

ANNOTATIE

Annotatie bij Hoge Raad 23 oktober 2012

prof. mr. H. de Doelder

Annotatie bij Hoge Raad, 23-10-2012, ECLI:NL:HR:2012:BX6767 (SR-2012-0202)

De Hoge Raad verwijst in dit arrest naar zijn uitspraak van HR 29 april 1997, ZDo697, NJ 1997, 665, waarin hij op grond van de wetsgeschiedenis van de totstandkoming van art.10a Opiumwet (kamerstukken 17975) aannam dat ook strafbaarheid aanwezig is indien op de voorbereidingshandeling het misdrijf als bedoeld in artikel 10, derde of vierde lid van de Opiumwet daadwerkelijk is gevolgd. In het onderhavige arrest is iets soortgelijks aan de hand: de verdachte is veroordeeld voor het verrichten van voorbereidingshandelingen (hij had ontmoetingen en hield telefonisch contact met andere verdachten over een container met – inmiddels door de politie verwijderde – cocaïne), terwijl er volgens de steller van het middel eerder sprake zou zijn van handelingen in een uitvoeringsfase. Maar het een sluit het ander niet uit, volgens de Hoge Raad.

Vermeldenswaard is dat AG Knigge het arrest uit 1997 van de Raad in het geheel ongenoemd laat. Hij gooit het over een andere boeg. Hij bespreekt HR 13 maart 2001, ABo494, NJ 2001, 338. In dat arrest werd er de nadruk op gelegd, dat de ten laste gelegde voorbereidingshandelingen plaatsvonden nadat er inbeslagneming had plaatsgevonden en er – volgens het Hof – dus geen sprake meer kon zijn van een te voltooien delict. Maar dat ontnemt die daden volgens de Hoge Raad niet hun zelfstandig karakter. In het hier besproken arrest van BX6767 stelde het middel slechts aan de orde of hetgeen de verdachte verrichtte na het moment waarop het transport daadwerkelijk een aanvang had genomen aangemerkt kon worden als voorbereiding. De kwestie was dus of in dat geval wel gesproken kon worden van voorbereidingshandelingen, hoewel de feitelijke daden veeleer in de (in dit

geval niet strafbare) uitvoeringsfase zouden zijn gepleegd. De Raad heeft – indien ik het juist interpreteer – hiermede bepaald dat voor een eventuele strafbaarheid van de voorbereidingsdaden in Opiumwetzaken niet beslissend is of die daden ook hadden of zouden kunnen worden gekwalificeerd als uitvoeringshandelingen vanwege het zelfstandige karakter van de voorbereidingshandelingen.

Het oordeel van de Raad roept een andere vraag op: wat als (in een zich daarvoor lenend geval) beide delicten (zowel de voorbereidingshandelingen als het voltooide delict) ten laste zouden zijn gelegd? Zou er dan sprake kunnen zijn van twee delicten met een daarbij behorende strafmaatverhoging gelet op artikel 57 (meerdaadse samenloop)? Als dat zo zou zijn, dan kan het OM de strafmaat in Opiumwetzaken omhoog krikken door èn het voltooide delict èn de daaraan voorafgegane voorbereidingshandelingen ten laste te leggen. Om een dergelijke consequentie te ontlopen zou men kunnen denken aan het kwalificeren als eendaadse samenloop (Zie in gelijke zin Noyon-Langemeijer-Rommelink, Het Wetboek van Strafrecht, art. 46, aant. 9, suppl. 139) of voortgezet delict (de artikelen 55 of 56 Sr). De ervaring leert dat de Hoge Raad dit feitenoordeel slechts op begrijpelijkheid toetst, zodat de feitenrechter die kwalificatie wel voor zijn rekening zou kunnen nemen. Wat nu als de feitenrechter meer voelt voor artikel 57 Sr, met de daarbij behorende strafverhoging tot een derde?

De rechter zou dan hulp kunnen invoeren van de Memorie van Toelichting bij de inwerkingtreding van artikel 46 Sr. (zie: J. de Hullu, Materieel Strafrecht, Deventer, 2000, p. 394). Men zou verder uit HR 26 oktober 2010, NJ 2010, 655 m. nt N. Keijzer, BG 4440, waarin werd beslist dat het enkele voorhanden hebben van geld verkregen door valsheid in geschrifte en oplichting, niet zonder meer gekwalificeerd kan worden als witwassen, mogen afleiden dat de Hoge Raad de vrijheid neemt om in voorkomende gevallen de reikwijdte van het strafrecht te beperken.

Men zou verder moed kunnen putten uit HR 10 februari 2009, NJ 2009, 346, BG1648, m. nt A.Klip: aan de orde was de vraag of er sprake was van ‘ne bis in idem’. De Raad besliste, dat er in dat geval geen sprake van was, aangezien de voorbereidingshandelingen voor een overval op 13 juli niet strekte tot de voorbereiding van een in de nacht van 29 op 30 juli gepleegde overval. A contrario geredeneerd, kan men inderdaad concluderen dat, als de voorbereidingshandelingen wèl zouden strekken ter voorbereiding van het te laste gelegde voltooide delict, er sprake zou zijn (bij een tweede vervolging) van ‘ne bis in idem’. Maar ik waarschuw voor al te veel optimisme: de rechtspraak over artikel 68 Sr is niet gelijk aan die van artikel 55 Sr en het algemene voorbereidingsartikel 46 Sr is geen zelfstandig delict, in tegenstelling tot het hier aan de orde zijnde artikel 10a Opiumwet.