

ANNOTATIE

# **Algemene opmerkingen over beroep op niet-strafbaarheid vanwege handelen op ideële en humanitaire gronden.**

***mr. J.H.J. Verbaan***

*Annotatie bij Hoge Raad, 16-05-2017, ECLI:NL:HR:2017:888 (SR-2017-0227)*

De verdediging klaagt namens verdachte, ten aanzien van wie mensensmokkel is bewezenverklaard, over de verwerping door het hof van het verweer dat de materiële wederrechtelijkheid ontbreekt dan wel sprake is van psychische overmacht omdat de verdachte enkel uit humanitaire overwegingen heeft gehandeld, kort gezegd het door de verdachte bieden van hulp bij illegale binnenkomst en doorreis van twee vreemdelingen als bedoeld in artikel 197a lid 1 Sr. Het hof heeft daartoe overwogen dat zo al enkel sprake zou zijn van handelen uit humanitaire overwegingen, dit op zichzelf nog niet tot gevolg heeft dat in de onderhavige situatie de materiële wederrechtelijkheid van het bewezen geachte ontbreekt. Daarbij wordt nog opgemerkt dat de verdachte ook op legale wijze had kunnen trachten betrokkenen naar Nederland te laten komen en dat niet op voorhand elke mogelijkheid daartoe ontbrak. Vervolgens overweegt het hof dat voor een beroep op psychische overmacht sprake moet zijn van een van buiten komende drang waaraan de verdachte redelijkerwijs geen weerstand kon en ook niet behoefde te bieden. Het hof overweegt dat er geen omstandigheden aannemelijk zijn geworden die inhouden dat er voor de verdachte geen geschikte alternatieven voorhanden waren om de vriendin van haar zoon en haar neef te helpen. 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 verdediging aangevoerd of anderszins aannemelijk geworden die het door verdachte nagestreefde doel rechtvaardigen. De Hoge Raad oordeelt dat deze oordelen van het hof geen

blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting. Zij zijn niet onbegrijpelijk en, mede gelet op hetgeen door de verdediging is aangevoerd, toereikend gemotiveerd. De omstandigheid dat in de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 197a Sr aan de orde is gesteld dat humanitaire overwegingen de aanleiding kunnen vormen voor straffeloosheid, noopte het hof – anders dan waarvan het middel uitgaat – niet tot nadere motivering van zijn oordelen. De Hoge Raad overweegt dat in de overweging van het hof besloten ligt dat het een afweging heeft gemaakt tussen enerzijds het belang van de gevraagde aanhouding van de behandeling en het daaraan ten grondslag liggende belang van de verdachte bij het kunnen uitoefenen van haar aanwezigheid, en anderzijds het belang van een doeltreffende en spoedige berechting en van een goede organisatie van de rechtspleging. De Hoge Raad ziet aanleiding om nog enkele algemene opmerkingen te maken over een beroep op de niet-strafbaarheid van (de verdachte van) mensensmokkel vanwege handelen op ideële en humanitaire gronden.

Op 1 januari 2005 is in werking getreden de Wet van 9 december 2004 tot uitvoering van internationale regelgeving ter bestrijding van mensensmokkel en mensenhandel, *Stb.* 2004, 645, waarbij artikel 197a lid 1 Sr is ingevoerd. De Hoge Raad overweegt dat dit artikel 197a lid 1 Sr nadien ten aanzien van het strafmaximum is gewijzigd en haalt het aan.

De Hoge Raad overweegt dat aan de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling kan worden ontleend dat aanvankelijk was voorgesteld om in deze bepaling, waarin mensensmokkel ook zonder winstbejag strafbaar werd gesteld, een zogenoemde humanitaire clause in het tweede lid op te nemen ('Niet strafbaar is degene die het feit, omschreven in het eerste lid, begaat met het oogmerk humanitaire bijstand aan die ander te bieden'). Die clause is uiteindelijk geschrapt na aanneming in de Tweede Kamer van een daartoe strekkend amendement.

Met betrekking tot (de schrapping van) deze 'humanitaire clause'

- houdt de nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel (*Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 7, p. 2-3) dat heeft geleid tot voornoemde wet onder meer het volgende in:

'In de memorie van toelichting zijn de overwegingen genoemd die ten grondslag liggen aan het voorstel om gebruik te maken van de in de richtlijn inzake mensensmokkel geboden mogelijkheid om een humanitaire clause op te nemen voor hulp bij illegale binnenkomst en doorreis.

Ingevolge de richtlijn inzake mensensmokkel geldt voor hulp bij illegale binnenkomst en doorreis in een van de lidstaten niet langer het bestanddeel winstbejag. Mensensmokkel wordt daarmee zonder meer strafbaar. Op de vervolgende instantie rust niet langer de last het bestanddeel winstbejag te bewijzen. Ter compensatie van het schrappen van voornoemd

bestanddeel is een optionele rechtvaardigingsgrond opgenomen in de richtlijn. Nederland heeft zich destijds bij de onderhandelingen over deze richtlijn met steun van het parlement ingezet voor een dergelijke optionele clausule. Voorgesteld is om van deze optie gebruik te maken en een uitdrukkelijke rechtvaardigingsgrond in artikel 197a Sr op te nemen. Naar het oordeel van de regering is dit een evenwichtig voorstel, omdat het een goede balans houdt tussen het belang van een effectieve strafrechtelijke aanpak van mensensmokkel en het belang van bescherming van personen en instellingen die handelen uit humanitaire beweegredenen. Enerzijds kan schrapping van het bestanddeel winstbejag de strafrechtelijke aanpak van mensensmokkel faciliteren. Anderzijds wordt uitdrukkelijk rekening gehouden met de belangen van personen die louter op humanitaire gronden en zonder uit te zijn op geldelijk gewin vreemdelingen behulpzaam zijn om bij illegale binnenkomst in Nederland of een van de landen die vallen onder het bereik van artikel 197a Sr.'

- heeft de minister van Justitie op vragen die zijn gesteld bij gelegenheid van de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer (*Handelingen II* 16 juni 2004, TK 84-5396) onder meer geantwoord:

'Het feit dat wij in Nederland een Vreemdelingenwet hebben, betekent in beginsel dat mensensmokkel, om welke reden dan ook, tegengegaan moet worden. Een uitzondering daarop kan worden gemaakt voor hulp bij vluchten; daar gaat het immers in feite om bij humanitaire bijstand.' en 'Het is moeilijk voorstelbaar dat de Nederlandse overheid aan de ene kant zegt dat mensen er niet in mogen en dat zij aan de andere kant zegt dat mensen die personen naar binnen brengen om een mooie reden, niet strafbaar zijn. Dan zou ons beleid ten aanzien van mensensmokkel niet geloofwaardig zijn. De bepaling kan alleen worden toegepast in uitzonderingsgevallen waarin aantoonbaar is dat het de enige manier was waarop de betrokken persoon die in nood verkeerde kon worden geholpen. Die situatie is denkbaar.' en 'Wij zijn het erover eens dat de voorgestelde humanitaire clausule niet bedoeld is om iedereen te geloven die stelt een nobel motief te hebben. Het gaat om de uitzonderingsgevallen, de gevallen waarin iemand in een noodsituatie echt de grens over moest worden gebracht.'

- houdt de toelichting op het amendement (*Kamerstukken II* 2003/04, 29291, 11) het volgende in:

'De humanitaire clausule zoals deze momenteel in het wetsvoorstel opgenomen is, is niet strikt genoeg. Van deze bepaling gaat, mede met het oog op de bewijsvoering, geen eenduidig signaal uit. Om kans op misbruik te voorkomen dient dit amendement dan ook tot het schrappen van deze te open clausule in het wetsvoorstel. De huidige regelgeving biedt voldoende mogelijkheden om een beroep te doen op rechtvaardigingsgronden.'

- houdt de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer (*Kamerstukken I 2004/05*, 29291, C, p. 1-2) onder meer het volgende in:

‘Naar aanleiding van de aanvankelijk in artikel 197a Sr voorgestelde en door amendering geschrapte humanitaire clausule – niet strafbaar is degene die hulp bij illegale binnenkomst en doorreis begaat met het oogmerk humanitaire bijstand te bieden aan een vreemdeling – stelden de leden van de CDA-fractie enige vragen. Deze beantwoord ik hieronder als volgt.

Van de concrete feiten en omstandigheden in de strafzaak hangt af of van de kant van de verdediging aannemelijk kan worden gemaakt dat de bijstand aan de illegale vreemdeling uitsluitend is geboden met het oogmerk humanitaire bijstand te verlenen. De omstandigheid dat enige aanwijzing omtrent materieel voordeel ontbreekt en het feit dat de verdachte niet eerder voor mensensmokkel of een vergelijkbaar delict is veroordeeld zijn vanzelfsprekend relevante factoren bij beantwoording van de vraag of in het concrete geval sprake is van een strafwaardige gedraging.

Het (voorgestelde) artikel 197a Sr wordt toegepast en zal worden toegepast op een evenwichtige wijze die recht doet aan de strekking van de bepaling. Het schrappen van het bestanddeel winstbejag en het schrappen van de humanitaire clausule wijzigen niet de strekking van deze bepaling. 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.

De omstandigheid dat na de illegale binnenkomst een machtiging tot voorlopig verblijf of een verblijfsvergunning is afgegeven kan op zich aan de gedraging haar strafwaardigheid niet ontnemen, maar kan wel een factor zijn bij de beantwoording van de vraag of vervolging in het concrete geval opportuun is.

Het ontvangen van enige vergoeding voor de geboden hulp behoeft op zich een geslaagd beroep op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid niet uit te sluiten. In de door deze leden aan de orde gestelde situaties zal het openbaar ministerie steeds onder ogen zien of vervolging is geïndiceerd.’

- heeft de minister van Justitie op vragen die zijn gesteld bij gelegenheid van de mondelinge behandeling in de Eerste Kamer (*Handelingen I 7 december 2004*, EK 8-390) onder meer geantwoord:

‘Het begint met de schrapping van de clausule winstbejag, die voortvloeit uit de richtlijn die wij hier onder andere uitvoeren. Ik denk dat dit winst is. Zolang dit onderdeel is van de strafbaarstelling, moet het gesteld en bewezen worden. Dat is een moeilijk onderdeel. Dat

betekent dat alle gevallen waarin het wel aannemelijk is, maar je het niet kunt bewijzen, aan de strafbaarstelling zouden ontsnappen.

Dat was de reden voor het kabinet om voor te stellen dat winstbejag wordt geschrapt, juist om de effectiviteit van de bepaling te versterken, maar om de humanitaire grond toe te voegen als rechtvaardigingsgrond. Zoals bekend heeft de Tweede Kamer deze clausule bij amendement geschrapt. Tegelijkertijd moet ik vaststellen dat de algemene straf- en schulditsluitingsgronden in dezelfde situatie aanleiding zullen zijn voor de rechter om niet tot veroordeling over te gaan.

Uit de behandeling in de Kamer en uit mijn toelichting hier moge duidelijk blijken dat het niet de bedoeling was van dit amendement om ook hulp in humanitaire gevallen strafbaar te stellen. Het gebruik van de clausule zou mogelijk tot een te ruime uitleg leiden, als dat extra wordt genoemd naast de algemene straf- en schulditsluitingsgronden. Dat is de redenering. Derhalve meen ik dat personen en rechtspersonen die hulp uitsluitend om humanitaire redenen hebben geboden, ook zonder uitdrukkelijke wettelijke rechtvaardigingsgrond straffeloos zullen blijven.'

Handelen op humanitaire gronden kan, indien het Openbaar Ministerie heeft geoordeeld dat het opportuun is te vervolgen, derhalve onder omstandigheden op grond van een algemene strafuitsluitingsgrond in de weg staan aan de strafbaarheid van de in artikel 197a Sr omschreven mensensmokkel of van de dader daarvan. Daarbij kan vooral worden gedacht aan noodtoestand, waarbij – in het algemeen gesproken – de pleger van het feit, staande voor de noodzaak te kiezen uit onderling strijdige plichten en belangen, de zwaarstwegende heeft laten prevaleren. In bijzondere gevallen zou ook denkbaar kunnen zijn een beroep op psychische overmacht waarvoor sprake moet zijn van een van buiten komende drang waaraan de verdachte redelijkerwijze geen weerstand kon en ook niet behoefde te bieden.

Of een beroep op een dergelijke strafuitsluitingsgrond kan worden aanvaard hangt af van de concrete feiten en omstandigheden van het geval. Mede gelet op de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling kan in het bijzonder worden gedacht aan gevallen 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 verkeert en aan wie bij zijn vlucht redelijkerwijze niet op andere wijze hulp kan worden geboden dan door hem wederrechtelijk over de grens met Nederland te brengen of in Nederland verder te brengen.