

Noot onder HR, NbSr 2017, 201

Het is van alle tijden dat mensen vluchten voor honger en geweld. Oorlogen en natuurrampen hebben ertoe geleid dat in het verleden veel mensen op drift zijn geraakt. Ook in de huidige tijd worden we geconfronteerd met (grote groepen) ontheemden, vluchtelingen en gelukzoekers, die ver weg van huis, in een ander land – vaak op een ander continent – hopen een nieuw bestaan te kunnen opbouwen.

Vluchtelingen worden lang niet overal met open armen ontvangen. Door de wijze waarop binnen Nederland en de EU met het (vluchtelingen- en vreemdelingen-)‘probleem’ wordt omgegaan, kunnen mensen zich gedrongen voelen om noodduftigen uit probleemgebieden te helpen naar Nederland te komen. Gelet op de tekst van artikel 197a Sr is er dan al gauw sprake van mensensmokkel.

Tot 2005 was een belangrijke voorwaarde voor strafbaarheid op grond van artikel 197a Sr dat werd vastgesteld dat gehandeld werd uit winstbejag. Het was aanvankelijk de bedoeling dat het schrappen van dit delictsbestanddeel zou worden gecompenseerd door een zogenoemde ‘humanitaire clausule’ in het tweede lid van artikel 197a Sr op te nemen. Deze clausule hield in dat een bijzondere strafuitsluitingsgrond werd geformuleerd, waardoor degene die (zonder winstbejag) handelde ‘met het oogmerk humanitaire bijstand aan die ander te bieden’ niet strafbaar was. Dit tweede lid is er uiteindelijk niet gekomen omdat gevreesd werd voor misbruik. De algemene strafuitsluitingsgronden zouden – zo was de gedachte – in voorkomende gevallen voldoende mogelijkheden bieden om degene die handelt op grond van louter humanitaire motieven, vrijuit te laten gaan. ‘Het gaat en het zal blijven gaan om de aanpak van mensensmokkel, niet om de vervolging van personen of instellingen die uitsluitend op ideële en humanitaire gronden het bieden van hulp aan een illegale vreemdeling geboden achten’ (*Kamerstukken I 2004/05, 29 291, C, p. 2*).

In de onderhavige zaak werd een beroep gedaan op algemene strafuitsluitingsgronden (het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid dan wel psychische overmacht). De verdachte zou de vriendin van haar zoon en haar neef behulpzaam zijn geweest bij hun illegale toegang tot Nederland. In hoger beroep werd door de verdediging betoogd dat zij (enkel) heeft gehandeld uit humanitaire motieven en dat ‘de hulp van verdachte aan familie louter uit medemenselijkheid is gebeurd en er door de vriendin van de zoon van verdachte een zeer dringend beroep op haar hulp werd gedaan dat maakte dat niet van haar verlangd kon worden dat ze daartegen weerstand zou bieden’. Beide verweren werden door het hof verworpen. De verdachte had immers ook kunnen proberen beide personen legaal naar Nederland te laten komen. ‘Bovendien bevonden zij zich niet in een acute levensbedreigende situatie waarin van verdachte niet anders gevergd kon worden dan zij heeft gedaan. Het hof stelt vast dat daartoe niets concreets is aangevoerd. Verder zijn er geen feiten of omstandigheden door de raadvrouw aangevoerd of anderszins aannemelijk geworden die het door verdachte nagestreefde doel rechtvaardigen’ (Hof Amsterdam 23 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4428). De Hoge Raad zag – ‘mede gelet op hetgeen door de verdediging is aangevoerd’ – geen reden om in te grijpen.

Zowel het hof als de Hoge Raad constateerden in deze zaak dat de motivering van de verweren te wensen over liet (het hof was om dezelfde reden – te weten een ontoereikende motivering van het verweer – voorbijgegaan aan het betoog van de raadvrouw dat sprake was van een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv). Laat dat een les zijn. Iets roepen, iets stellen, iets beweren of iets ergens van vinden, is niet hetzelfde als het voeren van een

verweer. Voor een verweer of standpunt geldt dat de rechter alleen dan inhoudelijk op het betoog van de raadsman hoeft in te gaan wanneer dit betoog deugdelijk gemotiveerd is. Voor een zogenaamd uitdrukkelijk onderbouwd standpunt houdt dit in dat het standpunt duidelijk, door argumenten – bij voorkeur feitelijke en juridische argumenten – geschraagd en voorzien van een ondubbelzinnige conclusie ten overstaan van die rechter naar voren moet worden gebracht. Voor een beroep op een strafuitsluitingsgrond betekent dit dat niet kan worden volstaan met een opmerking in de trant van ‘Ik vind dat er sprake is van psychische overmacht’, maar dat geprobeerd wordt de feiten waarop het verweer zou moeten steunen op een rij te zetten en te verankeren (een verweer moet feitelijke grondslag hebben/aannemelijk zijn geworden en zeker niet onaannemelijk zijn), om vervolgens aan de hand van de wettelijke en in de rechtspraak tot stand gekomen criteria uit te leggen waarom in het concrete geval sprake is van de betreffende strafuitsluitingsgrond. Alleen een goed onderbouwd verweer dwingt de rechter tot een inhoudelijke reactie.

Interessant zijn de algemene opmerkingen die door de Hoge Raad worden gemaakt ‘over een beroep op de niet-strafbaarheid van (de verdachte van) mensensmokkel vanwege handelen op ideële en humanitaire gronden’. Na een overzicht te hebben gegeven van de wetsgeschiedenis, merkt de Hoge Raad op dat handelen op humanitaire gronden onder omstandigheden op grond van een algemene strafuitsluitingsgrond in de weg kan staan aan de strafbaarheid van de in artikel 197a Sr omschreven mensensmokkel of van de dader daarvan. Afhankelijk van de feiten en omstandigheden in het concrete geval kan er sprake zijn van een rechtvaardigingsgrond (bijv. noodtoestand) of van een schulduitsluitingsgrond (bijv. psychische overmacht). Daarbij zal het waarschijnlijk veelal gaan om situaties die op grond van het voorgestelde – maar in het wetgevingstraject gesneuvelde – tweede lid van artikel 197a Sr tot straffeloosheid zouden hebben geleid. Voor de verdediging betekent dit concreet dat zij in voorkomende gevallen zal moeten betogen en onderbouwen dat sprake is geweest van humanitaire bijstand zonder enig oogmerk van eigen bevoordeling aan een vreemdeling van wie aannemelijk is dat hij in een zijn leven of veiligheid bedreigende noodsituatie verkeerde en aan wie bij zijn vlucht redelijkerwijze niet op andere wijze hulp kon worden geboden dan door hem wederrechtelijk over de grens met Nederland te brengen of in Nederland verder te brengen, en dat de verdachte daarom vrijuit zal moeten gaan (omdat het feit gerechtvaardigd is wegens overmacht in de zin van noodtoestand of omdat de verdachte niet strafbaar is vanwege psychische overmacht).

mr. J. Boksem, advocaat bij Anker & Anker Strafrechtadvocaten te Leeuwarden