

ANNOTATIE

Annotatie bij Hoge Raad 7 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1198.

mr. D.G.J. Grimmelikhuijzen

Annotatie bij Hoge Raad, 07-07-2020, ECLI:NL:HR:2020:1198 (SR-2020-0255)

Bovenstaand arrest valt direct op door een tamelijk bizar feitencomplex waarin sprake is van een plan dat is opgezet teneinde de latere verdachten in de val te laten lopen. Dat plan bestond erin dat een betrokkene een moeder en dochter zover probeerde te krijgen mee te werken aan de ontvoering van enkele van hun (ex-)(schoon)familieleden. Deze betrokkene was echter niet voornemens die plannen ook daadwerkelijk tot uitvoering te brengen, maar nam alle belastende communicatie op om vervolgens de moeder en dochter onder dreiging van aangifte te kunnen chanteren. De verdachten werden uiteindelijk vervolgd voor het voorbereiden van die zogenaamde ontvoering. Hoe opmerkelijk de feiten ook zijn, juridisch draait de zaak uiteindelijk om de verschillende wijzen waarop de zinsnede 'bestemd tot het begaan van dat misdrijf' uit artikel 46 lid 1 Sr geïnterpreteerd kan worden.

Allereerst doemt daarbij de vraag op of er sprake kan zijn van strafbare voorbereiding van een delict dat nooit tot volvoering zal komen, of zelfs nooit tot volvoering zou *kunnen* komen? Is er dan immers geen sprake van een ondeugdelijke voorbereiding?

Dat de ondeugdelijkheid van handelingen in de voorfase relevant kan zijn blijkt uit de jurisprudentie omtrent de poging. Wanneer er sprake is van een poging waarbij gebruikgemaakt wordt van een absoluut ondeugdelijk middel of die zich richt tot een absoluut ondeugdelijk object, wordt in de literatuur en de jurisprudentie aangenomen dat geen strafbaarheid kan bestaan (C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 431-435, en, het belang van het leerstuk relativerend: J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 402-405). En dat was ook stellig het

uitgangspunt van de wetgever in 1886 (H.J. Schmidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht* (deel I), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 422-429). Zo bestaat bijvoorbeeld geen strafbare poging tot doodslag bij het schieten op een lijk (aldus voormalig Minister van Justitie Modderman, zie Schmidt, a.w., p. 423) net zomin als er sprake kan zijn van een strafbare poging tot moord wanneer iemand haar echtgenote tracht te vergiftigen door deze een hooguit onsmakelijk maar geheel ongevaarlijk brouwsel op basis van koperen munten en sassafras toe te dienen (HR 7 mei 1906, *W* 8372). Een zuiver absoluut ondeugdelijke poging laat zich achter de schrijftafel misschien eenvoudig bedenken, maar komt in de praktijk zelden voor. In de werkelijkheid zal het veelal gaan om verschillende gradaties van relatieve ondeugdelijkheid. In die gevallen is het middel of het object in beginsel geschikt voor het misdadige doel dat de verdachte voor ogen heeft maar bestaan er bijzondere omstandigheden die maken dat nu juist in dit geval een poging niet succesvol kan zijn. Hierbij kan men denken aan een poging tot vergiftiging met een op zich voor dat doel geschikt gif dat echter in een te lage dosis wordt toegediend (zie bijv.: HR 24 februari 1948, ECLI:NL:HR:1948:1, *NJ* 1948/272, m.nt. Pompe), maar ook aan een graai in een kassalade die leeg blijkt te zijn (HR 25 augustus 1931, ECLI:NL:HR:1931:130, *NJ* 1932, p. 1255-1256). Het onderscheid tussen een absoluut en een relatief ondeugdelijke poging is hierbij niet altijd helder te maken. Zo kan men met een beetje fantasie een relatief ondeugdelijke poging herschrijven als een absoluut ondeugdelijke poging en vice versa. Bij de beoordeling van de strafwaardigheid van zulke pogingen zal met name de mate waarin men een objectieve dan wel een subjectieve pogingsleer aanhoudt doorslaggevend zijn, of, misschien cynischer, de mate waarin men een vervolging en veroordeling al dan niet wenselijk acht.

Nu heeft voorgaande uiteraard betrekking op de figuur van de strafbare poging op grond van artikel 45 Sr en betreft de tenlastelegging in het onderhavige arrest strafbare voorbereidingshandelingen op grond van artikel 46 Sr. Bij strafbare voorbereidingshandelingen ontstaat strafbaarheid al in een verder voorstadium dan bij strafbare poging. Er hoeft immers nog geen sprake te zijn van een begin van de uitvoering. Het volstaat als het misdadige opzet van de verdachte zich uit door middel van minstens één van de in artikel 46 Sr opgesomde voorbereidingshandelingen met betrekking tot minstens één van de opgesomde voorbereidingsmiddelen. De strafrechtelijke aansprakelijkheid voor voorbereiding beperkt zich echter tot zware misdrijven. Het karakter van strafbare voorbereiding is bijna vanzelfsprekend meer subjectief dan dat van strafbare poging. Relatief alledaagse voorwerpen (denk bijvoorbeeld aan sporttassen, ducttape, hamers) kunnen in het licht van een misdadig plan een misdadige, en zodoende strafbare bestemming krijgen. Dat meer subjectieve karakter heeft onvermijdelijk ook invloed op het denken over de strafwaardigheid van ondeugdelijke voorbereiding.

De vraag naar de vermeende deugdelijkheid van de voorbereiding wordt vooralsnog steeds in de sleutel van de bestemming van de voorwerpen en gedragingen geplaatst. De aanvullende eis dat voorwerpen en gedragingen 'kennelijk' bestemd moesten zijn voor de voorbereiding van een ernstig misdrijf is, nadat dit bestanddeel in de jurisprudentie zijn toegevoegde waarde verloren bleek te zijn, in 2007 bij wetswijziging geschrapt. In de memorie van toelichting bij die wetswijziging is daarbij te lezen dat 'de subjectieve bestemming, het opzet van de dader, toereikend is voor strafbaarheid' (*Kammerstukken II 2004/05, 30164, nr. 3, p. 49*). Die formulering lijkt een verregaande subjectivering van de strafbare voorbereiding in te houden. Dat het opzet van de verdachte zwaar meeweegt, bleek al uit het voor de wetswijziging gewezen arrest *Samir A.* In die toentertijd geruchtmakende zaak casseerde de Hoge Raad het arrest van het Hof 's-Gravenhage waarin de verdachte was vrijgesproken van het voorbereiden van een terroristische aanslag, aangezien de voorbereiding van de verdachte 'zich in een zodanig pril stadium bevond en zo onbeholpen en primitief was, dat daarvan géén reële dreiging (binnen afzienbare termijn) kón uitgaan'. Het door het hof gehanteerde criterium dat 'voorwerpen naar hun aard of hun concreet dan wel acuut gevaarzettend karakter daadwerkelijk zouden kunnen bijdragen aan het begaan van dat misdrijf' gaf volgens de Hoge Raad blijk van een 'te beperkte en dus onjuiste opvatting' (HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZO213, r.o. 3.7). In plaats daarvan moet beoordeeld worden of 'deze voorwerpen, afzonderlijk dan wel gezamenlijk naar hun uiterlijke verschijningsvorm ten tijde van het handelen dienstig kunnen zijn voor het misdadige doel dat de verdachte met het gebruik van de voorwerpen voor ogen had'. Een sterk subjectieve invulling dus, die weinig ruimte overlaat voor ondeugdelijke voorbereiding.

Het voorgaande heeft betrekking op voorbereiding met behulp van een ondeugdelijk middel. De Hoge Raad heeft zich inmiddels ook uitgelaten over voorbereiding met betrekking tot een ondeugdelijk object. In de zogenoemde *Stegeman*-zaak was het de gelijknamige journalist erom te doen een vermeende pedofiel uit de tent te lokken. Hiertoe deed hij zich voor als ene Richard die een ontmoeting zou kunnen regelen met een tienjarig meisje. Nog voor het zover kon komen werd de verdachte echter aangehouden, waarbij bij hem verschillende, in deze context zeer incriminerende voorwerpen aangetroffen werden. Wanneer gekeken wordt naar de uiterlijke verschijningsvorm van de voorwerpen in combinatie met de duidelijk uit de bewijsmiddelen blijkende intentie van de dader lijkt de conclusie dat de verdachte een misdrijf aan het voorbereiden was gerechtvaardigd. Dan rest evenwel nog steeds de vraag naar de strafrechtelijke relevantie van het gegeven dat de voorbereiding nooit tot een voltooid delict zou kunnen leiden nu het meisje in kwestie in het geheel niet bestond. Is er dan geen sprake van een absoluut ondeugdelijk object? De Hoge Raad wijst deze overweging resoluut van de hand. De in het cassatiemiddel aangevoerde stelling dat voorbereiding slechts strafbaar kan zijn indien het delict ook daadwerkelijk kan worden voltooid, komt volgens de Hoge Raad

neer op een eis 'die de wet niet kent en die ook niet bij het karakter van strafbare voorbereiding past' (HR 27 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1233, r.o. 2.5, *NJ* 2014/338, m.nt. Rozemond). Als het echter voor de strafbaarheid van voorbereidingshandelingen niet vereist is dat het delict ook daadwerkelijk voltooid kan worden dan lijkt het onderscheid tussen de absolute en relatieve ondeugdelijke voorbereiding niet langer relevant.

Dat zou echter niet in overeenstemming zijn met de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever. In de memorie van toelichting is immers te lezen dat: '[d]e bij poging gangbare onderscheiding tussen absoluut en relatief ondeugdelijk middel en object [...] direct, op dezelfde wijze, bruikbaar [is] bij de voorbereidingshandeling' (*Kamerstukken II* 1990/91, 22268, nr. 3, p. 13). Ook in de literatuur is die opvatting steeds gangbaar geweest (zie bijv.: G.A.M. Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 30-33; M.M. Dolman, 'Wie streeft die sneeft', *DD* 2008/31; en iets relativerender E. Sikkema, *Vorbereidingshandelingen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2012, p. 54-56). De aanname dat ondeugdelijke voorbereiding strafbaarheid nimmer in de weg zou staan zou wetsystematisch onwenselijke gevolgen hebben. Zoals Strijards al stelde 'waar het *meerdere*, de handeling bij de absoluut ondeugdelijke poging, niet strafbaar is, zal van die strafbaarheid toch ook geen sprake kunnen zijn bij het *mindere*, de voorbereidingshandeling' (Strijards, a.w., p. 32). In die visie zou namelijk de echtgenote uit het klassieke arrest, die koperen munten verzamelt teneinde haar man te vergiften, zich schuldig maken aan voorbereiding van moord. Zou zij vervolgens daadwerkelijk overgaan tot het toedienen van die vermeend giftige thee dan zou echter geen strafbare poging bestaan en de strafbaarheid vervallen. De vraag is dan of de strafbare voorbereiding voortduurt, of dat deze geabsorbeerd wordt in de niet strafbare poging. Voorbereiding kan immers slechts bestaan *tot aan* het moment waarop sprake is van een begin van de uitvoering. Als het karakter van de strafbare voorbereiding dusdanig anders (subjectiever) is, dat deze figuren naast elkaar kunnen bestaan, lijkt inderdaad sprake te zijn van een systeembreuk zoals eerder door Dolman beargumenteerd (Dolman, a.w., par. 5). De door de Hoge Raad gekozen formulering is bijzonder stellig en lijkt inderdaad die kant op te wijzen. De vraag is echter of dit nodig was geweest. Was er in de *Stegeman*-zaak immers sprake van een absoluut ondeugdelijk object zoals Rozemond in zijn annotatie stelt? Dat achter een internetprofiel iemand schuilgaat die zich anders voordoet dan hij of zij werkelijk is, is niet ongebruikelijk, maar verre van de norm. Het is in de praktijk immers heel wel mogelijk een afspraak te maken via internet, al dan niet via een tussenpersoon. In dat opzicht dringt de vergelijking met de kassalade zich op; een lege kassalade kan immers nooit succesvol gelegeerd worden (en is als zodanig absoluut ondeugdelijk), maar aangezien er in een kassalade normaal gesproken geld ligt, spreekt men toch slechts van een relatief ondeugdelijk object indien deze leeg blijkt te zijn. Ditmaal bleek het meisje waarmee een afspraak gemaakt was fictief, maar de volgende keer kan dit anders zijn. Vandaar dat in zo'n geval minstens

abstracte gevaarstelling bestaat zoals ook betoogd is door advocaat-generaal Vegter in zijn conclusie en door Rozemond in zijn annotatie. Door de voorbereiding in zo'n geval als relatief ondeugdelijk te bestempelen kan men zich een hoop dogmatische hoofdbrekers besparen. Dat er bij voorbereiding maar zeer beperkt sprake kan zijn van een daadwerkelijk absoluut ondeugdelijke voorbereiding (te denken valt nog slechts aan buitenissige voorbeelden als voodoo/tovenarij als middel of algemeen bekende fictieve karakters als object) lijkt daarbij een veilige aanname.

In het licht van het bovenstaande is het interessant te bezien of de Hoge Raad inderdaad zo'n harde lijn aanhangt als men zou verwachten op basis van het *Stegeman*-arrest. De feiten die aanleiding gaven tot het arrest van 7 juli 2020 komen namelijk op enkele belangrijke punten grotendeels overeen met dat arrest. Ook in deze zaak betreft het een uitgelokte voorbereiding met het onderscheid dat het ditmaal geen journalist betreft met ogenschijnlijk nobele doeleinden, maar een persoon die voornemens is het bewijs van de voorbereidingshandelingen als machtsmiddel tegen de verdachte te gebruiken. Aangezien 'de uitlokker' hiertoe bewijs verzamelde, is er in deze zaak de beschikking over geluidsopnamen en andere bewijsmiddelen die een verregaande blik op de gang van zaken mogelijk maken. Over het opzet van verdachten kan dan ook weinig twijfel bestaan. Zij zagen de ontvoering wel zitten en werkten gretig mee aan het verzamelen van informatie met betrekking tot de te ontvoeren personen. Dat zij goed op de hoogte waren van de misdadige strekking van hun plannen blijkt wel wanneer er ogenschijnlijk zonder blikken of blozen over het eventuele afsnijden van vingers en andere lichaamsdelen gesproken wordt. Het hof komt in hoger beroep, na het aanhalen van het *Samir A.*-arrest en het *Stegeman*-arrest, dan ook tot een bewezenverklaring van de ten laste gelegde voorbereiding van gijzeling en/of wederrechtelijke vrijheidsberoving en/of afpersing.

Ook advocaat-generaal Vegter concludeert op basis van eerdergenoemde jurisprudentie dat van strafbare voorbereiding sprake is. Een opvallend detail is daarbij dat hij opmerkt dat in dit geval de voorbereiding niet absoluut ondeugdelijk was, waaruit op te maken valt dat die onderscheiding in zijn visie in ieder geval nog strafrechtelijk relevant is (ECLI:HR:NL:PHR:2020:323, par. 17).

De Hoge Raad gooit het echter over een andere boeg, waarbij de hele kwestie van deugdelijkheid niet langer een rol lijkt te spelen. Zoals gezegd draait het in dit arrest om de zinssnede 'bestemd tot het begaan van dat misdrijf'. Waar eerder doorslaggevend leek of het voorbereide misdrijf ook daadwerkelijk kon en zou geschieden, ligt nu de nadruk op de aard van de voorbereidingshandelingen. Zijn die, en met name de voorwerpen die daarvoor gebruikt worden, gericht op en bestemd voor de *voorbereiding* van een misdrijf of het *begaan* van een misdrijf? Voor de beantwoording van die vraag dient gekeken te worden naar de

gedragingen die de verdachten verweten worden. Zij zouden namelijk informatie hebben verschaft over de te ontvoeren personen, onder andere in de vorm van briefjes en foto's. Dat de verdachten hiermee moedwillig hebben bijgedragen aan de voorbereiding van de ontvoering, wordt door de Hoge Raad niet bestreden. Wat echter onvoldoende uit de bewijsmiddelen afgeleid kan worden is of de foto's en geschriften ook zouden worden gebruikt *tijdens* de ontvoering of slechts bij de *voorbereiding* van de ontvoering. Dat laatste is namelijk volgens de Hoge Raad niet voldoende voor een bewezenverklaring van strafbare voorbereidingshandelingen in de zin van artikel 46 Sr. Ter onderbouwing hiervan verwijst de Hoge Raad naar zijn arrest van 12 februari 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ1956), waarin sprake was van een ten laste gelegde voorbereiding van een overval op een Bristol-winkel. De verdachten hadden hiertoe telefonisch contact met elkaar over de hoeveelheid mensen in het pand teneinde het juiste moment voor een overval te bepalen. De gebruikte telefoon werd vervolgens bestempeld als een voorbereidingsmiddel in de zin van artikel 46 Sr. Nergens bleek echter dat de telefoon ook tijdens de overval een rol zou spelen en niet slechts tijdens de voorbereiding. Nu zijn de voorwerpen in de huidige zaak qua aard duidelijker in verband te brengen met het misdrijf dan een zeer alledaags voorwerp als een telefoon. Of die voorwerpen ook tijdens de ontvoering een rol zullen spelen blijft echter de vraag. Het is eenvoudig voor te stellen dat de ontvoerders vanuit een auto hun doelwit in de gaten houden om te kijken of de juiste auto of de juiste persoon in beeld is. Op dat moment bevindt het misdrijf zich echter nog in de voorbereidende fase, van een begin van de uitvoering is geen sprake. Niet uit te sluiten is dat de ontvoerders de foto's meenemen tijdens de ontvoering om op een later moment de identiteit van de ontvoerde personen te controleren. Hieraan zijn echter geen bewijsoverwegingen gewijd, hetgeen voor de Hoge Raad aanleiding is tot het casseren van het arrest.

Zodoende werpt het arrest geen nieuw licht op de kwestie van de ondeugdelijke voorbereiding. Dat mag gezien het dogmatisch fascinerende karakter van die figuur misschien teleurstellend zijn. Dat laat echter onverlet dat er wel degelijk lessen uit de zaak te trekken zijn. Als eerste benadrukt het arrest nogmaals de betrekkelijk bescheiden plaats die ingericht is voor het leerstuk van de ondeugdelijkheid. Het is een populair schrijfkameronderwerp dat praktisch weinig relevant is (zo ook: De Hullu, a.w., p. 419-420). Zowel het hof als de advocaat-generaal gingen uitgebreid op het onderwerp in, terwijl de sleutel elders bleek te liggen. Daaromtrent kunnen uit het arrest nog twee waarschuwingen opgemaakt worden, een richting het openbaar ministerie en een ander richting de feitenrechter. Richting het openbaar ministerie lijkt meegegeven te worden dat een vervolging voor een ander delict misschien meer op zijn plaats geweest was. Had men immers vervolgd ter zake van artikel 46a Sr dan was het feit dat de voorwerpen slechts in de voorfase een rol zouden spelen geen bezwaar geweest. Doorslaggevend was dan geweest of de inlichtingen aangewend werden om een

ander te bewegen tot het begaan van een misdrijf, in casu de ontvoering. Het bewijs daarvoor lijkt in ruime mate voorhanden. Als tweede lijkt de waarschuwing richting de feitenrechter herhaald te worden dat de toepassing van materiële leerstukken voldoende uitgebreid gemotiveerd dient te worden (in die zin ook met betrekking tot het eerder besproken *Telefoon*-arrest: T. Kooijmans, 'Vorbereitung: bestemd tot het begaan van dat misdrijf?', AA 2014/3, p. 212-213). Dat met een nadere motivering in deze zaak tot een bewezenverklaring gekomen zou kunnen worden is niet uitgesloten. Wat dat betreft onderscheidt dit arrest zich wel van het arrest van 12 februari 2013. Ook materieelrechtelijk is het arrest niet zonder betekenis. Met de onderhavige uitspraak kan inmiddels namelijk wel gesproken worden van de voortzetting van een nieuwe lijn die ingezet is met het *Telefoon*-arrest. Eerder leek namelijk de eis dat voorwerpen ook tijdens de uitvoering van het delict van belang dienden te zijn niet onverminderd als voorwaarde te gelden. Op basis van het bekende *Ford Transit*-arrest (HR 18 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ0535) kon immers een tegengestelde conclusie getrokken worden. In dat arrest was sprake van een vermeende voorbereiding van een overval waarbij de verdachten een bankfiliaal aan het 'afleggen' waren vanuit een Ford Transit-busje. Dat busje werd aangemerkt als voorwerp in de zin van artikel 46 Sr. In die zaak stond echter allerminst vast dat de betreffende bestelbus ook tijdens de voorbereide bankoverval gebruikt zou worden, hetgeen blijkbaar niet aan een bewezenverklaring in de weg stond. Dat de eisen wat dat betreft aangescherpt zijn kan na het onderhavige arrest wel geconcludeerd worden. En waar eerder de aansprakelijkheid bij voorbereidingshandelingen door een steeds verdergaande subjectivering steeds uitgebreid leek te worden, lijkt de Hoge Raad op dit punt de teugels iets aan te trekken. Dat lijkt een punt waar men in de rechtspraak dan ook terdege rekening mee dient te gaan houden. Een verweer dat op dat punt is toegesneden zal allicht eerder succesvol zijn dan een beroep op het beweerdelijke ondeugdelijke karakter van voorbereidingshandelingen. Dat laatste leerstuk lijkt daarmee, misschien meer dan ooit, weer naar de schrijfkamers verbannen.