niet weggenomen. Het introduceren van het begrip wederrechtelijk verstoren kan aan deze discussie een einde maken, temeer nu in het verleden de minister van LNV geen beperkingen voor de luchtvaart wilde opnemen. In de Nota van Antwoord (inzake de hoofdlijnen het te voeren beleid Natura 2000-gebieden, 2007) stelt de minister van LNV dat ze geen beperkingen aan de luchtvaart wil opleggen. Hier uit kan geconcludeerd worden dat er geen doorwerking is vanuit de Nbwet naar de Luchtvaartwet. Ook de nieuwe Wet luchtvaart spreekt niet over doorwerking naar de Nbwet en de Natura 2000-gebieden.

De minister van LNV is geen voorstander van het opnemen van een minimale vlieghoogte in de Natura 2000-aanwijzingsbesluiten. Wel moet gewaarborgd zijn dat vliegbewegingen in de omgeving van Natura 2000-gebieden niet tot aantasting van natuurlijke kenmerken leiden.

Ook in het onderhavige wetsvoorstel is geen nadere aandacht voor de 3^e dimensie vergeten, waardoor luchtvaarders nog steeds in de kou blijven staan. Veel

natuurgebieden, waaronder de Oostvaardersplassen, hebben zich ontwikkeld op de huidige locatie tot gekwalificeerd natuurgebied. Deze ontwikkeling heeft zich ondanks de vliegbewegingen van Schiphol en Lelystad rondom en boven het gebied, de spoorlijn en de omringende wegen door kunnen zetten. Externe werking is een lastig begrip, waar houdt de externe werking op en hoe werkt die uit, vooral in de 3^e dimensie: hoe *hoog* reikt deze? Geldt dat vervolgens dan voor het hele gebied of alleen voor *hot-spots* waar bepaalde populaties verblijven (kolonies) en alleen als er significant effect te verwachten is?

Handhaafbaarheid

Regelgeving dient in de praktijk handhaafbaar te zijn. Door het rechtstreeks opnemen van de eis van significantie in de verbodsbepalingen ontstaat er een niet te handhaven situatie. Op de eerste plaats moet een opsporingsambtenaar (waaronder BOA's) dus al constateren of iets significant is, wat wellicht pas na jaren is vast te stellen, maar daarna ontstaat voor de rechter een nog groter probleem om deze significantie aan te tonen. Er zullen vele wetenschappers gevonden worden die elkaar tegenspreken, al was het maar op de aspecten van verstoring zoals: schaal, populatie, gebied, periode, etc.

Bij de relatie van luchtvaart met natuurverstoring zijn verschillende aspecten van verstoring te onderkennen, welk onderscheid niet specifiek wordt onderkend in het wetsvoorstel. Er dient mijns inziens onderscheid te worden gemaakt tussen directe en indirecte verstoring en de effecten ervan, ook in relatie tot bestaand gebruik en het seizoen.

Directe verstoring: gevolgen plaatselijk en tijdelijk

- opvliegen van vogels, vluchten van zoogdieren
- onderbreken van fourageren

Indirecte verstoring: gevolgen langere termijn

- verdrijven van soort uit gebied
- verlaten nest en/of nestgebied

Verstoringseffecten: significantie van verstoring

- effect op leefomgeving (aanpassen is niet per definitie verstoring)
- effect op de populatie
- effect op de instandhoudingsdoelstellingen
- effecten van bestaand gebruik

Is het van een BOA te verwachten dat hij al deze afwegingen betreft voor hij een Proces Verbaal opmaakt?

Wederrechtelijkheid.

Nu *accidental* verstoring niet direct zou moeten lijden tot het aannemen van voorwaardelijke opzet (respectievelijk kleurloze opzet) lijkt het mij verstandiger te spreken over "opzettelijk wederrechtelijke" verstoring waarbij de opzet moet zijn gericht op de wederrechtelijkheid van de gedraging en niet op de voorwaardelijkheid/kleurloosheid van de verstoring.

Wanneer dus wordt verstoord met in acht neming van overige regels zoals: maximum snelheid in het (weg, spoor, water)verkeer, minimum vlieghoogtes voor de luchtvaart, gedragscodes voor werkzaamheden, wandelen op de paden, etc, is dus geen sprake van wederrechtelijkheid en dient dan ook geen vervolging te worden ingesteld, dan wel een veroordeling volgen. Gelet op het biotime van de natuur kan hier zelfs ook nog een tijdsplanning aan worden gekoppeld, zoals broed, rui of trekseizoen van de diverse soorten.

Dit sluit ook aan bij de EU richtlijn strafrechtelijke handhaving Milieurecht (waaronder het natuurbeschermingsrecht kan worden begrepen) zoals door Nederland is geïmplementeerd in het regime van de Wet Economische Delicten en de implementatie van de EU-Richtlijn per 26 december 2010. In het licht van de doelen van de strafrechtelijke handhaving van het milieurecht – normbevestiging met het oog op de te beschermen belangen en herstel of beperking van hieraan aangebrachte schade – meent het OM dat het strafrecht in hoofdzaak dient te worden ingezet bij overtredingen van *kernbepalingen* binnen het milieu(hygiene)recht. Onder kernbepalingen verstaat het die bepalingen die binnen de regeling of vergunning waarvan zij deel uitmaken, de kern vormen van de bescherming van de belangen waartoe die regeling of vergunning strekt.

De keuze van het OM dat bij de inzet van het strafrecht het accent moet worden gelegd op overtredingen van kernbepalingen brengt mee dat bij constatering van een overtreding van een *kernbepaling* direct procesverbaal behoort te worden opgemaakt, tenzij naar het oordeel van de officier van justitie op basis van de onderzoeksbevindingen moet worden aangenomen, dat:

de overtreding:

- niet doelbewust is begaan;
- een kennelijk incident betreft;
- gering van omvang is;
- sprake is van een overigens goed nalevende overtreder die onverwijld afdoende maatregelen heeft getroffen.

Slot

Ik hoop dat voorgaande argumenten zullen leiden tot een meer pragmatisch wetsvoorstel in relatie tot de handhaafbaarheid en afstemming tussen de drie dimensies: lengte, breedte en hoogte. Daar waar mogelijk kan zelfs in de 4^e dimensie (tijd) worden gedifferentieerd, wat ook al is verwerkt in de diverse gedragscodes die ons land rijk is.

Juridisch Advies Kalenberg
Mr. H.Faber
Postbus 65
4190 CB Geldermalsen