

Hoofdstuk 1

Mmm

Hoofdstuk 2

Mmm

Hoofdstuk 3

Mmmm

Hoofdstuk 4

Mmm

Hoofdstuk 5

Mmm

Hoofdstuk 6

Nadere beschouwing van de artt. 46, 46a en 46b Sr

6.1 Inleiding

In de onderstaande paragrafen zal nogmaals worden ingegaan op de in het tweede hoofdstuk gesignaleerde problemen die zich kunnen voordoen bij de uitleg van de art. 46 Sr. Vervolgens zullen ook de artt. 46a en 46b Sr worden onderworpen aan een nadere beschouwing. Bij deze beschouwing zal zoveel mogelijk worden getracht om de resultaten van het rechtsvergelijkend onderzoek te benutten ten behoeve van het oplossen van de problemen welke zich kunnen voordoen bij de interpretatie van de onderhavige bepalingen. Hierop volgend zal aandacht worden besteed aan een meer technisch onderwerp. Dit betreft de problemen van concurrentie en samenloop welke zich kunnen voordoen bij de toepassing van de voorbereidingsbepalingen.

Alvorens nader in te gaan op de afzonderlijke onderdelen van art. 46 Sr wil ik nogmaals stilstaan bij de vraag wat de Nederlandse wetgever heeft beoogd met de invoering van een algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen. Het gaat hier niet om de vraag welke uitleg de wetgever wenselijk acht voor een specifiek bestanddeel, maar om het waarom van de onderhavige bepaling en de vraag op welke gedragingen de wetgever het oog heeft gehad toen deze besloot om over te gaan tot de algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen. Hierbij moet worden bedacht dat art. 46 Sr gedragingen strafbaar stelt welke geruime tijd niet strafbaar waren en niet strafwaardig werden geacht. Bij het opnieuw trekken van de voorgrens van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan men zich niet onttrekken aan de vraag waarom de vorige grens lange tijd is gerespecteerd. Wanneer men dit laatste uit het oog verliest, dreigt men door te schieten in de uitbreiding van de functionaliteit van het strafrecht. De neiging ontstaat om iedere gedraging waaraan een criminele intentie kleeft onder de werking van het strafrecht te brengen, zonder daarbij de vraag te stellen of deze gedragingen strafrechtelijk ingrijpen kunnen rechtvaardigen. Het lijkt derhalve voor de hand liggend om de nodige voorzichtigheid te betrachten bij het overschrijden van een jarenlang gerespecteerde grens.

Tevens dient in ogenschouw te worden genomen dat de 'oude' grens nog steeds wordt gerespecteerd voor een groot aantal delicten waarop een maximum gevangenisstraf is gesteld van minder dan acht jaren. Daarnaast is de voorberei-

ding van de zwaardere misdrijven ‘slechts’ strafbaar gesteld onder restricties. Blijkbaar acht de wetgever de voorbereiding van strafbare feiten in zijn algemeenheid niet strafwaardig, maar slechts onder bepaalde voorwaarden ten aanzien van een ‘beperkt’ aantal delicten. Voor de interpretatie van art. 46 Sr lijkt het van groot belang de ratio van deze beperkingen te achterhalen.

Gezien de wetsgeschiedenis lijkt de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen in het Nederlandse strafrecht met name te zijn gefundeerd op wat in de Amerikaanse literatuur wordt aangeduid als de ‘specific object rationale’, waarbij de grondslag voor strafbaarstelling met name is gelegen in het gevaarzettend karakter van de voorbereidende gedragingen.¹ In de parlementaire stukken werd de strafbare voorbereiding betiteld als ‘een onvolkomen delictsvorm waarvan de reikwijdte en betekenis volledig accessoir zijn van de eigenlijke verbodsnormen van de zelfstandige delictsom-schrijvingen.’² Bij herhaling is gewezen op het mogelijk gevaarzettend karakter van bepaalde voorbereidingshandelingen, waardoor vroegtijdig strafrechtelijk ingrijpen is geboden en gerechtvaardigd.³ Wanneer wordt gekeken naar de in de wetsgeschiedenis genoemde voorbeelden ter staving van de noodzaak tot strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen, gaat het telkenmale om gevallen van vergevorderde voorbereiding van gewelddadige overvallen. De geschetste situaties geven het dilemma weer van de opsporende en vervolgende instanties. Wanneer kan of moet worden ingegrepen teneinde enerzijds te groot gevaar voor betrokkenen te voorkomen en anderzijds een effectieve bestrijding van zware gewelddelicten te bewerkstelligen? Het gaat in de meeste gevallen om situaties die op het grensvlak liggen van voorbereiding en uitvoering. In het navolgende zal ik deze betitelen als ‘Grenswisselkantoor-situaties’. Zo bezien lijkt de strafbaarheid van voorbereidingshandelingen in de zin van art. 46 Sr voorbehouden aan situaties waarin er gevaar dreigt voor de veiligheid en het leven van personen. Behoudens enkele uitzonderingen bevat de verzameling misdrijven waarop een gevangenisstraf is gesteld van acht jaren of meer, louter delicten waarbij het leven van personen in het geding is.

Oorspronkelijk was concreet gevaar voor mensenlevens niet voldoende om de voorbereiding in de ogen van de wetgever strafwaardig te doen zijn. Er diende (tot januari 2002) tevens sprake te zijn van een misdrijf dat in de ogen van de dader door meerdere personen wordt begaan. Ter onderbouwing van deze extra beperking werd gewezen op de ‘stuwkracht van het groepsproces’ welke een ‘verhoogd criminogene werking’ zou hebben.⁴ In tegenstelling tot bij de samenspanningsbepalingen in het Engelse en Duitse strafrecht wordt hier het samengaan niet beschouwd als een zelfstandige grond voor strafbaarheid. Het verenigd verband behoefde immers volgens de tekst van de wet niet te zijn verwezenlijkt.

1. Zie hoofdstuk 5 § 5.3.4.2.

2. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 3.

3. Zie onder meer Kamerstukken II 1991-1992, 22 268, nr. 5, p. 7: ‘Ik meen dat een actuele gevaarzettend voor objectieve rechtsgoederen toch in ieder geval noodzakelijk blijft, (...)’

4. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, A, p. 5; Kamerstukken II 1991-1992, 22 268, nr. 5, p. 10.

Het 'in vereniging begaan' werd slechts als een bijkomende gevaarzettende factor beschouwd.

Bij de uitwerking van zijn wens om een beperkte strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen te bewerkstelligen lijkt de Nederlandse wetgever op twee gedachten te hinken. Enerzijds wordt vastgehouden aan het uitgangspunt dat niet de planning maar de daad strafrechtelijke aansprakelijkheid dient te scheppen.⁵ Anderzijds wordt gewezen op het feit dat bij een vervolging wegens bijvoorbeeld diefstal van vervoermiddelen of bezit van wapens, de criminele intentie (op het niveau van de aansprakelijkheid)⁶ niet kan worden verdisconteerd.⁷ Deze tweeslachtigheid lijkt welhaast inherent aan het strafbaarstellen van voorbereidingshandelingen. Enerzijds vereist men dat er meer is dan het enkele plan of de enkele afspraak om een strafbaar feit te begaan. Er moeten objectief waarneembare gedragingen zijn verricht, welke zijn gericht op de uitvoering van het voor-nemen om een strafbaar feit te begaan. Anderzijds kan men de betekenis van deze gedragingen niet los zien van de voornemens of de intenties van de dader. Juist het feit dat de gedragingen zijn verricht met het oog op het begaan van een strafbaar feit, kan deze gedragingen onder omstandigheden een strafwaardig karakter geven. Een objectieve voorbereidingsleer lijkt zodoende welhaast een 'contradictio in terminis'. Desondanks zouden aan het uitgangspunt dat niet de planning, maar de daad het aanknopingspunt dient te zijn van strafrechtelijke aansprakelijkheid, consequenties kunnen worden verbonden. Gedragingen die objectief gezien volstrekt onschuldig zijn, zouden buiten de werking van het strafrecht moeten blijven. Het enkele feit dat dergelijke gedragingen worden verricht met een criminele intentie is niet voldoende. In dat geval vormt immers niet de gedraging, maar de intentie de grond voor strafrechtelijke aansprakelijkheid.

De door de wetgever genoemde ratio voor een strafbaarstelling behoort onvermijdelijk zijn weerslag te vinden in de oplossing van praktische problemen die zich voordoen bij de toepassing van een dergelijke bepaling. Gebeurt dit niet dan schuilt daarin het gevaar dat de gekozen oplossingen inconsistent en onbevredigend zijn.⁸ Op basis van het voorgaande zou een 'ideaalvorm' kunnen worden gevonden voor een delictsomschrijving waarin voorbereidingshandelingen worden strafbaar gesteld, waarbij zoveel mogelijk tegemoet wordt gekomen aan de ratio van deze strafbaarstelling en de hiervóór genoemde beperkingen. In het onderstaande zal een poging worden ondernomen om, binnen de bewoordingen van de wet, tot een interpretatie te komen van de afzonderlijke bestanddelen van art. 46 Sr, welke zoveel mogelijk aansluit bij deze ideaalvorm.

5. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 12.

6. Het lijkt daarentegen zeer wel mogelijk dat deze intenties worden verdisconteerd op het niveau van de straftoemeting. Bij een veroordeling wegens vuurwapenbezit zouden bijvoorbeeld de omstandigheden dat deze wapens zijn aangetroffen in handen van een gemaskerde dader die zich in de nabijheid van een bank bevond, medebepalend kunnen zijn voor de strafmaat.

7. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 9.

8. Vgl. Dennis, LQR 1977, p. 39-64.

6.2 De bestanddelen van art. 46 Sr nader beschouwd

6.2.1 Gedragingen en middelen

6.2.1.1 Algemeen

De wijze waarop het strafbare gedrag in art. 46 Sr is geformuleerd levert op zich weinig vragen op. In het hoofdstuk 2 is reeds een korte beschrijving gegeven van de genoemde gedragingen en middelen. Op deze plaats kan hieraan weinig worden toegevoegd. Een vraag die wel enige aandacht verdient is, of een dergelijke omschrijving van strafbaar gedrag een adequate oplossing biedt voor het doel dat beoogd wordt met de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen. Daarnaast kan men zich afvragen of een opsomming van dergelijke algemene termen voldoet aan de vereisten van het *lex certa* beginsel. De omschrijving van het strafbaargestelde gedrag in art. 46 Sr blinkt niet uit in bepaaldheid. Met de uitgebreide opsomming van gedragingen en middelen wordt in wezen niets meer en niets minder gezegd dan dat de dader 'iets' moet hebben gedaan met 'dingen'. Zoals al eerder is gesteld, is de enige beperking gelegen in de eis dat deze 'dingen' kennelijk bestemd moeten zijn tot het begaan van een voorgenomen misdrijf. Dat er ook andere mogelijkheden zijn om het gedrag dat voorafgaat aan de uitvoering van een misdrijf te omschrijven, is wellicht een open deur. Desondanks is het nuttig om op deze plaats de in de bestudeerde rechtsstelsels gekozen oplossingen naast art. 46 Sr te leggen.

De strafbaarstelling van de *Verabredung* in het Duitse recht en die van de *conspiracy* in het Engelse recht zijn beide uitwerkingen van een algemene strafbaarstelling van samenspanning. Van een dergelijke oplossing heeft de Nederlandse wetgever welbewust afgezien. In de wetsgeschiedenis van art. 46 Sr is bij herhaling betoogd dat hier sprake was van een 'geringe uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid, waarbij de grondbeginselen van ons strafrecht zoveel mogelijk in stand zijn gelaten.'⁹ Ter ondersteuning van deze stelling, werd veelal verwezen naar het feit dat men heeft afgezien van een veel verdergaande vorm van strafbaarstelling van gedragingen in de voorfase, de samenspanning. De samenspanning als grond voor strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt herhaaldelijk gepresenteerd als een monster dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen mag worden losgelaten ter bescherming van de allerhoogste rechtsgoederen, zoals de veiligheid van de staat en de leden van het koninklijk huis.¹⁰ Als sluitstuk van een dergelijk betoog wordt het beeld geschapen dat, zolang maar geen uitbreiding wordt gegeven aan de strafbaarheid van de samenspanning, een verlegging van de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid

9. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 3 e.v.: 'Het (wetsontwerp) kent een zeer beperkte strafbaarheid van voorbereidingshandelingen.' Zie tevens p. 11 e.v.

10. Zie bijvoorbeeld de toelichting bij art. 10a Opiumwet, waarin wordt gesproken over 'het gevoelsmatig beladen samenspanningsbegrip' (Kamerstukken II 1982-1983, 17 975, nr. 3, p. 7).

aanvaardbaar is.¹¹ Hierbij lijkt echter te worden miskend dat art. 46 Sr in bepaalde gevallen verder gaat dan strafbaarstelling van samenspanning.¹² Voor strafbaarheid op grond van art. 46 Sr is immers niet vereist dat reeds een collectief tot stand is gekomen. Daarnaast kan worden gewezen op de kans dat de kennelijke bestemming (tot het begaan van een misdrijf etc.) niet zal worden afgeleid uit objectief waarneembare omstandigheden, maar uit hetgeen de daders onderling hebben afgesproken. De samenspanning geldt in een dergelijk geval niet als materiële grond voor aansprakelijkheid, maar wordt via het bewijs wel tot het belangrijkste aanknopingspunt gemaakt om tot een veroordeling te kunnen komen.

In het Engelse en Duitse recht lijkt in veel gevallen het omgekeerde het geval te zijn. De overeenkomst (agreement) scheidt de strafrechtelijke aansprakelijkheid, maar het bewijs van deze overeenkomst wordt in veel gevallen geleverd aan de hand van gedragingen welke zijn verricht ter uitvoering hiervan ('overt acts').

De reikwijdte van de algemene strafbaarstellingen van samenspanning is dus niet noodzakelijkerwijs ruimer dan die van de strafbare voorbereiding in de zin van art. 46 Sr. Het werkingsgebied van de conspiracy is in het Engelse recht weliswaar zeer ruim, maar de eisen aan de inhoud van de overeenkomst en met name het subjectieve element, lijken strikter geformuleerd dan de voorbereidingshandelingen in art. 46 Sr. Ook de Duitse Verabredung is in zekere zin enger dan art. 46 Sr. Met name de eis dat slechts aan de vereisten van § 30 StGB is voldaan, indien er sprake is van een overeenkomst tussen beoogde Mittäter levert een beperking op die art. 46 Sr niet kent. Anderzijds wordt bij beide samenspanningsvormen niet vereist dat reeds gedragingen zijn verricht ter uitvoering van de overeenkomst. In de praktijk lijken veroordelingen op grond van een enkele overeenkomst, zonder dat er sprake is van enige voorbereidings- of uitvoeringshandeling, uiterst zeldzaam.

Gezien de wil van de wetgever lijkt een algemene strafbaarstelling van samenspanning geen alternatief voor de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen. De gronden voor strafbaarstelling lijken meer te wijzen op een 'specific object rationale' dan op een 'general danger rationale.'¹³ In de kamerstukken werd weliswaar gewezen op de verhoogde gevaarstelling welke uit kan gaan van het groepsproces,¹⁴ maar in de uitwerking lijkt dit slechts tot uitdrukking te zijn gebracht in het vereiste dat het beoogde misdrijf in vereniging moest worden *begaan*. De belangrijkste grond voor strafbaarstelling lijkt toch met name te zijn gelegen in het vermijden van risico's in concrete gevallen. Veelvuldig is gewezen op het gevaar van het wachten op een begin van uitvoering bij gewapende overvallen. Strafbaarstelling van concrete, reëel gevaarzettende voorbereidings-

11. Zie M.S. Groenhuijsen, *Materiële dogmatiek en de modernisering van het strafrecht*, in: M.S. Groenhuijsen, G.E.M. Mulder, J. Rummelink (red.), *De schets nader bekeken, beschouwingen naar aanleiding van de Schets materieel strafrecht van W. Nieboer*, Arnhem 1992, p. 4.

12. Groenhuijsen, a.w. (1992), p. 17; Rozemond, DD 1994, p. 651-675.

13. Zie hoofdstuk 5 § 5.3.4.2.

14. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, A, p. 5; Kamerstukken II 1991-1992, 22 268, nr. 5, p. 10.

handelingen sluit beter aan bij een dergelijke ratio, dan strafbaarstelling van een overeenkomst waardoor slechts een abstract gevaar in het leven wordt geroepen. Dit neemt echter niet weg dat de overeenstemming tussen de beoogd daders een indicatie kan zijn van hun intenties en hun vastbeslotenheid (Tatentschluss). Door in een strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen het vereiste op te nemen dat reeds sprake is van overeenstemming tussen de beoogde daders, zou meer recht zijn gedaan aan de achterliggende gedachte van deze strafbaarstelling.

Indien de bestrijding van concreet gevaarzettende gedragingen als grond voor strafbaarstelling wordt gehanteerd, zal de vraag of het door art. 46 Sr vereiste verenigd verband een extra gevaarstelling oplevert, bevestigend moeten kunnen worden beantwoord. Indien het verenigd verband zich reeds daadwerkelijk heeft gevormd, luidt het antwoord op deze vraag inderdaad bevestigend. Beoogt de dader daarentegen het feit te begaan met een ander die hij nog niet heeft benaderd dan luidt het antwoord ontkennend. In dat geval dient immers nog een extra stap te worden gezet welke het voorbereidingsstadium van het uitvoeringsstadium scheidt. In gevallen waarin de beoogd deelnemer wel is benaderd, maar zich niet bereid verklaart, kan worden vervolgd op grond van art. 46a (mislukte uitlokking). Deze bepaling kent een groter bereik en een hoger strafmaximum, waardoor op grond van de samenloopregeling deze bepaling voorgaat.

De in de wetsgeschiedenis genoemde reden voor het ontbreken van een dergelijk vereiste is in dit licht dan ook weinig overtuigend. Gezien de kamerstukken is de minister tot de 'hypothetische' formulering van het 'in vereniging begaan' gekomen, omdat hij ook strafbaar achtte de situatie waarin de dader anderen heeft benaderd zonder dat deze op zijn aanbod ingaan.¹⁵ Men zou bijna de indruk krijgen dat hierbij het bestaan van art. 134bis Sr (thans art. 46a Sr) over het hoofd is gezien.

6.2.1.2 *Prille versus gevorderde voorbereidingshandelingen*

Wanneer is gekozen voor het strafbaarstellen van voorbereidingshandelingen in plaats van, of bovenop een strafbaarstelling van samenspanning, dient vervolgens de keuze te worden gemaakt welke voorbereidingshandelingen wel en welke niet strafwaardig worden geacht. De redactie van art. 46 Sr laat in beginsel de mogelijkheid open dat vrijwel iedere gedraging, verricht ter uitvoering van het voornemen om een misdrijf te begaan, strafbaar is. Vergeleken met de Zwitserse regeling lijkt art. 46 Sr in dit opzicht ruimer. Art. 260^{bis} StGB (CH) spreekt van 'planmässig konkrete technische und organisatorische Vorkehrungen.' Zoals in hoofdstuk 4 is beschreven is de beperkende werking van de ter-

15. Kamerstukken II 1992-1993, 22 268, nr. 7, p. 17: 'Ik antwoord dat het heel goed mogelijk is dat een voorbereider blijk geeft van zijn voornemen tegenover een derde (die hij beoogt over te halen om het feit mede te begaan) terwijl die derde zich onmiddellijk van dat voornemen distantieert. (...) Ik zie niet in, dat het gebrek aan objectieve vereniging in dit verband een grond voor straffeloosheid moet opleveren.'

men ‘technisch und organisatorisch’ vrijwel even gering als die van de bovengenoemde opsomming van gedragingen en middelen in art. 46 Sr. De term ‘planmässig’ vormt daarentegen wel een wezenlijke beperking. Gedurende enig tijdsverloop moeten meerdere gedragingen zijn verricht welke in hun onderlinge samenhang niet langer als onschuldig kunnen worden aangemerkt. Een enkele gedraging zoals de aankoop van een vermommingsartikel is zodoende niet voldoende voor het aannemen van strafbare voorbereiding. Art. 46 Sr kent een dergelijke beperking niet. In beginsel is het dus mogelijk dat strafbaarheid intreedt door het bezit van een onschuldig voorwerp vergezeld van de intentie om dit voorwerp te gebruiken bij het begaan van een zwaar misdrijf. De eerste stap na het nemen van het besluit tot het begaan van een misdrijf kan in dat geval reeds strafbaarheid doen intreden. De reden dat dit in de praktijk hoogst onwaarschijnlijk is, is gelegen in het feit dat dergelijke prille gedragingen moeilijk zijn op te sporen. Materieelrechtelijke beletselen lijken op het eerste gezicht niet aanwezig te zijn. Gezien de eerder genoemde ratio achter de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen in art. 46 Sr lijkt een dergelijke beperking wenselijk. Een beperkende interpretatie van het bestanddeel ‘kennelijk bestemd’ kan in combinatie met het subjectieve bestanddeel een geëigende middel zijn om een dergelijke beperking te bewerkstelligen. Bij de nadere beschouwing van deze bestanddelen zal op dit aspect worden teruggekomen.

6.2.1.3 *Financiering van terrorisme*

Op 1 januari 2002 is in werking getreden de ‘wet van 20 december 2001 tot uitvoering van het op 9 december 1999 te New York totstandgekomen Internationaal Verdrag ter bestrijding van de financiering van terrorisme’ (Trb. 2000, 12).¹⁶ Het belangrijkste materieelrechtelijke onderdeel van deze wet was een beperkte wijziging van art. 46 Sr. In het eerste lid zijn de woorden ‘gelden en andere betaalmiddelen’ en ‘in vereniging’ vervallen. Een vijfde lid is toegevoegd luidende: ‘Onder voorwerpen worden verstaan, alle zaken en alle vermogensrechten’.

De wijziging is ingevoerd teneinde te voldoen aan de uit genoemd verdrag voortvloeiende plicht tot strafbaarstelling van gedragingen ter financiering van terrorisme. Op het vervallen van de woorden ‘in vereniging’ zal in de hierop volgende paragrafen nader worden ingegaan. De toevoeging van de definitie van ‘voorwerpen’ in lid 5 stelt volgens de toelichting bij de nota van wijziging buiten twijfel dat elk vermogensbestanddeel als een voorwerp wordt aangemerkt.¹⁷ Blijkbaar vreesde de wetgever een te beperkte uitleg van de termen ‘gelden en andere betaalmiddelen’, waardoor fondsen en tegoeden hier niet onder zouden vallen.¹⁸

16. Stb. 2001, 675.

17. Kamerstukken II 2001-2002, 28 031, nr. 6, p. 2.

18. Te denken valt ook aan aandelen, opties, obligaties enz.

6.2.2 Kennelijk bestemd

6.2.2.1 Algemeen

Reeds eerder is aangeroerd dat het bestanddeel ‘kennelijk bestemd’ samen met het subjectieve bestanddeel de belangrijkste beperking zou moeten vormen binnen de bepaling van art. 46 Sr. Wil men voorkomen dat de intentie het belangrijkste, zo niet het enige aanknopingspunt vormt voor strafrechtelijke aansprakelijkheid, dan dient dit bestanddeel daadwerkelijk inhoud te krijgen.

De memorie van toelichting is ten aanzien van dit cruciale bestanddeel summier. Gesteld wordt daarin dat de misdadige bestemming voor de gemiddelde rechtsgenoot, gelet op de omstandigheden waaronder de middelen werden gebruikt en aangetroffen, in het oog moet springen.¹⁹ Dit lijkt op het eerste gezicht te wijzen op een objectieve benadering. De criminele bestemming moet in het oog springen. Hier lijkt dus te worden aangeknoopt bij het criterium dat wordt gehanteerd ter afgrenzing van voorbereiding en poging, waarbij de uiterlijke verschijningsvorm van de gedragingen doorslaggevend is. Bovendien lijkt niet de indruk van de opsporingsambtenaar doorslaggevend, maar de indruk die de ‘gemiddelde rechtsgenoot’ van de feiten heeft.²⁰ Hierbij dient echter wel de vraag te worden gesteld, welke voorkennis wij aan deze buitenstaander toeschrijven.

Hetgeen in de memorie van toelichting wordt gezegd met betrekking tot de *bewijsbaarheid* van de (kennelijke) bestemming van die middelen, zou een indicatie hiervoor kunnen zijn. Betoogd wordt dat bepaalde middelen reeds als kennelijk bestemd tot het begaan van een bepaald misdrijf kunnen worden aangemerkt, ‘indien die bestemming maar bewijsbaar is – en dit bewijs kan geleverd worden via het relaas van eerdere door de politie geobserveerde operaties waarbij de middelen door dezelfde verdachten op een soortgelijke wijze zijn gebruikt.’²¹ Volgens deze opvatting wordt dergelijke informatie verondersteld bekend te zijn bij de ‘gemiddelde rechtsgenoot’. Deze figuur gaat hierdoor wel erg veel lijken op de eerder genoemde opsporingsambtenaar.

Strijards lijkt in zijn opvatting zelfs nog een stap verder te willen gaan. Naar zijn mening moet bij het stellen van de *ex ante*-vraag (naar de bestemming van de middelen) altijd de achteraf gebleken intentie van de voorbereider verdisconteerd worden.²² ‘Daarbij zal meestal sterk geleund worden op circumstantial evidence omtrent het handelingsplan zoals dat bij de politie bekend is geworden’. Dit zou betekenen dat er vrijwel geen eisen meer worden gesteld aan de kenbaarheid van de kennelijk criminele bestemming. Indien immers de intentie van de dader kan worden verdisconteerd, zal altijd kunnen worden gesteld dat in zijn voorstelling de middelen die hij voorhanden heeft kennelijk bestemd zijn tot

19. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 18.

20. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 18.

21. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 16.

22. Strijards, a.w. (1995), p. 136.

het begaan van het voorgenomen misdrijf. Wanneer bijvoorbeeld door middel van telefoontaps kan worden bewezen dat een aantal mensen een roofoverval voorbereidt, zou slechts het aanwezig hebben van een voertuig voldoende zijn. Niet de indruk van de gemiddelde rechtsgenoot of de opsporingsambtenaar, maar de voorstelling die de dader zelf heeft omtrent de bestemming van de middelen wordt dan doorslaggevend. In dat geval kan echter niet worden gesteld dat de criminele bestemming van een dergelijk middel in het oog springt.

Reeds eerder zagen we dat uit de bedoelingen van de wetgever kan worden afgeleid dat deze bij de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen het oog had op gevallen waarin sprake is van een concrete gevaarzetting. De beperking van de strafbaarheid van voorbereidingshandelingen tot dergelijke gevallen zou met name moeten schuilen in het onderhavige bestanddeel. De eerder genoemde overweging dat de bestemming van de middelen voor de gemiddelde rechtsgenoot in het oog moet springen lijkt daarbij aan te sluiten. Wanneer hierbij echter de intentie van de dader zou moeten worden verdisconteerd, wordt deze beperkende werking vrijwel volledig teniet gedaan.

6.2.2.2 *Vergelijking met de Wet Wapens en Munitie (WWM)*

De term ‘kennelijk bestemd’ is reeds eerder gebruikt in een ontwerp van de WWM. Wapens in Categorie IV in de zin van deze wet werden aanvankelijk als volgt omschreven:

‘voorwerpen die kennelijk bestemd zijn om letsel aan personen toe te brengen of te dreigen en die niet onder een van de andere categorieën vallen’.²³

Volgens de toelichting zou hierbij moeten worden gedacht aan voorwerpen van allerlei aard, zoals dolkmessen, knuppels, flessen en tafelpoten.²⁴ In de memorie van antwoord werd hier aan toegevoegd dat er slechts dan sprake is van een dergelijk wapen, indien ‘de aard van het voorwerp en de omstandigheden waaronder het gehanteerd wordt duidelijk wijzen op de bedoeling bij de houder ervan om letsel toe te brengen of te dreigen’.²⁵ Verderop in de memorie van antwoord werd dit nog sterker gesteld. ‘Slechts indien die omstandigheden geen redelijke twijfel laten over iemands bedoelingen om een voorwerp te gebruiken voor het toebrengen van letsel of om te dreigen, is er sprake van een wapen van categorie IV’. Als voorbeelden werden hierbij genoemd: een fietsketting meegebracht op het voetbalveld, een tafelpoot bij een opstootje op straat en een kapotte bierfles gebruikt bij een caféruzie.²⁶

Bij een aantal kamerleden bestond de vrees dat de omschrijving ‘kennelijk bestemd’ te vaag zou zijn en daardoor te ruim zou kunnen uitvallen. In reactie

23. Kamerstukken II 1976-1977, 14 413, nr. 2.

24. Kamerstukken II 1976-1977, 14 413, nr. 3, p. 26.

25. Kamerstukken II 1976-1977, 14 413, nr. 5, p. 15.

26. Kamerstukken II 1976-1977, 14 413, nr. 5, p. 16.

hierop is Categorie IV in de definitieve redactie van de WWM als volgt aangeduid:

‘Voorwerpen waarvan, gelet op hun aard of de omstandigheden waaronder zij worden aangetroffen, redelijkerwijs kan worden aangenomen dat zij voor geen ander doel zijn bestemd dan om letsel aan personen toe te brengen of te dreigen (...).’

Opmerkelijk is wel dat deze redactie op een klein punt ruimer uitvalt dan de eerder geciteerde overweging in de memorie van antwoord. Voldoende is nu immers dat er sprake is van voorwerpen waarvan, gelet op hun aard *of* de omstandigheden waaronder zij worden aangetroffen, redelijkerwijs kan worden aangenomen dat zij voor geen ander doel zijn bestemd dan om letsel aan personen toe te brengen of te dreigen. In de memorie van antwoord werd nog gesproken van de aard *en* de omstandigheden waaronder zij worden aangetroffen. Dit onderscheid zou ook een rol kunnen spelen bij de interpretatie van het bestanddeel kennelijk bestemd in art. 46 Sr. In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen werd onder meer het volgende opgemerkt:²⁷

Onder voorwerpen moeten zelfstandige zaken worden verstaan die, al dan niet in gezamenlijkheid beschouwd, kennelijk dienstig zijn aan een crimineel doel. Zij behoeven niet noodzakelijk reeds een instrumenteel karakter te hebben op het moment dat de overheid tussen beide komt.

Daarnaast wordt in diezelfde toelichting gesteld dat de criminele bestemming van de middelen, voor de gemiddelde rechtsgenoot, *gelet op de omstandigheden waaronder de middelen werden gebruikt en aangetroffen*, in het oog moet springen.²⁸ Hieruit lijkt te kunnen worden opgemaakt dat de aard van de voorwerpen in ieder geval niet doorslaggevend behoeft te zijn en anderzijds niet voldoende is. Ook voorwerpen welke naar hun aard niet direct lijken te zijn gericht op het begaan van een misdrijf, kunnen onder omstandigheden worden aangemerkt als ‘kennelijk bestemd tot het begaan van een misdrijf’. Anderzijds kan men zich afvragen of het enkele aanwezig hebben van een voorwerp dat naar zijn aard kennelijk bestemd is tot het begaan van een misdrijf, toereikend kan zijn voor een strafbare voorbereiding. Het aanwezig hebben van wapens is uiteraard strafbaar op grond van de WWM. Het is echter de vraag of het bewijs van een intentie of een afspraak om een dergelijk wapen te gebruiken voor het begaan van een zwaar misdrijf kan meebrengen dat deze zelfde gedraging tevens valt onder art. 46 Sr.

Wanneer men op het standpunt staat dat de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen dient te worden beperkt tot gevallen waarin reeds sprake is van een concrete gevaarstelling, lijkt het antwoord op deze vraag ontkennend te moeten luiden. In dat geval zouden tevens de omstandigheden waaronder de

27. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 16.

28. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 18.

wapens worden gebruikt en aangetroffen moeten duiden op een concrete criminele bestemming. Hierbij kan worden gedacht aan het dragen van de wapens in de nabijheid van een te beroven object of het voorhanden hebben van wapens in een voertuig in combinatie met bepaalde vermommingsartikelen.

Door een dergelijke uitwerking van het bestanddeel ‘kennelijk bestemd’ wordt tevens recht gedaan aan het vereiste dat het voorgenomen misdrijf reeds in enigerlei mate dient te zijn geconcretiseerd. Het enkele voorhanden hebben van gemeengevaarlijke voorwerpen is in dat geval immers niet genoeg voor een strafbare voorbereiding in de zin van art. 46 Sr.²⁹

6.2.2.3 Overweging n.a.v. het Zwitserse recht

Op dit punt leent met name de Zwitserse regeling zich voor vergelijking. Art. 260^{bis} StGB (CH) vereist dat de dader zich ‘anschickt’ tot de uitvoering van het geplande delict. Dit vereiste is opgenomen teneinde slechts die voorbereidingshandelingen strafbaar te stellen welke in tijd en plaats relatief dicht tegen de uitvoering van het Verbrechen aanliggen.³⁰ Zodoende wordt tot uitdrukking gebracht dat niet iedere, ver van de uitvoering verwijderde en weinig doelgerichte voorbereidingshandeling volstaat voor strafbaarheid. Dit in tegenstelling tot de Nederlandse regeling, waarin in beginsel geen eisen worden gesteld aan de mate waarin van de voorbereidingen dienen te zijn gevorderd. Weliswaar kan op basis van art. 46 Sr een onderscheid worden gemaakt tussen strafbare en straffeloze voorbereidingshandelingen; de mate waarin de voorbereidingen zijn gevorderd (of de mate waarin deze nog zijn verwijderd van de uitvoering) vormt geen zelfstandig criterium. Een dergelijk criterium zou men in art. 46 Sr kunnen – en mijns inziens ook moeten – inlezen in het bestanddeel ‘kennelijk bestemd’.

In navolging van de wetsgeschiedenis vereist de Zwitserse rechtspraak dat de dader ten minste psychisch de drempel van het uitvoeringsstadium heeft bereikt.³¹ Dit in tegenstelling tot de strafbare poging, waarbij deze drempel ‘fysiek’ dient te zijn overschreden. Hierbij lijkt te kunnen meewegen dat de dader reeds eerder op eenzelfde wijze een delict heeft begaan.³² Deze benadering vertoont gelijkenis met de eerder genoemde overweging in de memorie van toelich-

29. Zie hieronder § 6.2.2.6.

30. AB NR, p. 1658-1659 (Petitpierre).

31. AB NR, p. 1658: ‘Sie müssen ausserdem nach ihrer Art und ihrem Umfang so weit gediehen sein, dass vernünftigerweise angenommen werden kann, der Täter werde seine damit manifestierte Deliktsabsicht ohne weiteres in Richtung auf eine Ausführung der Tat weiterverfolgen; er ohne weiteres in Richtung auf eine Ausführung der Tat weiterverfolgen muss – mit anderen Worten – zumindest psychologisch an der Schwelle der Tatausführung angelangt sein.’ BGE 111 IV 158: ‘Der Täter, der im Hinblick auf einen Raubüberfall, dessen Ablauf bloss in weiten Konturen, aber nicht schon im Detail geplant ist, bereits einer Reihe konkreter technischer Vorkehrungen getroffen hat, die erkennen lassen, dass er aller Wahrscheinlichkeit nach die Tat nach Abschluss weiterer Massnahmen ausführen wird, ist an jener psychologischen Schwelle zur Tatausführung angelangt, und es besteht objektiv und subjektiv eine zurechnende Beziehung zwischen der Vorbereitung und der Deliktstatbestand um nach dem Willen des Gesetzgebers Art. 260^{bis} Abs. 1 StGB Platz greifen zu lassen.’

32. BGE 111 IV 155.

ting, waarin werd gesteld dat het relaas van eerdere acties van de verdachten kan meewegen.

Naast het hierboven genoemde vereiste kent de Zwitserse regeling nog een andere beperking welke in de Nederlandse regeling niet is aan te treffen. De voorbereidingshandelingen moeten op grond van art. 260^{bis} StGB(CH) ‘planmässig’ zijn. Er dienen gedurende enig tijdsverloop meerdere gedragingen te zijn verricht, welke in hun onderlinge samenhang niet langer als onschuldig kunnen worden aangemerkt. Deze Planmässigkeit dient te blijken uit de gedragingen zelf en de functie die zij hebben binnen het gehele plan of de rolverdeling tussen de verschillende betrokkenen.³³

Een belangrijke consequentie van dit vereiste is dat één enkele handeling, zoals de aanschaf of het voorhanden hebben van een wapen of een objectief onschuldig voorwerp niet als strafbare voorbereiding kan worden aangemerkt. Art. 46 Sr lijkt in een dergelijk geval juist wel strafbaarheid te scheppen. Een uitleg van het bestanddeel ‘kennelijk bestemd’ welke recht doet aan de objectieve uitgangspunten van het wetsontwerp zou dit echter kunnen uitsluiten. Dit resultaat kan worden bereikt door daadwerkelijk te vereisen dat de kennelijk criminele bestemming niet alleen kan blijken uit de aard van de middelen, maar dat deze bestemming tevens moet blijken uit de omstandigheden waaronder zij werden gebruikt en aangetroffen.

6.2.2.4 *Het bewijs van de kennelijke bestemming en het opzet van de dader*

Het (bewijs van) opzetvereiste kan sterk samenhangen met het bewijs van de kennelijk criminele bestemming van de voorbereidingsmiddelen (en de daarmee verrichte gedragingen). Indien kan worden vastgesteld dat iemand middelen voorhanden heeft die kennelijk bestemd zijn tot het begaan van een zwaar misdrijf, zou men daar onder omstandigheden het opzet van de dader uit kunnen afleiden. Anderzijds zou, indien vaststaat dat de dader het opzet (of oogmerk) heeft om een bepaald misdrijf te begaan, daaruit kunnen worden afgeleid dat bepaalde middelen welke hij voorhanden heeft, kennelijk bestemd zijn tot het begaan van datzelfde feit. Met name in dit laatste geval kan men zich afvragen wat de beperkende werking is van het bestanddeel ‘kennelijk bestemd’.

Wanneer bijvoorbeeld door middel van telefoontaps kan worden bewezen dat bepaalde lieden een roofoverval plannen, zou slechts het aanwezig hebben van een voertuig voldoende zijn. In dat geval springt echter de bestemming van een dergelijk middel niet in het oog. Daarnaast vormt ook in een dergelijk geval niet de objectief gevaarzettende gedraging, maar de afspraak of de intentie het aanknopingspunt voor strafbaarheid. Indien dit een bewuste keuze van de wetgever zou zijn, had men moeten overgaan tot een (algemene) strafbaarstelling van samenspanning. De Nederlandse wetgever heeft hier echter welbewust niet voor gekozen.

33. Zie hoofdstuk 4 § 4.4.4.3.

6.2.2.5 *Financiering van terrorisme*

Ook op deze plaats dient stil te worden gestaan bij de op 1 januari 2002 in werking getreden 'wet van 20 december 2001 tot uitvoering van het op 9 december 1999 te New York totstandgekomen Internationaal Verdrag ter bestrijding van de financiering van terrorisme'. In de nota van wijziging wordt aangegeven wanneer vermogensbestanddelen en voorwerpen in het algemeen kennelijk bestemd kunnen zijn tot het begaan van een misdrijf. Dit is in de ogen van de minister het geval, 'wanneer de intentie van de dader met het voorhanden hebben etc. van de voorwerpen op het begaan van dat misdrijf is gericht'.³⁴

Dit laatste mag wellicht de wens van de minister zijn in het licht van de uitvoering van het verdrag, het staat vrijwel haaks op hetgeen omtrent de 'kennelijke bestemming' is gesteld in de eerdere wetsgeschiedenis van art. 46 Sr. In de memorie van toelichting werd destijds gesteld dat de kennelijk criminele bestemming van gelden en betaalmiddelen kan blijken, indien daarover beschikt is om voorwerpen te verwerven met een kennelijk criminele bestemming. In dat geval lijkt de grondslag voor bestraffing eerder te liggen in het bezit van de voorwerpen dan in het bezit van de gelden en betaalmiddelen. Het bezit van gelden en betaalmiddelen levert in dat geval voorbereiding van voorbereiding op. Indien de eerder genoemde voorwerpen inderdaad zijn verschaft, maar door een ander dan de 'bezitter' van de vermogensbestanddelen, lijkt de kwalificatie 'medepllichtigheid aan c.q. uitlokking van voorbereiding' meer voor de hand te liggen.

Het enkele afleiden van de kennelijke bestemming van de voorwerpen uit de intentie van de dader lijkt ook in strijd met de uitgangspunten achter art. 46 Sr. Bij herhaling is destijds immers betoogd dat de daad en niet de gedachte het aanknopingspunt dient te zijn voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. Wanneer het bewijs van de intentie voldoende is voor het bewijs van de kennelijke bestemming wordt de beperkende werking van laatstgenoemd bestanddeel immers illusoir. Dit is te meer het geval wanneer het gaat om gedragingen die ver in het voorveld van de uitvoering van het geplande delict liggen. Bij het verwerven van vermogensbestanddelen lijkt dit bepaaldelijk het geval. Gezien het feit dat vrijwel iedereen wel beschikt over dergelijke 'voorwerpen' zou het enkele bewijs van een criminele intentie reeds kunnen leiden tot strafbaarheid op grond van art. 46 Sr. Dit laatste was duidelijk niet het uitgangspunt van de wetgever in 1994.

6.2.2.6 *Kennelijk bestemd tot het begaan van een nader bepaald misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf is gesteld van acht jaren of meer*

In hoofdstuk 2 is de vraag opgeworpen in hoeverre het beoogde feit dient te zijn bepaald. Een algemene bereidheid om misdrijven te begaan lijkt niet voldoende.

34. Kamerstukken II 2001-2002, 28 031, nr. 6, p. 2.

Aangezien art. 46 Sr vereist dat het moet gaan om een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaren of meer is gesteld, kan het niet anders of de aard van het misdrijf dat wordt voorbereid zal vast moeten staan.³⁵ Bij twijfel tussen twee of meer gelijksoortige misdrijven met een gelijk strafmaximum, lijkt een alternatieve kwalificatie tot de mogelijkheden te behoren. Hierbij kan in de eerste plaats worden gedacht aan voorbereiding van diefstal met geweld (art. 312 Sr) dan wel afpersing (art. 317 Sr). Indien het misdrijf betreft met verschillende strafmaxima dan zal de bepaling met het laagste maximum moeten worden toegepast. Staat op dit misdrijf een maximum gevangenisstraf lager dan acht jaren, dan zal verdachte moeten worden vrijgesproken. Deze benadering sluit aan bij de geldende praktijk in Duitsland en Zwitserland.

De vraag in hoeverre het voorgenomen feit nader dient te zijn bepaald naar tijd, plaats en object is moeilijker te beantwoorden. De wetsgeschiedenis zwijgt op dit punt. Aangenomen moet worden dat enige bepaaldheid ten aanzien van het object van het misdrijf moet worden vereist. Het enkele feit dat iemand voornemens is ergens een overval te plegen, lijkt onvoldoende. Anderzijds kunnen met het oog op een effectieve handhaving, wat tijd en plaats betreft, de eisen niet te strikt worden gesteld. Ook bij de daders kan in een vergevorderd stadium nog onduidelijkheid bestaan omtrent het exacte tijdstip van het misdrijf.

In de bestudeerde rechtstelsels lijkt op dit punt voor verschillende oplossingen te zijn gekozen. In het Duitse recht is voor Verabredung in de zin van § 30 StGB vereist dat het afgesproken Verbrechen in hoofdlijnen is bepaald. Een tot in details uitgewerkt plan is niet noodzakelijk, maar een algemene afspraak tot het begaan van niet nader geconcretiseerde feiten is onvoldoende. De exacte tijd, plaats en wijze van uitvoering hoeven nog niet vast te liggen, maar de aard van het te plegen delict wel. Het antwoord op de vraag in hoeverre overeenstemming dient te bestaan ten aanzien van de persoon van het slachtoffer, is afhankelijk van de aard van het geplande delict. In het Duitse recht geldt ten aanzien van de Verabredung als hoofdregel dat de persoon van het slachtoffer wel dient vast te liggen bij geweldsdelicten, maar niet bij vermogensdelicten.³⁶ Doorslaggevend zal echter dienen te zijn of de persoon van het slachtoffer van belang is binnen het 'Tatplan'.³⁷ In de regel zal dit bij geweldsdelicten eerder het geval zijn, maar de afspraak om met twee lieden een willekeurig slachtoffer op te wachten om deze te beroven of te verkrachten, zal ook een Verabredung kunnen opleveren.³⁸ De afspraak om *een* miljonair te ontvoeren zal daarentegen nog geen Verabredung opleveren, zolang de persoon van het slachtoffer niet is bepaald.

In het Engelse recht lijken op dit punt minder zware eisen te worden gesteld. De voor een conspiracy vereiste agreement hoeft nog niet tot in details te zijn

35. In deze zin ook HR 17 september 2002, NJ 2002, 626: 'Voor een veroordeling is noodzakelijk dat vaststaat op welk soort misdrijf met een maximum van acht jaren of meer de voorbereidingshandelingen waren gericht.'

36. Tröndle/Fischer, § 30 Rn. 7; Maurach, JZ 1961, p. 140.

37. Roxin, LK § 30 Rn. 66.

38. BGH MDR 1960, 595; Roxin, LK § 30 Rn. 66.

uitgewerkt.³⁹ Een algemene conspiracy om bomaanslagen te plegen door geheel Groot-Brittannië is in principe mogelijk.⁴⁰

In Zwitserland worden geen specifieke eisen aan de bepaaldheid van het voorgenomen delict gesteld. Uit de beperkte verzameling Verbrechen waarop de regeling van toepassing is, in samenhang met de eis dat de dader 'sich anschickt (eine der folgende) Handlungen auszuführen', vloeit voort dat slechts de voorbereiding van een nader gespecificeerd delict strafbaar is.

Zoals hierboven reeds is betoogd, brengt de ratio achter de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen in art. 46 Sr met zich mee dat deze bepaling zich bij een wenselijke interpretatie beperkt tot gevorderde voorbereidingshandelingen. Aansluiting bij de Duitse en de Zwitserse regeling lijkt op dit punt derhalve meer voor de hand te liggen, omdat ook de ratio achter de beschreven regelingen in deze landen meer aansluit bij de ratio achter art. 46 Sr. Met name in het Zwitserse recht is de strafbare voorbereiding gericht tegen situaties waarin sprake is van een concrete gevaarzetting. In het Engelse recht wordt daarentegen de ratio achter de strafbaarstelling van de conspiracy mede gevonden in de abstracte gevaarzetting welke uitgaat van het samengaan van misdadige gedachten.

Met betrekking tot dit punt dient tevens het verschil tussen art. 46 Sr en art. 140 Sr in ogenschouw te worden genomen. In laatstgenoemde bepaling gaat het om het oogmerk tot het plegen van misdrijven, art. 46 Sr spreekt daarentegen van *dat* misdrijf.⁴¹ Ook Strijards leidt uit het in art. 46 Sr gebezigde woord 'dat' af dat het doel van de voorbereiding – het te begane misdrijf – nader moet zijn bepaald. Hij gaat daarbij zelfs zover dat dit misdrijf ook naar tijd en plaats nauw moet zijn omschreven. Of dit laatste standpunt in alle gevallen houdbaar is, durf ik te betwijfelen. In geen van de bestudeerde buitenlandse rechtsstelsels wordt vereist dat het geplande feit reeds tot in details is uitgewerkt. Wel lijkt in zijn algemeenheid te kunnen worden gesteld dat een algemene strekking om met het middel misdrijven te begaan niet voldoende is'. Met Strijards ben ik derhalve van mening dat een algemene geschiktheid van het middel tot het begaan van een misdrijf ontoereikend is. Hiervoor is reeds betoogd dat naar mijn mening niet voldoende is dat het middel gezien zijn aard bestemd kan zijn voor het begaan van een misdrijf. De kennelijke bestemming zal tevens moeten blijken uit de omstandigheden waaronder deze worden aangetroffen.

Hierin schuilt een belangrijk verschil tussen de voorbereidingshandelingen in de zin van art. 46 Sr en de abstracte gevaarzettingsdelicten. Zo kunnen bijvoorbeeld vuurwapens of explosieven voor vele doeleinden worden gebruikt. Het ongecontroleerd bezit hiervan brengt reeds in abstracto gevaar met zich mee. Juist daarom is reeds het enkele bezit van een dergelijk voorwerp strafbaar. De strafbaarstelling van de voorbereidingshandelingen in art. 46 Sr is daarentegen niet gericht tegen de abstracte gevaarzetting van de middelen, maar tegen

39. Card, Cross & Jones, p. 548.

40. Archbold (1992), 33-22, 33-23. Hierbij dient te worden aangetekend dat met betrekking tot de bewijsvraag een nadere specificering van het beoogde delict noodzakelijk kan zijn.

41. Strijards, a.w. (1995), p. 118 en 137.

het concrete gevaar dat ontstaat door de omstandigheden waaronder deze middelen worden aangetroffen en de intentie waarmee de dader deze voorhanden heeft. Bovendien is deze strafbaarstelling volgens de woorden van de wetgever 'een onvolkomen delictsvorm waarvan de reikwijdte en betekenis volledig accessoir zijn van de eigenlijke verbodsnormen van de zelfstandige delictsoomschrijvingen'.⁴² Dit brengt mijns inziens met zich mee dat de strafbaarheid afhankelijk is van de vereisten die gelden voor het beoogd grondfeit. Het kan niet de bedoeling zijn dat aansprakelijkheid op grond van deze bepaling intreedt terwijl daarbij volledig wordt geabstraheerd van dit grondfeit. Zou dit wel het geval zijn, dan verwordt de bepaling van art. 46 Sr tot een algemeen abstract gevaarzettingsdelict.

Uit het voorgaande moet mijns inziens de conclusie worden getrokken dat slechts sprake kan zijn van strafbare voorbereiding in de zin van art. 46 Sr, indien er sprake is van een nader bepaald misdrijf. De aan deze bepaaldheid gestelde eisen kunnen echter niet zodanig zijn dat hierdoor onoverkomelijke drempels worden opgeworpen met betrekking tot de bewijslast.

Een belangrijk punt dat in de discussie in de Nederlandse literatuur enigszins lijkt te zijn onderbelicht, is het feit dat de voorbereidingsmiddelen niet slechts kennelijk bestemd dienen te zijn tot het begaan van een misdrijf, maar dat het bovendien een misdrijf moet betreffen waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf is gesteld van acht jaren of meer. Dit lijkt slechts een kleine nuance, maar zou in de praktijk wel eens tot een aanmerkelijke beperking kunnen leiden.

De verzameling van delicten waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaren of meer is gesteld, omvat op een enkele uitzondering na louter geweldsdelicten. In de meeste gevallen zal dus sprake moeten zijn van middelen die kennelijk bestemd zijn tot het begaan van geweldsdelicten of het dreigen daarmee. In dat geval zal het desbetreffende middel dus tevens onder de WWM vallen.

Ter illustratie kan worden verwezen naar het in de memorie van toelichting genoemde voorbeeld van de 'Tilburgse spoorbielzen'. In de literatuur is menig woord gewijd aan de vraag of de desbetreffende bielzen in de achterbak van een 'busje' al dan niet konden worden aangemerkt als voorwerpen 'kennelijk bestemd' tot het begaan van een misdrijf. Wat hier ook van zij, indien zou kunnen worden aangenomen dat de bielzen inderdaad kennelijk bestemd waren voor het rammen van de pui van een bank of postkantoor, dan is slechts vastgesteld dat deze waren bestemd voor het begaan van het delict 'diefstal door middel van braak'. Op dat misdrijf staat een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren. Op de één of andere wijze zal dus aan het licht dienen te worden gebracht dat deze middelen waren bestemd voor een zwaarder misdrijf, bijvoorbeeld diefstal met geweld of afpersing. Het bewijs van een dergelijke bestemming zal in veel gevallen dienen te worden gebaseerd op de aanwezigheid van wapens.

42. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 3.

In de praktijk lijkt het bovenstaande probleem te worden omzeild door te steunen op algemene ervaringsregels. In HR 17 september 2002, NJ 2002, 626 werd een cassatiemiddel, inhoudende dat uit de bewijsmiddelen niet kon worden afgeleid dat er sprake was van voorbereiding van een geweldsdelict, omdat de bewezenverklarde voorwerpen daar voor niet een voldoende indicatie opleverden, op grond van art. 81 RO zonder nadere motivering verworpen.⁴³ Bewezen was verklaard dat verzoeker voor vermomming geschikte voorwerpen en (gestolen) auto's voorhanden had. Verder bleek uit de bewijsmiddelen dat verzoeker samen met een ander op verschillende dagen vanuit een auto een bankgebouw en geldwagens had geobserveerd. Op de laatste dag uit een reeks is een geldauto gevolgd terwijl de metgezel van verzoeker daarbij een zwarte muts en handschoenen droeg. In zijn conclusie overwoog A-G Machielse het volgende:

'Ik kan mij weinig andere verklaringen indenken voor het gedrag van verzoeker en zijn mededader zoals dat op verschillende momenten en op verschillende plaatsen is waargenomen: het wachten in een auto op een bedrijventerrein met zicht op een geldwagen, het met de auto volgen van een geldwagen, het in de gaten houden van geldwagens en de buurt rondrijden terwijl die geldwagens staat te laden en te lossen, terwijl tijdens minstens één van die momenten een voor vermomming geschikt voorwerp op de achterbank van de auto ligt en bovendien twee gestolen auto's bij de autoriteiten zijn betrokken. In aanmerking genomen dat verzoeker noch zijn mededader voor hun gedrag enige verklaring hebben gegeven, heeft het hof hieruit kunnen afleiden dat het in dezen voorbereidingshandelingen voor een overval op een geldwagen betroffen. Op welke wijze die overval precies zou plaatsvinden, is in dit voorbereidingsstadium weliswaar niet bekend, maar dat een dergelijke overval gepaard pleegt te gaan met geweld, in welke vorm dan ook, kan wel worden beschouwd als een algemene ervaringsregel, nu niet valt in te zien, op welke wijze het personeel van het geldwagen bedrijf anders tot afgifte van het geld zou kunnen worden gedwongen.'

Zolang bovengenoemde casus als een grensgeval kan worden beschouwd, kan de reikwijdte van art. 46 Sr wellicht nog binnen wenselijke grenzen blijven. Het gevaar bestaat echter dat men teneinde bewijsproblemen te omzeilen steeds sterker zal gaan leunen op algemene ervaringsregels, waarbij het zwijgen van verdachten kan worden gebruikt als extra bewijsargument. Een dergelijke ontwikkeling zou kunnen worden geremd door eisen te blijven stellen aan de bepaaldheid van het geplande delict. Hierdoor kan worden bewerkstelligd dat strafbaarheid pas intreedt wanneer meer duidelijkheid bestaat over de vraag wat verdachten daadwerkelijk van plan zijn. Zodoende kan worden voorkomen dat strafbaarheid kan worden gebaseerd op het enkele voorhanden hebben van voorwerpen welke volgens ervaringsregels plegen te worden gebruikt bij geweldsmisdrijven.

43. HR 17 september 2002, nr. 03155/01, NJ 2002, 626. In de gepubliceerde versie (NJ 2002, 626) zijn de aangehaalde overwegingen niet opgenomen.

6.2.3 Opzettelijk

6.2.3.1 Inleiding

Gezien het gebruik van de term ‘opzettelijk’ in de delictomschrijving van art. 46 Sr, ligt de opvatting voor de hand dat kan worden volstaan met voorwaardelijk opzet. Deze opvatting lijkt op het eerste gezicht ook te worden verdedigd in de wetsgeschiedenis van art. 46 Sr.⁴⁴ In het eerste hoofdstuk is reeds aangegeven dat op deze opvatting de nodige kritiek is geleverd. Door verschillende auteurs wordt betoogd dat het voorwaardelijk opzet niet past binnen het leerstuk van de voorbereidingshandelingen.⁴⁵ Het feit dat het hier gaat om gedragingen die nog niet de uitvoering van een strafbaar feit inhouden, rechtvaardigt de vraag of het bewijs van voorwaardelijk opzet hier inderdaad toereikend is. De opvatting van de wetgever lijkt bij nader inzien ook op dit punt niet eenduidig te zijn. In de memorie van toelichting wordt ter motivering van de toepasbaarheid van het voorwaardelijk opzet op de strafbare voorbereiding, het volgende gesteld:⁴⁶

‘Ik wijs er nog eens op dat de gangbare opzet-leer ook hier zal gelden. Voorwaardelijk opzet - het handelen, desbewust aanvaardend de aanmerkelijke kans op delictsvoltooiing – is dus voldoende om de strafrechtelijke aansprakelijkheid in te doen treden voor de onvolkomen delictsvorm. De in de rechtspraak gangbare bewijsredeneringen ten aanzien van de doleuze schuldvorm zijn ook hier toepasselijk. de rechter zal het voorbereidingsopzet kunnen afleiden in tal van gevallen uit de kenbare opstellingen van verdachte, gelet op de omstandigheden waaronder deze plaatsvinden.’

Hier lijkt de wetgever dus te willen uitdrukken dat bij de voorbereidingshandelingen geen zwaardere eisen worden gesteld aan het subjectieve bestanddeel dan bij het voltooid delict. In de memorie van antwoord wordt daarentegen een standpunt verkondigd waarbij een enger opzetbegrip lijkt te worden vereist.⁴⁷

‘Naarmate strafrechtelijke aansprakelijkheden meer worden verschoven naar een voorfase (geredeneerd vanuit de actuele aantasting van een rechtsgoed) dienen, uit de aard van de zaak, aan het bewijs dat het OM moet leveren zwaardere eisen te worden gesteld.’

‘Het Nederlandse strafrecht verplicht bijna nooit, ter vestiging van de aansprakelijkheid, naspeuringen te doen naar motieven, emoties en finale doelstellingen van de daders. Maar bij de onvolkomen delictsvormen wel, omdat, wat ontbreekt aan objectieve bestanddelen bij de beredenering van de rechtsgrond van de strafrechtelijke reactie, min of meer gecompenseerd wordt door de subjectieve, die daarom ook zwaarder aangezet worden. De delictsfactoren werken hier om zo te zeggen als ‘communicerende vaten’.’

44. Zie Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 16.

45. Zie o.a. De Jong, DD 1992, p. 42 e.v.; Osinga, Advocatenblad 1995, p. 235-236; Keijzer, a.w. (1983), p. 62-63.

46. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 16.

47. Kamerstukken II 1991-1992, 22 268, nr. 5, p. 19-20.

‘Zeker, er zullen bewijsproblemen zijn. Ik zeg: deze moeten er ook zijn. Ik vrees dat we anders afzakken naar een idee-strafrecht. *Het moet bezwaarlijker zijn aan te tonen wat de innerlijke gesteldheid van een ‘voorbereider’ is geweest vergeleken met de bewijseisen die aan het strafbare opzet in het algemeen worden gesteld.*’ (mijn cursieven, PS)

In deze zinsneden laat de wetgever tot uitdrukking komen dat hij van mening is dat er op zijn minst iets bijzonders aan de hand is met de subjectieve bestanddelen bij de strafbare voorbereiding. Deze opvatting sluit derhalve meer aan bij de in de Nederlandse literatuur geleverde kritiek. Blijkbaar brengt het specifieke karakter van een dergelijke strafbaarstelling met zich mee dat de gebruikelijke opvattingen ten aanzien van het opzet niet zonder meer kunnen worden overgeheveld. De eerder gemaakte bewering dat de gangbare opzetleer ook ten aanzien van de voorbereiding in alle gevallen dient te gelden, lijkt minder voor de hand liggend dan op het eerste gezicht door de wetgever werd gesuggereerd. Uit het onderzoek naar de verschillende buitenlandse rechtsstelsels is gebleken dat de toepassing van de voor voltooide delicten geldende opvattingen over het subjectieve bestanddeel op de onvoltooide delictsvormen (poging en voorbereiding) in ieder geval niet vanzelfsprekend is.

In Zwitserland spitst de discussie zich toe op de vraag of voor voorbereiding in de zin van art. 260^{bis} StGB ‘bedingter Vorsatz’ of ‘Absicht’ is vereist. Hier lijkt dus vrijwel hetzelfde vraagpunt aan de orde als in de genoemde Nederlandse literatuur. In de Zwitserse literatuur wordt door sommige schrijvers betoogd dat van voorbereiding slechts sprake kan zijn wanneer het *Absicht* van de dader is gericht op één van de in art. 260^{bis} genoemde delicten. Daarnaast wordt betoogd dat voorwaardelijk opzet reeds wordt uitgesloten door het vereiste van ‘planmässigkeit’.⁴⁸ Mijns inziens kan men zich met recht afvragen in hoeverre iemand ‘planmatig’ kan handelen met voorwaardelijk opzet op een verder gelegen doel. Weliswaar kent de Nederlandse regeling niet expliciet het vereiste dat de voorbereidingshandelingen planmatig moeten zijn verricht, maar het hele concept van de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen lijkt wel te zijn gericht op planmatig handelen.⁴⁹ Het handelen van de dader dient in ieder geval in het teken te staan van een door hem zelf bepaald verder gelegen doel. Men zou ook kunnen spreken van doelgericht handelen, waarmee we begripsmatig reeds in de sfeer van het oogmerk zijn aanbeland.

In het Engelse strafrecht worden de aan het subjectieve bestanddeel gestelde eisen zwaarder naarmate er objectief minder is geschied. Niet alleen wordt voor de ‘inchoate offences’ de zwaarste vorm van mens rea, te weten intention, vereist ten aanzien van het strafbare gevolg. Bovendien kunnen de eisen aan het object waarop de intention moet zijn gericht, bij de inchoate offences strenger zijn. Het bekendste voorbeeld heeft betrekking op het delict ‘murder’. In ‘*Why-*

48. Rehberg, *Strafrecht IV*, p. 166.

49. In dit verband kan worden gewezen op de opvatting van Keijzer waarin hij betoogt dat in het begrip ‘voorbereiding’ ligt opgesloten dat daarvoor opzet als oogmerk dient te worden bewezen. Zie Keijzer, a.w. (1983), p. 62.

brow,⁵⁰ werd overwogen dat voor ‘murder’ weliswaar kan worden volstaan met een ‘intention to kill or to cause grievous bodily harm’, maar dat voor ‘attempted murder’ slechts een ‘intention to kill’ toereikend is. De gedachte hierachter is dat voor een ‘attempted murder’ de ‘intention’ het voornaamste bestanddeel van het delict is. Hieromtrent werd in de betreffende zaak de volgende overweging gemaakt:

‘(...) But if the charge is one of attempted murder, the intent becomes the principal ingredient of the crime. It may be said that the law, which is not always logical, is somewhat illogical in saying that, if one attacks a person intending to do grievous bodily harm and death does not result, it is not attempted murder, but wounding with intent to do grievous bodily harm. It is not illogical because, in that particular case, *the intent is the essence of the crime* while, where the death of another is caused, the necessity is to prove malice aforethought, which is supplied in law by proving intent to do grievous bodily harm.’

De achterliggende redenen voor deze benadering wordt in de Engelse literatuur weinig uitgediept. Blijkbaar vindt men het voldoende bevredigend om te volstaan met de constatering dat bij de onvoltooide delictsvormen objectief minder is geschiedt, zodat de nadruk sterker op het subjectieve element moet komen te liggen. Dergelijke overwegingen lijken vooral te worden gezien als een uitvloeisel van de common sense.

In het Engelse recht worden ten aanzien van de onvoltooide delictsvormen dus duidelijk strengere eisen gesteld aan het subjectieve bestanddeel, dan in het Nederlandse recht. De vergelijking met het Nederlandse strafrecht strandt niet op de constatering dat ‘ook’ in Nederland voor een strafbare poging opzet is vereist. Het Engelse begrip ‘intention’ is namelijk duidelijk enger dan het begrip ‘opzet’ in het Nederlandse strafrecht. Het voorwaardelijk opzet zou in het Engelse strafrecht onder het begrip ‘recklessness’ vallen, en derhalve geen toereikende mens rea zijn voor een ‘attempted murder’.⁵¹ Het verschil tussen intention en voorwaardelijk opzet lijkt met name te zijn gelegen in de grootte van de kans waar de dader zich van bewust dient te zijn. Voor een intention is vereist dat bewezen kan worden dat de dader het gevolg heeft voorzien als een ‘virtual certainty’. Er lijkt minimaal sprake te moeten zijn van waarschijnlijkheidsbewustzijn te zijn ten aanzien van een dergelijk gevolg. Indien de dader zich bewust was van een aanmerkelijke kans (‘substantial risk’) dat een bepaald gevolg zou intreden, kan niet worden gesproken van een intention. Onder het Engels recht zou dit worden aangemerkt als ‘recklessness’. Weliswaar kan ook het reckless doden van iemand zwaar worden bestraft als zijnde ‘manslaughter’, maar het delict ‘attempted manslaughter’ kent men in het Engelse strafrecht niet. Gezien het karakter van het Engelse rechtsstelsel is moeilijk te achterhalen wat de exacte ratio is achter deze zwaardere eisen aan het subjectieve bestanddeel

50. [1951]35 Cr. App. Rep. 141.

51. Zie hoofdstuk 5 § 5.1.2.

(mens rea) bij inchoate offences. Enerzijds lijkt deze benadering samen te hangen met een subjectievere kijk op de strafbare poging.⁵² Hoe meer de nadruk wordt gelegd op de (subjectieve) geestesgesteldheid van de dader, des te zwaarder zullen ook de eisen zijn welke gesteld moeten worden aan deze geestesgesteldheid. Anderzijds wordt juist betoogd dat het sterker aanzetten van het subjectieve bestanddeel (mens rea) bij inchoate offences een uitvloeisel is van een meer objectieve visie. Waar in de subjectieve opvatting de geestesgesteldheid van de dader beslissend is, maakt het geen verschil of een fataal gevolg al dan niet toevalligerwijs is ingetreden. Juist bij een objectieve benadering zou het dan voor de hand liggen om, waar objectief minder is geschied, zwaardere eisen te stellen aan de subjectieve zijde van het delict.⁵³

6.2.3.2 *Opzet op eigen toekomstig handelen; 'Tatentschlossenheit'*

In de Zwitserse rechtspraak is slechts één (niet gepubliceerde) uitspraak van het Bundesgericht aangetroffen, waarin dit rechtscollege *lijkt* aan te nemen dat 'bedingter Vorsatz' toereikend is voor strafbare voorbereiding in de zin van art. 260^{bis} StGB.⁵⁴ Hierbij dient wel te worden aangetekend dat het in casu draaide om het opzet op gedragingen van anderen. Voorwaardelijk opzet op eigen toekomstig gedrag lijkt minder goed denkbaar. In dat geval lijkt de discussie omtrent de vraag of er sprake moet zijn van voorwaardelijk opzet dan wel oogmerk aan de essentie voorbij te gaan. Wat moeten wij ons immers voorstellen bij de vraag of de dader bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat hij zelf een delict zal begaan?

Het lijkt derhalve zinvol om voor een dergelijk geval de discussie toe te spitsen op de vraag in hoeverre het voornemen (of het besluit) van de dader vast dient te staan. Is het voldoende dat de dader serieus met de gedachte speelt om een strafbaar feit te begaan of moet hij hiertoe vastbesloten zijn? Zowel in het Zwitserse als in het Duitse recht wordt van de dader een 'unbedingter Tatentschluss' vereist.

Bij het beantwoorden van de vraag of de dader reeds vastbesloten is, wordt niet vereist dat iedere vorm van twijfel is weggenomen. Met name in risicovolle situaties, welke bij geweldsdelicten vaak zullen voorkomen, zal de dader altijd enige twijfel blijven koesteren. Dit hoeft echter niet af te doen aan zijn vastbeslotenheid. Volgens de heersende leer in het Duitse en Zwitserse recht kan worden gesproken van 'Tatentschlossenheit', indien de wil tot het begaan van het delict de eventuele bedenkingen heeft teruggedrongen. Zolang de twijfel nog overheerst, is er slechts sprake van 'Tatgeneigtheit'.⁵⁵ Dit dient evenwel niet te worden verward met de situatie waarin de dader zichzelf het voorbehoud maakt om, indien zich een bepaalde situatie al dan niet zal voordoen, alsnog op zijn

52. Zie o.a. Ashworth, p. 463 e.v.

53. R.A. Duff, *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law*, Oxford 1990, p. 192 e.v.; R.A. Duff, *Criminal Attempts*, Oxford 1996, p. 29-31.

54. Zie hoofdstuk 4 § 4.4.4.6.

55. Arzt, JZ 1969, p. 54 e.v.; Roxin, JuS 1979, p. 2.

schreden terug te treden. Ook in dat geval kan van Tatenschlossenheit worden gesproken. Beslissend is of de dader reeds zekerheid heeft omtrent het *of* van zijn daad. Hiervan is ook sprake indien de dader de uitvoering van zijn daad laat afhangen van het intreden van een bepaalde, nog onzekere gebeurtenis.

In dit verband kan tevens worden gewezen op de verschillende samenspanningsvormen (Verabredung en conspiracy). Vereist is dat de samenspanners overeenstemming hebben bereikt. Het enkele bespreken van de mogelijkheid om een delict te begaan levert nog geen Verabredung of conspiracy op. Het lijkt ongerijmd om voor de gevallen waarin nog niet tot een dergelijke overeenstemming is gekomen minder strenge eisen te stellen aan de vastbeslotenheid van de dader. Stel bijvoorbeeld dat iemand met de gedachte speelt om samen met anderen een overval te plegen. Hij heeft reeds bepaalde middelen voor handen (bijvoorbeeld een bivakmuts en een auto). Hij heeft echter nog niet besloten of hij zijn plannen daadwerkelijk zal uitvoeren en hij laat dit mede afhangen van de vraag of hij medestanders bereid vindt om samen met hem tot de uitvoering van zijn plannen over te gaan. Wanneer hij meerdere personen voorzichtig polst naar hun eventuele bereidheid, geven deze niet thuis. De vraag is of in een dergelijk geval reeds kan worden gesproken van opzet op het begaan van een bepaald misdrijf.

Bij de conspiracy in het Engelse recht speelt tevens het verschil tussen 'conditional intention' en 'recklessness' een belangrijke rol. In de regel is er sprake van 'conditional intention' wanneer hetgeen de daders hebben afgesproken, indien dit wordt uitgevoerd, noodzakelijkerwijs tot het begaan van een strafbaar feit zal leiden.

Samenvattend kan worden gezegd dat het voor de hand ligt om, afgezien van onvoorziene omstandigheden, te vereisen dat de dader reeds onvoorwaardelijk bereid is om tot de delictshandeling over te gaan. De term voorwaardelijk opzet lijkt in dit verband moeilijk hanteerbaar. Wellicht zou men kunnen spreken van de in de rechtspraak met betrekking tot art. 140 Sr gehanteerde term 'onvoorwaardelijk' opzet.⁵⁶

6.2.3.3 *Opzet op mogelijke gevolgen*

Thans zijn wij aanbeland bij de vraag welke gradatie van opzet moet worden vereist ten aanzien van mogelijke gevolgen van een onvoltooid delict. Juist het feit dat deze gevolgen niet zijn ingetreden rechtvaardigt een nader onderzoek naar de vraag in hoeverre deze 'gevolgen' aan de dader kunnen worden toegerekend. Hierbij kan mijns inziens een onderscheid worden gemaakt tussen gevallen waarin de delictshandeling reeds is verricht, maar het gevolg niet is ingetreden (voltooide poging) en de gevallen waarin deze handeling of beter gezegd gedraging, nog niet is verricht (onvoltooide poging en voorbereiding). Het lijkt namelijk zeer wel verdedigbaar om de aan het opzet te stellen eisen op te schroeven naarmate de verrichte gedraging verder van het gevolg is verwijderd.

56. Zie HR 18 november 1997, NJ 1998, 225.

Het strengst zouden deze eisen derhalve moeten zijn in die gevallen waarin de voorgenomen delictshandeling in het geheel niet is verricht.⁵⁷

De vraag of voor een strafbare poging kan worden volstaan met voorwaardelijk opzet, is in de Nederlandse literatuur sinds het 'automobilistarrest'⁵⁸ nauwelijks betwist.⁵⁹ Wanneer voorwaardelijk opzet volstaat voor het voltooid delict, wordt voetstoots aangenomen dat dit ook geldt voor alle pogingen tot dit delict. Wanneer het, zoals in het betreffende arrest een gedraging betreft die dicht tegen voltooiing aanligt en waarbij het vereiste opzet van de dader dicht tegen de delictshandeling aanligt, valt deze opvatting zeer wel te verdedigen. Ook hier kan men zich echter afvragen of bij een niet ingetreden gevolg volstaan kan worden met de constatering dat er een aanmerkelijke kans was dat dit gevolg zich voor had kunnen doen. Wellicht is het gerechtvaardigd om een hogere mate van waarschijnlijkheid te vereisen nu de vereiste aanmerkelijke kans niet kan worden afgeleid uit het feit dat het gevolg zich daadwerkelijk heeft voorgedaan. Deze vraag lijkt in ieder geval gerechtvaardigd voor de gevallen waarin het gedrag van de dader verder is verwijderd van de voltooiing van de delictshandeling.

In dit verband kan worden gedacht aan de casus van het Hoornse taart-arrest.⁶⁰ De bewezenverklaring luidde voorzover relevant als volgt:

'(...) dat hij (verdachte...) met voorbedachten rade M.M., huisvrouw van W.M. van het leven heeft beroofd en opzettelijk en met voorbedachten rade heeft gepoogd W.M. van het leven te berooven doordat hij, na vooraf het voornemen te hebben opgevat en het besluit te hebben genomen W.M. van het leven te berooven, ter uitvoering van het misdadig voornemen en met het oogmerk om hem en het opzet om ook andere personen, die van die taart mochten eten, te doden, (...) eene letale hoeveelheid arsenictrioxyde (rattenkruid) zijnde een voor hem, die het inneemt levensgevaarlijk vergift, hetwelk hij (...) heeft gedaan in eene door hem te Haarlem gekochte taart, welke aldus vergiftigde taart hij op dienzelfden dag (...) aan het adres van de heer M., (...) te Hoorn, en welke taart aan dat adres den 29 Sept. 1910 is bezorgd en aangenomen en van welke taart hij, beklaagde, allen grond had aan te nemen, dat door W.M. en zijne huisgenooten M.M. voornoemd zoude worden gegeten, en waarvan inderdaad in den namiddag van gemelden 29 Sept. 1910 door die vrouw is gegeten, met het gevolg dat zij op den 30 Sept. 1910, tengevolge van arsenicumvergiftiging is overleden, zijnde alleen tengevolge van de van zijn, beklaagdes, wil onafhankelijke omstandigheid, dat W.M. niet van de taart heeft gebruikt, deze niet overleden; (...)'

Opvallend is ten eerste dat de tenlastelegging spreekt van het *oogmerk* om W.M. van het leven te beroven en van het *opzet* om anderen die van de taart zouden

57. Het betreft hier uiteraard de delictshandeling van het gronddelict en niet de voorbereidingshandeling.

58. HR 6 februari 1951, NJ 1951, 475.

59. Zie voor een kritische noot met name De Hullu, *Materieel Strafrecht*, p. 374-375.

60. HR 19 juni 1911, W 9203.

eten van het leven te beroven. Dat verdachte tevens is veroordeeld wegens poging tot moord op W.M. lijkt derhalve onomstreden. Het van het leven beroven van W.M. was immers het hoofddoel van zijn onderneming. Ondanks het feit dat hij in zijn streven niet verder is gekomen dan een poging, lijkt het voor de hand liggend om hem hiervoor aansprakelijk te stellen. Iets minder vanzelfsprekend ware het wellicht geweest om te veroordelen wegens een poging tot moord op M.M., indien niet zij maar slechts haar man van de taart zou hebben gegeten en tengevolge daarvan was komen te overlijden. Het hoofddoel van de verdachte was immers het van het leven beroven van de man W.M. en daarin was hij in dat geval geslaagd. Men kan zich in een dergelijk geval afvragen of mogelijke (of waarschijnlijke) nevengevolgen welke niet zijn ingetreden desondanks aan de dader kunnen, dan wel moeten worden toegerekend.⁶¹

Men zou kunnen stellen dat hoe groter de door de dader voorziene kans is dat het gevolg zal intreden, des te meer het voor de hand ligt om een dergelijk niet ingetreden gevolg aan hem toe te rekenen. De kans dat in het onderhavige arrest de vrouw van de marktmeester ook van de taart zou eten lijkt meer dan aanmerkelijk. Indien de dader zich bewust was van deze kans zou wellicht nog kunnen worden gesproken van 'waarschijnlijkheidsbewustzijn'. De kans dat ook meer of minder toevallige bezoekers van de taart zouden eten lijkt evenwel minder groot. Wellicht zou in een dergelijk geval nog wel kunnen worden gesproken van een aanmerkelijke kans en daarmee van 'mogelijkheidsbewustzijn'. Indien dergelijke bezoekers daadwerkelijk van de taart zouden eten, zouden weinigen er moeite mee hebben om te stellen dat de dader voorwaardelijk opzet had ten aanzien van de dood van die mensen. Indien de dader op het moment van het versturen van de taart met deze mogelijkheid rekening hield, zou een veroordeling wegens moord tot de mogelijkheden hebben behoord.

De vraag die hier dient te worden beantwoord is, of de verdachte ook zou kunnen worden veroordeeld voor een poging tot moord op allerhande mogelijke bezoekers, die *niet* van de taart hebben gegeten. Volgens de gangbare opvatting omtrent het bestanddeel 'voornemen' in art. 45 Sr lijkt dit geen problemen op te leveren. Desondanks kan men zich afvragen of hierdoor het bereik van de strafbare poging geen ongewenst grote omvang aanneemt. Een dergelijk bezwaar wordt, gezien het voorgaande, nog groter ten aanzien van de strafbare voorbereiding.

In HR 1 juli 1996, NJ 1997, 427 lijkt de Hoge Raad te neigen naar een opvatting waarbij het voornemen van de dader meer dient in te houden dan voorwaardelijk opzet ten aanzien van de *mogelijke* gevolgen. Volgens de bewezenverklaring had de verdachte een doorgeladen pistool tegen het voorhoofd van zijn slachtoffer gehouden. Vervolgens had het slachtoffer de hand waarin verdachte het pistool vast had naar beneden gedrukt, waarop het pistool afging. Het

61. Opmerkelijk is in dit verband ook de conclusie van het OM: 'Waar alzo beklaagde ter uitvoering van zijn voornemen om een bepaald persoon met voorbedachten rade van het leven te beroven, een middel kiest, waarvan hij weet, dat het tevens den dood van anderen kan veroorzaken, is indien het middel doel heeft getroffen (mijn cursief, PS), hij ook ten aanzien van die andere personen, die dood zijn, aan moord schuldig.'

slachtoffer werd door een kogel in zijn voet geraakt. Het Hof veroordeelde de verdachte in hoger beroep ter zake van poging tot doodslag. In een nadere bewijsoverweging merkte het hof onder meer het volgende op:

‘Verdachte heeft door op boven omschreven wijze te handelen de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans aanvaard dat het slachtoffer tengevolge van dat handelen zou komen te overlijden.’

Met andere woorden, verdachte had voorwaardelijk opzet ten aanzien van de mogelijke – niet ingetreden – gevolgen en zijn handelen kon derhalve worden aangemerkt als een poging tot doodslag. De Hoge Raad overwoog daarentegen als volgt:

‘Door het bewezenverklaarde te kwalificeren als poging tot doodslag heeft het Hof als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat de door het Hof vastgestelde gedragingen van de verdachte – te weten dat deze het slachtoffer heeft verzocht mee te lopen naar het halletje van het café en aldaar een vuurwapen heeft doorgeladen en tegen diens hoofd heeft gedrukt – kan worden aangemerkt als een begin van uitvoering, in de zin van art. 45 eerste lid, Sr, waardoor het voornemen van verdachte werd geopenbaard om het slachtoffer van het leven te beroven. In aanmerking genomen echter dat, naar het Hof eveneens heeft vastgesteld, het vuurwapen is afgegaan tengevolge van de omstandigheid dat het slachtoffer het naar beneden drukte, en derhalve niet door nader toedoen van de verdachte, terwijl de enkele evenbedoelde gedraging van de verdachte de mogelijkheid openlaat dat deze niet het voornemen had het slachtoffer van het leven te beroven – ‘s Hofs nadere bewijsoverweging, hiervoren onder 4.3 weergegeven (zie boven, PS), doet daaraan niet af – is dat oordeel niet zonder meer begrijpelijk. ‘s Hofs oordeel is derhalve niet naar de eis der wet met redenen omkleed.’

Bij het oordeel dat hier geen sprake is van een poging tot doodslag, richt de Hoge Raad zich niet alleen op de gedragingen van de dader – een doorgeladen pistool tegen het hoofd van het slachtoffer drukken – maar ook op de vraag of deze wel het voornemen had om het slachtoffer van het leven te beroven. Met een strikt objectieve benadering kon hier dus blijkbaar niet worden volstaan. Dit was wellicht anders geweest, indien het slachtoffer dodelijk zou zijn getroffen. Op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van het voorwaardelijk opzet kan niet met honderd procent zekerheid worden gesteld dat de Hoge Raad in een dergelijk geval wel tot een veroordeling op grond van (voltooide) doodslag zou zijn gekomen.⁶² Desondanks is de indruk gewekt dat het feit dat de fatale gevolgen zijn uitgebleven bij de beslissing heeft meegespeeld.⁶³ Dit laatste wordt nog versterkt door de overweging ‘dat de nadere bewijsoverweging

62. Zie o.a. HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199.

63. Zie bijv. HR 26 februari 1985, NJ 1985, 651. Uit het ter beschikking stellen van een geweer om het slachtoffer ‘onder schot te houden’ kon voorwaardelijk opzet op de uiteindelijk ingetreden dood worden afgeleid, waardoor dit gedrag kon worden aangemerkt als medeplichtigheid aan doodslag.

van het hof hieraan niet afdoet'. Hieruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat, ook al zou in het onderhavige geval voorwaardelijk opzet op de dood kunnen worden bewezen, dit desondanks de mogelijkheid openlaat dat rekwirant niet het voornemen had het slachtoffer van het leven te beroven.

In latere arresten blijft de HR vasthouden aan de hoofdregel dat aan het voornemen in art. 45 Sr in beginsel geen andere eisen dienen te worden gesteld dan aan het (voorwaardelijk) opzet.⁶⁴ Dit noopt tot de conclusie dat de eisen aan het subjectieve bestanddeel ten aanzien van de poging ('het voornemen van de dader') in beginsel niet zwaarder zijn dan ten aanzien van het voltooide gronddelict, maar dat de gradatie waarin het opzet van de dader zich voordoet van invloed kan zijn op de eisen die worden gesteld aan het begin van uitvoering. Zou op enigerlei wijze duidelijk zijn geworden dat de in bovenstaande casus omschreven gedraging was verricht met het oogmerk of de directe wens om het slachtoffer te doden, dan lijkt het zeer waarschijnlijk dat dezelfde gedraging zou zijn aangemerkt als een begin van uitvoering van moord dan wel doodslag. Met andere woorden, omdat er objectief minder is geschied, lijken er hogere eisen te worden gesteld aan de subjectieve zijde van de delictsomschrijving.

Ten aanzien van de strafbare voorbereiding, waar nog geen enkele uitvoeringshandeling is verricht lijkt deze zienswijze derhalve nog meer van toepassing. Terug redenerend kan men stellen dat, indien een misdrijf is voorbereid op de in art. 46 Sr omschreven wijze, altijd sprake zal zijn van voorbedachte raad. Dit wil overigens niet zeggen dat hiermee de mogelijkheid van voorwaardelijk opzet is uitgesloten. Voorbedachte raad laat zich immers volgens de geldende leer combineren met iedere vorm van opzet.⁶⁵ Zo kan men bijvoorbeeld tot een veroordeling wegens moord komen, indien de dader 'slechts' voorwaardelijk opzet had ten aanzien van de dood. Indien iemand brand sticht in een gebouw teneinde de verzekeringspenningen op te kunnen strijken, maar ten tijde van het bedenken van dit plan reeds de aanmerkelijke kans aanvaardt dat er zich nog mensen in dit gebouw zullen bevinden, die daarbij mogelijk de dood zullen vinden, lijkt een veroordeling wegens moord tot de mogelijkheden te behoren, indien er inderdaad doden zijn gevallen. Wanneer hetzelfde voorval zich voordoet, zonder dat er zich mensen in het gebouw bevinden, lijkt een veroordeling wegens brandstichting meer voor de hand te liggen. Het aannemen van poging tot moord doet in een dergelijk geval, nog afgezien van de vraag of er in dit geval sprake zou zijn van een begin van uitvoering, gekunsteld aan. In dat geval zouden allerhande niet ingetreden gevolgen desondanks aan de dader kunnen worden toegerekend, zonder dat zijn wil daarop 'bepaaldelijk' was gericht.

Indien de gedragingen van de dader niet verder zijn gevorderd dan het voorbereidingsstadium, lijkt het voorgaande nog sterker te gelden. In het algemeen zou men bijvoorbeeld kunnen stellen dat een gemeengevaarlijke brandstichting in een dichtbevolkt gebied vaak gevaar voor mensenlevens met zich meebrengt.

64. Zie bijvoorbeeld HR 4 november 1997, nr. 105.803.

65. P.J.H.M. Brouns, *Opzet in het Wetboek van strafrecht*, Arnhem 1988, p. 241; H.A. Demeersseman, *Met voorbedachte rade*, Arnhem 1989, p. 74.

Een redelijk denkende verdachte pleegt dit te weten. Zodoende zou dus een niet ingetreden dood reeds kunnen worden toegerekend aan de dader wiens gedragingen niet verder zijn gevorderd dan het voorbereidingsstadium. Juist omdat bij de voorbereiding de gedraging nog ver verwijderd is van het gevolg, lijkt deze redenering niet vanzelfsprekend op te gaan. Het opzet bij de voorbereiding kan immers niet direct worden gekoppeld aan de delictshandeling. Het opzet op het uiteindelijke doel, het te begane misdrijf, lijkt daardoor per definitie meer gebaseerd op de psyche of de gedachten van de dader. Het afleiden van het opzet van de verdachte uit zijn gedragingen kan daardoor in de voorbereidingsfase problemen opleveren.

Samenvattend kan geconcludeerd worden dat er sterke argumenten voorhanden zijn om het subjectieve bestanddeel in art. 46 Sr zwaarder aan te zetten. De door de Nederlandse wetgever verkondigde opvatting dat ook bij de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen is vastgehouden aan de uitgangspunten van een objectieve pogingsleer, lijkt in dit verband juist te leiden tot een extensieve uitleg van de onderhavige bepaling. De wetgever wilde naar eigen zeggen vasthouden aan het uitgangspunt dat de gedraging het voornaamste aanknopingspunt is voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. Duidelijk is dat voor strafbare voorbereiding objectief minder wordt vereist dan voor een voltooid delict of een poging. Wellicht kan men met succes ontkennen dat de intentie hierbij het enige aanknopingspunt vormt. Men kan echter moeilijk ontkennen dat bij een dergelijke delictsvorm zwaarder zal moeten worden geleund op het subjectieve bestanddeel. Indien de dader niet verder is gekomen dan de voorbereiding, zou daarom naar mijn mening toerekening van eventuele gevolgen slechts dienen te geschieden, indien er een hoge graad van waarschijnlijkheid aanwezig is dat het voorgenomen gedrag van de dader een bepaald gevolg teweeg kan brengen. Dat de dader zich slechts bewust is van een ‘aanmerkelijke kans’ op een dergelijk gevolg lijkt daarom onvoldoende.

Deze benadering lijkt ook meer aan te sluiten bij de hierboven aangehaalde passages uit de memorie van antwoord. De strafbaarstelling van voorbereiding lijkt per definitie een subjectievere benadering te vereisen dan de poging. Wil men bij strafbare voorbereiding daadwerkelijk zwaardere eisen stellen aan de subjectieve zijde van het delict, dan kan niet worden gesteld dat voorwaardelijk opzet ook in dit verband toereikend is.⁶⁶

6.2.3.4 *Bewijs van het opzet*

Bij het bewijs van het (voorwaardelijk) opzet lijken de bovengenoemde problemen eveneens op te doemen. In veel gevallen construeert de rechter het bewijs van het opzet door middel van bepaalde vooronderstellingen.⁶⁷ Door te stellen

66. Hierbij zou tevens kunnen worden gewezen op HR 18 november 1997, NJ 1998, 225 omtrent het opzet in art. 140 Sr. Voor het lidmaatschap van een criminele organisatie is volgens de Hoge Raad onvoorwaardelijk opzet vereist.

67. Zie o.a. HSR, p. 208 e.v.; De Hullu, a.w. (1993), p. 46 e.v.

dat een normaal denkend persoon weet dat bepaalde gedragingen een bepaald gevolg te weeg kunnen brengen, kan worden aangenomen dat de desbetreffende verdachte dit ook wist. Vervolgens pleegt te worden gesteld dat de verdachte door toch welbewust de betreffende gedraging te verrichten, hij daarmee de kans dat het gevolg zou intreden heeft aanvaard en op de koop heeft toegenomen. Bij de poging kan een dergelijke bewijsconstructie in bepaalde gevallen problemen opleveren. Niet vereist is immers dat reeds een delictshandeling is verricht. In veel gevallen zal het opzet van de dader op de voor omschreven wijze kunnen worden afgeleid uit een gedraging welke naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het misdrijf, maar in andere gevallen zal een dergelijke gedraging niet eenduidig zijn.

Bij de strafbare voorbereiding worden deze problemen nog groter. Het afleiden van het opzet van de dader uit objectief waarneembare omstandigheden (gedraging en gevolgen) lijkt in dat geval minder goed mogelijk. De redenering dat de dader wist dat het gevolg mogelijkwijs kon intreden, dat hij desondanks heeft gehandeld en *dus* het gevolg heeft aanvaard of op de koop heeft toegenomen, gaat in dit geval niet op.

In de Zwitserse literatuur is aangevoerd dat de vereiste ‘Tatenschlossenheit’ (afgezien van de gevallen waarin een bekentenis is afgelegd) slechts op twee wijzen kan worden aangetoond. Ten eerste door de aanwezigheid van gedragingen die ondubbelzinnig duiden op een wil om het delict te volvoeren. Ten tweede door middel van het bewijs van een overeenstemming tussen verschillende beoogd daders. Het bewijs van de ‘vastbeslotenheid’ lijkt zodoende nauw samen te hangen met de verrichte voorbereidingshandelingen. Hoe verder de voorbereiding is gevorderd, des te makkelijker zal de vastheid van het besluit kunnen worden aangenomen. Zolang de dader nog geen gedragingen heeft verricht die objectief duiden op de gerichtheid om een bepaald delict uit te voeren, kan zijn opzet moeilijk worden bewezen. Het bewijs van het opzet op grond van ervaringsregels leidt in bepaalde gevallen reeds bij het bewijs van voltooide delicten tot omstreden uitspraken.⁶⁸ Waar het gaat om gedragingen die zich afspelen in het voortraject van een eventueel te plegen delict kan dit nog sterker spelen. Dit kan wellicht het best worden geïllustreerd aan de hand van een aantal praktijkvoorbeelden.

Uit het feit dat iemand een ander langdurig de keel heeft dichtgeknepen, totdat de lippen van het slachtoffer paars werden, haar tong uit de mond kwam, schuim uit haar mond kwam en haar hoofd helde, kan worden afgeleid dat de dader de kans dat het slachtoffer zou komen te overlijden heeft aanvaard.⁶⁹

Wanneer de dader reeds uitvoeringshandelingen heeft verricht (bijvoorbeeld indien er sprake is van een voltooide poging) lijkt bij de poging een vergelijkbare bewijsredenering mogelijk. Indien bij gelegenheid van een verkeerscontrole is ingereeden op een politieagent die ternauwernood opzij kon springen, dan zou ook uit een dergelijke gedraging kunnen worden afgeleid dat de bestuurder de

68. Zie bijvoorbeeld de praktijk terzake delicten in de Opiumwet.

69. Zie HR 3 januari 1978, NJ 1978, 627.

dood van de agent, indien deze was komen te overlijden, op de koop toe zou hebben genomen.⁷⁰

Lastiger wordt het in gevallen, waarin weliswaar sprake is van een begin van uitvoering in de zin van art. 45 Sr, maar waarin nog niet is begonnen met de eigenlijke delictshandeling. Wanneer een aantal personen gewapend en gemaskerd aanbelt bij een pand waar zich een aanzienlijke hoeveelheid geld bevindt, lijkt het weinig bezwaarlijk om hieruit af te leiden dat zij het opzet hebben om dit object te beroven.⁷¹ Het komt echter nogal geforceerd over om te stellen dat deze daders hiermede de aanmerkelijke kans hebben aanvaard dat zij tot de uitvoering van een dergelijk delict zullen overgaan. Het ligt in dat geval meer voor de hand om te stellen dat zij hun gedragingen hebben verricht met het *oogmerk* om een overval te plegen.

Ook in 'Grenswisselkantoor-situaties' lijkt een dergelijke bewijsredenering mogelijk. Hoewel er nog geen sprake is van een gedraging welke naar uiterlijke verschijningsvorm kan worden aangemerkt als gericht op voltooiing van het misdrijf, zou uit het feit dat een aantal mannen in een gestolen auto, voorzien van wapens, maskers en knevelmateriaal met draaiende motor voor een Grenswisselkantoor blijven staan, kunnen worden afgeleid dat zij het opzet hebben op het beroven van dit kantoor.⁷²

Echt problematisch wordt het echter om een vergelijkbaar opzet af te leiden uit de enkele aanwezigheid van wapens en maskers in een woning. Weliswaar zou uit een dergelijke gedraging kunnen worden afgeleid dat de bezitter weinig goeds in de zin heeft, voor een veroordeling op basis van art. 46 Sr dient te worden bewezen dat hij opzet heeft op het begaan van een nader bepaald misdrijf. Dat opzet lijkt niet uit de gegeven feiten te kunnen worden afgeleid.

Zo gezien lijken de aan het subjectieve bestanddeel gestelde eisen, door middel van het bewijs, door te kunnen werken in de vraag in hoeverre de voorbereidingshandelingen dienen te zijn gevorderd. De interpretatie van dit bestanddeel lijkt zodoende nauw samen te hangen met de uitleg van het bestanddeel 'kennelijk bestemd'. Sterker nog, zonder het verrichten van een gedraging met een middel dat kennelijk bestemd is tot het begaan van het voorgenomen misdrijf, zal het opzet van de dader in veel gevallen niet kunnen worden bewezen. Dit zou gezien het bovenstaande anders kunnen liggen bij een bekende verdachte of in gevallen waarin er sprake is van afspraken tussen de verschillende daders. In dat geval zou wel het opzet van de dader(s) kunnen worden afgeleid uit de verklaring of uit de resultaten van eventuele telefoontaps of andere af luistermethoden. Dan blijft echter de vraag over of dergelijke middelen eveneens toereikend kunnen zijn voor het bewijs van de kennelijk criminele bestemming. Daarbij komt tevens de vraag aan de orde in hoeverre het (aangetoonde)

70. Vgl. HR 6 februari 1951, NJ 1951, 475.

71. Vgl. HR 24 oktober 1978, NJ 1979, 52.

72. Vgl. HR 8 september 1987, NJ 1988, 612. De vraag of de verdachten dit onmiddellijk na de beschreven situatie willen doen, dan wel de uitvoering gezien de omstandigheden zullen uitstellen, is in dit verband minder terzake doende dan bij de vraag of er sprake was van een begin van uitvoering.

opzet van de dader medebepalend kan zijn voor het bewijs van deze bestemming.

6.2.3.5 Voorbereiding van deels droleuze deels culpose delicten

In de memorie van toelichting bij Wetsontwerp 22 268 werd betoogd dat de voorbereiding van deels droleuze deels culpose delicten in beginsel niet strafbaar kan zijn. Dit zou in de woorden van de wetgever anders kunnen zijn, indien de eigenlijke gedraging waarop de voorbereiding betrekking heeft slechts opzettelijk begaan kan worden, terwijl de culpa in de desbetreffende delictomschrijving betrekking heeft op een buiten de gedraging gelegen bestanddeel. Hierbij wordt gewezen op de door de Hoge Raad peeksgewijs aanvaarde strafbaarheid van poging tot schuldheiling in de zin van art. 417bis Sr. In hoofdstuk 2 is reeds betoogd dat bij deze opvatting vraagtekens kunnen worden gezet. Ten aanzien van de voorbereiding van een dergelijk delict worden de aldaar genoemde bezwaren nog sterker.

In dit verband lijkt het met name zinvol om te kijken naar de benadering van dergelijke delicten in het Engelse recht. De conspiracy is slechts strafbaar als de intention van de daders is gericht op alle bestanddelen van het grondfeit. Indien namelijk wordt aanvaard dat recklessness ten aanzien van bepaalde bestanddelen voldoende is, dan impliceert dit de mogelijkheid dat hetgeen de daders zijn overeengekomen, niet strafbaar is.⁷³

Deze visie lijkt ook op te gaan voor de voorbereiding van dergelijke delicten. Immers, indien iemand tijdens de voorbereiding slechts opzet heeft op het kopen van een goed, maar niet op het feit dat dit goed van diefstal afkomstig is, kan niet worden gezegd dat hij een misdrijf voorbereidt. Kenmerkend voor culpa is dat de dader het betreffende bestanddeel niet wil. Hier zou tegen kunnen worden ingebracht, dat bij de (schuld)heling in het geheel niet wordt gerept over willen.

6.2.4 In vereniging begaan

6.2.4.1 Algemeen

Het verenigd verband zoals dat tot 1 januari 2002 in art. 46 Sr was opgenomen, was subjectief geformuleerd. Het verband hoeft niet daadwerkelijk te zijn gevormd, het is voldoende dat de dader de 'intentie' heeft om het beoogde delict in vereniging te begaan. In het voorgaande is reeds betoogd dat een objectieve formulering van dit bestanddeel beter past bij de uitgangspunten van de wetgever. Hieronder zal nader worden ingegaan op de inhoud van de woorden 'in vereniging begaan'.

73. Zie hoofdstuk 5 § 5.3.4.5.

Zoals in hoofdstuk 2 reeds werd beschreven, was de opvatting van de wetgever over het onderhavige bestanddeel niet eenduidig. In de memorie van toelichting werd betoogd dat het hier gaat om een nieuwe term die is ingevoerd, 'opdat geen doleuze deelnemingsvorm wordt uitgesloten'. Voorts werd gesteld dat deze term een vergelijkbare inhoud zou hebben als de begrippen 'verenigde personen' (in art. 312 lid 2 Sr) of 'verenigde krachten' (in art. 141 lid 1 Sr).⁷⁴ Deze beide begrippen omvatten, zoals reeds eerder is betoogd, niet de deelnemingsvormen medeplichtigheid, uitlokking en doen plegen. Bovendien verschilt de uitleg van deze termen in de rechtspraak van de Hoge Raad sterk van elkaar. De betekenis van de term 'in vereniging' is derhalve minder eenduidig dan de wetgever op het eerste gezicht wil doen voorkomen. Daarnaast lijkt het weinig voor de hand liggend dat de deelnemingsvormen doen plegen en uitlokking onder het begrip 'in vereniging begaan' zouden vallen. De opvatting dat 'geen doleuze deelnemingsvorm wordt uitgesloten' lijkt zodoende moeilijk houdbaar.⁷⁵

De meest voor de hand liggende uitleg van de wil van de wetgever is, dat het beoogde misdrijf in de ogen van de voorbereider door twee of meer personen moet worden *uitgevoerd*. De voorbereiding door meerderen van een door een eenling uit te voeren misdrijf is volgens de memorie van antwoord niet strafbaar.⁷⁶ Het gezamenlijk uitvoeren van een misdrijf op basis van voorafgaande afspraken zal, gezien de geldende jurisprudentie, in de regel medeplegen opleveren. Niet alle vormen van medeplegen en medeplichtigheid zouden derhalve onder de term 'in vereniging begaan' vallen, maar alleen die gevallen waarin meerdere deelnemers bij de uitvoering van het misdrijf aanwezig zijn. Het medeplegen is door de Hoge Raad echter zodanig opgerekt dat vrijwel alle vormen van gelijktijdige medeplichtigheid daardoor zijn opgeslokt. Van doorslaggevend belang is daarbij, de vraag of een bijdrage is geleverd op basis van voorafgaande afspraken.⁷⁷ In de praktijk zal – in de ogen van de voorbereiders – dus vrijwel steeds sprake zijn van een uitvoering door meerdere medeplegers.

Gezien de memorie van toelichting, 'is niet vereist dat ieder van de samenwerkende personen op voet van intellectuele of fysieke gelijkheid in het verenigd verband participeert: van medeplegen in de zin van art. 47 van het Wetboek van Strafrecht behoeft geen sprake te zijn'.⁷⁸ In de eerste plaats dient hierbij te worden opgemerkt dat, gezien de jurisprudentie, voor medeplegen niet wordt vereist dat de samenwerkende personen op voet van intellectuele of fysieke gelijkheid in het verenigd verband participeren. Ook de samenwerking tussen iemand die de gehele delictomschrijving vervult of de delictshandeling verricht en een ander die bijvoorbeeld op de uitkijk staat kan medeplegen opleveren. Indien de bijdrage van ondergeschikte aard is, zou de deelnemingsvorm mede-

74. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268 nr. 3, p. 17.

75. Nog afgezien van het feit dat het Nederlandse strafrecht geen culpose deelnemingsvormen kent.

76. Zie Kamerstukken II 1991-1992, 22 268, nr. 5, p. 20: 'Juist is (...), dat niet onder de vigeur van het voorgestelde art. 46 zullen vallen: leden van een criminele groepering die wel tezamen het voorgenomen feit plannen, maar de uitvoering overlaten aan een enkele persoon.'

77. Zie o.a. HR 23 oktober 1990, NJ 1991, 328 en Van Toorenburg, a.w. (1998), p. 218-224.

78. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 17.

plichtigheid wellicht meer voor de hand liggen. Te denken valt bijvoorbeeld aan het voorzien van een brandkastkraker van eten en drinken, teneinde deze zijn werk onafgebroken te laten voltooien.

In de tweede plaats kan men zich afvragen of een dergelijke uitleg van dit bestanddeel het meest voor de hand liggend is in het licht van hetgeen de wetgever beoogde met het opnemen van een collectief element in de delictsomschrijving van art. 46 Sr. In de wetsgeschiedenis wordt betoogd dat het voorstel deel uitmaakt van de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit en zich niet beoogt te richten tegen louter eenmansacties.⁷⁹ Daarnaast wordt herhaaldelijk gewezen op de bijzondere gevaarstelling welke uitgaat van het groepsproces.

Wanneer het in de wetsgeschiedenis verdedigde standpunt wordt aangehouden, wordt de term 'in vereniging begaan' een begrip dat dwars door de deelnemingsvormen medeplegen en medeplichtigheid loopt. Enerzijds is dit begrip ruimer dan het medeplegen, omdat ook de gelijktijdige medeplichtigheid hieronder zou komen te vallen. Anderzijds is het twijfelachtig of iedere vorm van medeplegen door dit begrip wordt omvat. Met name de eerder genoemde passage uit de memorie van antwoord rechtvaardigt deze twijfel. Indien de voorbereiding door meerderen van een door een eenling uit te voeren misdrijf niet strafbaar is, lijken de meer functionele vormen van medeplegen te worden uitgesloten.⁸⁰ Zoals in het tweede hoofdstuk is beschreven kan een bijdrage in het voorbereidingsstadium reeds medeplegen opleveren. Tevens is dit voldoende voor het aannemen van het bestanddeel 'twee of meer verenigde personen' in onder andere art. 311 en 312 Sr.⁸¹ In het licht van de eerder genoemde beweringen in de memorie van toelichting lijkt het weinig aannemelijk dat de wetgever dergelijke vormen van medeplegen buiten het bereik van art. 46 heeft willen houden. Ook de ratio van de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen in het algemeen en die van het onderhavige bestanddeel in het bijzonder lijkt zich niet wezenlijk te verzetten tegen een uitleg die meer strookt met het medeplegen.

6.2.4.2 *Vergelijking met de buitenlandse regelingen*

De vergelijking met de bestudeerde buitenlandse regelingen zal zich op dit punt om voor de hand liggende redenen beperken tot het Duitse en Engelse recht. De Zwitserse regeling kent geen collectieve component. Bij een vergelijking op dit punt moet de nodige voorzichtigheid worden betracht, aangezien het collectieve element in het Nederlandse recht betrekking heeft op de uitvoeringsfase en niet zoals in het Duitse en Engelse recht op de voorbereidingsfase (de afspraak). Desondanks kunnen de overwegingen die hebben geleid tot de keuze voor een

79. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 17.

80. Zie Kamerstukken II 1991-1992, 22 268, nr. 5, p. 20: 'Juist is (...), dat niet onder de vigeur van het voorgestelde art. 46 zullen vallen: leden van een criminele groepering die wel tezamen het voorgenomen feit plannen, maar de uitvoering overlaten aan een enkele persoon.'

81. HR 17 november 1981, NJ 1983, 84 (containerdiefstal).

bepaalde oplossing, wellicht verhelderend werken voor de interpretatie van het Nederlandse recht.

De conspiracy beperkt zich niet tot één bepaalde vorm van participation. Vereist is dat in ieder geval één der partijen 'perpetrator' (of 'principal') zal zijn van het beoogde delict. Hierbij dient te worden aangemerkt dat de definitie van (joint) 'principal' aanmerkelijk enger is dan die van (mede)pleger het Nederlandse recht. Bovendien maakt het Engelse recht geen scherp onderscheid tussen perpetrators en 'secondary participators' en tussen de diverse vormen van 'secondary participation' onderling. Een beperking van de conspiracy tot een afspraak tussen beoogd principals lijkt binnen een dergelijk kader minder voor de hand liggend.

De Verabredung in het Duitse strafrecht (§ 30 StGB) is beperkt tot de afspraak tussen twee of meerdere Mittäter. Deze oplossing lijkt zowel te zijn ontleend aan de systematiek van de wet als aan de ratio voor strafbaarstelling van de Verabredung. Wetssystematisch vormt de Verabredung een onderdeel van de 'Versuch der Beteiligung'. Deze regeling sluit aan op de verschillende vormen van Täterschaft en Teilnahme. De Verabredung wordt in dat verband gezien als een poging tot Mittäterschaft. Daarnaast kent § 30 StGB onder meer de poging tot Anstiftung. De poging tot Beihilfe heeft men welbewust niet in deze regeling opgenomen.⁸²

De ratio van de beperking van de Verabredung tot de beoogd Mittäter hangt nauw samen met de straffeloosheid van de 'versuchte' of 'erfolglose Beihilfe'. De belangrijkste grond voor strafbaarstelling van de Verabredung is gelegen in de wederzijdse versterking van de wil om een strafbaar feit te begaan. Als gevolg van de afspraak zou de kans dat het feit daadwerkelijk wordt begaan groeien. De mogelijkheid om nog terug te komen op gemaakte plannen zou moeilijker worden indien meerdere personen bij deze plannen zijn betrokken. In de Duitse literatuur wordt in dit verband gesproken van een 'Willensbindung'. In de wetsgeschiedenis van art. 46 Sr wordt in vergelijkbare zin gesproken over 'de stuwkracht van het groepsproces'. Hierdoor zou de voltooiing van het misdrijf worden begunstigd, waardoor de kans op vrijwillig terugtreden van afzonderlijke leden kleiner wordt.⁸³ Deze gedachtegang lijkt met name van toepassing op de gevallen waarin de beoogd 'daders' elkaar wederzijds binden tot het begaan van een delict. Dit is wel het geval bij een afspraak tussen beoogd daders (i.c. medeplegers), maar niet bij een afspraak tussen een beoogd pleger en een medeplichtige. De toezegging tot medeplichtigheid zal de beoogd dader wellicht sterken in zijn voornemen om een delict te begaan, hij verbindt zich hierdoor niet jegens een ander om dit feit te begaan. Dit geldt uiteraard nog sterker voor een afspraak tussen twee personen om behulpzaam te zijn bij een door een derde te plegen delict. Een delict kan immers nooit worden begaan door louter medeplichtigen, zodat in een dergelijk geval nog niemand zich heeft verplicht tot het *begaan* van een strafbaar feit.

82. Zie hoofdstuk 3 § 3.4.2.2.

83. Zie Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, A, p. 5; Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr. 5, p. 10.

Binnen de Duitse leer van de Tatherrschaft lijkt deze benadering nog meer te overtuigen. Täter zijn zij die het ‘delictuele gebeuren’ (Tatbestandmäßige Geschehen) in de hand hebben. Zij die de totstandkoming van het delict naar hun wil kunnen laten aflopen, afbreken of remmen. Juist de verbinding tussen personen die een dergelijke invloed hebben op het uiteindelijk te begane feit, kan de kans op de daadwerkelijke totstandkoming van dat feit versterken. Doordat de Beihilfe evenals de medeplichtigheid niet wordt gezien als een vorm van daderschap, is het minder voor de hand liggend om de voorbereiding van deze deelnemingsvorm strafbaar te stellen.

6.2.4.3 Conclusies

Ten overvloede zij nogmaals gezegd dat de wetsgeschiedenis geen eenduidige oplossing geeft voor de interpretatie van het bestanddeel ‘in vereniging begaan’ in art. 46 Sr. Na beschouwing van de verschillende kamerstukken kan men concluderen dat de wetgever aanstuurt op een uitleg waarin de betrokkenheid van meerdere personen tijdens de uitvoeringsfase van het delict, wordt vereist. Een dergelijke benadering is echter niet onproblematisch. Enerzijds kunnen hierdoor bepaalde gevallen van medeplegen buiten dit begrip vallen. Anderzijds zou de voorbereiding van een delict, te plegen door één pleger die wordt bijgestaan door een medeplichtige die slechts een ondergeschikte bijdrage levert, wel onder de werking van art. 46 Sr vallen. De zorgvuldige voorbereiding door meerdere personen van een moordaanslag, waarbij uiteindelijk één iemand de trekker van een vuurwapen overhaalt, zal zodoende niet strafbaar zijn. Het geval waarin iemand alles alleen plant en voorbereidt, maar zich tijdens de uitvoering wil laten bijstaan door een ander die een ondergeschikte bijdrage levert, zal daarentegen wel onder de werking van art. 46 Sr vallen. Een dergelijke uitkomst lijkt moeilijk verdedigbaar in het licht van de hierboven geschetste ratio van deze bepaling.

Een mogelijke oplossing om meer aan deze ratio tegemoet te komen, is de koppeling van het bestanddeel ‘in vereniging begaan’ aan het medeplegen. Enerzijds vallen hierdoor de gevallen waarin meerdere personen zich intensief bezig houden met de voorbereiding van een delict, onder de werking van art. 46 Sr. Anderzijds worden op deze wijze de gevallen waarin slechts sprake is van een (beoogd) pleger die een delict wil begaan, ondersteund door één of meer medeplichtigen, buiten het bereik van dit artikel gehouden.

Hierbij lijkt een bewijsprobleem op te doemen. Hoe kan men in het voorbereidingsstadium reeds vaststellen of een geplande bijdrage, indien het tot de uitvoering van het beoogde delict zou zijn gekomen, medeplegen of medeplichtigheid zou opleveren? Gezien de wijze waarop in de jurisprudentie de grens wordt getrokken tussen het medeplegen en de gelijktijdige medeplichtigheid, hoeft het bewijs van deze vraag geen onoverkomelijke moeilijkheden op te leveren. De Hoge Raad lijkt bij het bepalen van de genoemde grens groot belang te hechten aan de vraag of een bepaalde bijdrage is geleverd op grond van vooraf

gemaakte afspraken. Zijn dergelijke afspraken reeds gemaakt, dan zal in de regel kunnen worden aangenomen dat het gezamenlijk uitvoeren van de plannen medeplegen zal opleveren. Hierboven is reeds betoogd dat de strafbaarstelling van een reeds tot stand gekomen verenigd verband ook materieelrechtelijk beter aansluit bij de ratio voor strafbaarstelling. De gevallen waarin een toezegging wordt gedaan om een ondergeschikte bijdrage te leveren welke slechts medeplichtigheid zou opleveren, is in deze optiek dus niet voldoende voor het bewijs van het bestanddeel ‘in vereniging begaan’. Hetzelfde zal hebben te gelden voor toezeggingen tot het leveren van bijdragen die voorafgaande medeplichtigheid opleveren, zoals het beschikbaar stellen van materialen of gegevens.

Een ander argument voor het gelijkschakelen van de term ‘in vereniging begaan’ met het medeplegen is gelegen in de wettelijke systematiek en de coherentie binnen het Wetboek van Strafrecht.⁸⁴ Gezien de plaatsing van de strafbaarstelling van voorbereiding in het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht ligt het voor de hand aansluiting te zoeken bij de algemene regeling van daderschap en deelneming. In dat geval zijn er verschillende keuzemogelijkheden. Men kan de voorbereiding van één bepaalde deelnemingsvorm strafbaarstellen of de voorbereiding van een optelsom van meerdere deelnemingsvormen. Het scheppen van een nieuwe deelnemingsvorm in het algemeen deel kan ten koste gaan van de rechtszekerheid. Met name indien een dergelijke deelnemingsfiguur niet of nauwelijks nader wordt gespecificeerd, ontstaat het risico van een ver uitdijend begrip waaraan weinig restricties worden verbonden. Zo zou men kunnen betogen dat, omdat er geen sprake behoeft te zijn van medeplegen, er dus ook geen sprake hoeft te zijn van een nauwe en volledige samenwerking tussen de verschillende personen die het beoogde delict in de voorstelling van de voorbereiders zullen begaan. Anderzijds kan worden betoogd dat het hier ook niet gaat om een gedraging die medeplichtigheid oplevert, zodat men tevens voorbij kan gaan aan de vereisten die art. 48 Sr stelt aan deze deelnemingsvorm. In dat geval zou iedere gedraging die in gezamenlijkheid wordt verricht het bestanddeel ‘in vereniging begaan’ kunnen opleveren, zonder dat vaststaat dat een dergelijke gedraging onder enige wettelijke deelnemingsvorm zou vallen, indien het voorgenomen delict daadwerkelijk zou worden uitgevoerd.

6.2.4.4 *Het schrappen van ‘in vereniging’*

Bij de ‘Wet van 20 december 2001 tot uitvoering van het op 9 december 1999 te New York totstandgekomen Internationaal Verdrag ter bestrijding van de financiering van terrorisme’ zijn de woorden ‘in vereniging’ uit het eerste lid van art. 46 Sr geschrapt. Zoals uit het bovenstaande mag blijken, kan dit worden beschouwd als een fundamentele wijziging en een aanmerkelijke verruiming van

84. Zie in dit licht tevens Kamerstukken II 1999-2000, 26 519, nr. 6, p. 4, inzake de wijziging van art. 141 Sr, waarbij de term ‘met verenigde krachten’ is vervangen door ‘in vereniging’. Door de regeling van de openlijke geweldpleging meer te doen aansluiten bij de jurisprudentie aangaande het medeplegen, wordt beoogd de innerlijke consistentie van het materiële strafrecht te vergroten.

de toch al niet onomstreden regeling van art. 46 Sr. Het mag daarom des te opmerkelijker heten dat aan deze wijziging ten tijde van de parlementaire behandeling nauwelijks aandacht is besteed.

In het oorspronkelijke ontwerp van de ‘wet van 20 december’ was nog geen sprake van het schrappen van de onderhavige bewoordingen. Nadat vanuit de VVD-fractie de vraag was gesteld of het verdrag ook voorzag in een beperking tot de gevallen waarin het beoogde misdrijf in vereniging zou worden begaan, boog de regering zich nogmaals over de bepaling van art. 46 Sr. Vervolgens werd besloten om op dit punt alsnog een wijziging voor te stellen. Hierbij werd aangetekend dat het schrappen van de eis van het ‘in vereniging begaan’ ook overigens een verbetering oplevert, omdat onvoldoende duidelijk is waarom voorbereiding van een door een enkeling uit te voeren misdrijf als zozeer minder strafwaardig aangemerkt zou dienen te worden, dat toepassing van art. 46 Sr is uitgesloten.⁸⁵ Zonder hier verder veel woorden aan vuil te maken, werd de voorgestelde wijziging aangenomen. Slechts vanuit de fractie van GroenLinks, werd de ongerustheid uitgesproken over de verdere uitbreiding van de strafbare voorbereiding. Deze bezwaren werden door de minister afgedaan met de opmerking dat het bestanddeel ‘in vereniging’ in art. 46 Sr ‘geen wezenlijke inperking’ betrof, omdat deze bewoordingen niet betrekking hadden op de voorbereiding, maar op het uit te voeren misdrijf.⁸⁶ Zoals hierboven reeds betoogd, had het in het licht van de uit de wetsgeschiedenis blijkende uitgangspunten van art. 46 Sr meer voor de hand gelegen om het verenigd verband te betrekken op het voorbereidingsstadium. Schijnbaar zonder dat de wetgever zich nog rekenschap heeft gegeven van de achtergronden van deze strafbaarstelling, is de grens van strafrechtelijke aansprakelijkheid verder opgeschoven ten behoeve van de implementatie van bovengenoemd verdrag.

Een belangrijk in de wetsgeschiedenis bij Wetsontwerp 22 268 genoemd argument voor het opnemen van het bestanddeel ‘in vereniging’ was gelegen in de bewijsbaarheid. De toenmalige wetgever was van mening dat een eenmansactie normaliter slechts bewijsbaar zal zijn, indien reeds concrete uitvoeringshandelingen zijn verricht.⁸⁷ Wanneer dit werkelijk het geval zou zijn, zou het schrappen van de woorden ‘in vereniging’ geen enkel effect sorteren, omdat de bewijsbare eenmansacties reeds strafbaar waren als poging.

Na het schrappen van deze bewoordingen lijkt desondanks waakzaamheid geboden. Het bestanddeel ‘in vereniging’ was één van de wezenlijke objectieve inperkingen van de reikwijdte van art. 46 Sr. Met het schrappen van deze woorden lijkt een restrictieve interpretatie van de andere beperkende bestanddelen ‘opzettelijk’ en ‘kennelijk bestemd’ meer nog dan voorheen op zijn plaats. De interpretaties die in het kader van de genoemde wijziging aan de overige be-

85. Kamerstukken II 2001-2002, 28 031, nr. 5, p. 4.

86. Kamerstukken II 2001-2002, 28 028 enz., nr. 14, p. 11 en 26.

87. Kamerstukken II 1991-1992, 22 268, nr. 5, p. 9.

standdelen worden gegeven, lijken echter op een tegengestelde beweging te duiden.⁸⁸

6.3 Poging een ander te bewegen om een misdrijf te begaan (art. 46a Sr)

6.3.1 Inleiding

In het kader van dit onderzoek naar de strafbare voorbereiding in het algemeen deel van het wetboek van strafrecht, kan een bespreking van art. 46a Sr niet achterwege blijven. Deze bepaling stelt, evenals art. 46 Sr, gedragingen strafbaar welke nog geen begin van uitvoering vormen van een voorgenomen misdrijf.

Anders dan het huidige art. 46 Sr, kent de mislukte uitlokking een relatief lange geschiedenis in de jurisprudentie en literatuur. In het onderstaande wordt daarom niet beoogd deze bepaling uitputtend te behandelen. Het betoog zal zich toespitsen op een aantal tot op heden onderbelichte punten. Daarnaast zal op een aantal onderdelen een van de huidige leer afwijkend standpunt worden verdedigd.

6.3.2 Ratio voor strafbaarstelling

Volgens de memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat heeft geleid tot de invoering van het oude art. 134bis (oud), is de rechtsgrond voor strafbaarstelling van de ‘mislukte uitlokking’ gelegen in het op kwade gedachten brengen van een ander. ‘Het enkele feit, dat men iemand, bij wien anders de gedachte aan een strafbaar feit wellicht niet zou zijn opgekomen, tot een misdrijf tracht te verleiden, is van zo ernstige aard, dat ingrijpen van den strafrechter niet achterwege mag blijven’.⁸⁹ Opmerkelijk is dat in de wetsgeschiedenis slechts de strafwaardigheid van de verleidingshandeling als grond wordt genoemd. Waarom deze verleidingshandeling zo strafwaardig is, wordt niet vermeld.

Nu het vroegere art. 134bis Sr mede is geïnspireerd door § 49a StGB (oud), is een vergelijking met de Duitse regeling op zijn plaats. In het Duitse recht treft men een vergelijkbare rechtsgrond aan voor de strafbaarstelling van ‘versuchte Anstiftung’. Hierbij richt men zich echter niet alleen op het teweegbrengen van ‘kwade gedachten’, maar kijkt men tevens naar de verhoogde gevaarzetting die uitgaat van het aanzetten van een ander tot het begaan van een strafbaar feit. De grondslag voor strafbaarstelling van de poging tot uitlokking in het Duitse recht is mede gelegen in het feit dat door de uitlokker een proces in gang wordt gezet waarvan hij het verdere verloop uit handen heeft gegeven. De kans op voltooiing van het delict wordt verhoogd, doordat deze niet langer louter afhankelijk is van de wil van de uitlokker. Anders gezegd, heeft degene die een ander poogt te

88. Zie hierboven § 6.2.2.5.

89. Kamerstukken II 1923-1924, 189, nr. 3, p. 1.

bewegen tot het begaan van een misdrijf een proces op gang geholpen waarover hij niet langer de 'Herrschaft' heeft. Deze tweede grond voor strafbaarstelling kan de basis vormen voor de oplossing van een aantal vragen die opdoemen bij de interpretatie van art. 46a Sr.

6.3.3 Reikwijdte en strafmaximum

Wanneer in ogeschouw wordt genomen dat art. 46 gedragingen met straf bedreigt, welke in het voorveld liggen van de strafbare poging, en welke zelfs verder van het uitvoeringsstadium zijn verwijderd dan de strafbare voorbereiding, is de reikwijdte van deze bepaling opmerkelijk ruim. Is de voorbereiding slechts strafbaar bij misdrijven waarop een maximum gevangenisstraf staat van acht jaren of meer, de poging tot uitlokking bestrijkt alle misdrijven, zelfs die waarbij een poging niet strafbaar is. De achterliggende gedachte van dit ruime bereik is dat de rol van de uitlokker in sommige gevallen kwalijker wordt bevonden dan die van de uitvoerder.⁹⁰

Gezien het feit dat het hier gaat om gedragingen in het stadium voorafgaande aan het begin van uitvoering, is het op art. 46 Sr gestelde strafmaximum eveneens opmerkelijk. Poging een ander te bewegen tot het begaan van een misdrijf wordt met dezelfde straf bedreigd als de poging tot dat misdrijf. Indien de poging tot het grondfeit niet strafbaar is, is de straf op de poging een ander tot dit misdrijf te bewegen gelijk aan de strafmaat gesteld op het grondfeit.

Dit laatste lijkt vanuit een meer objectief oogpunt inconsistent. Waar bij sommige misdrijven de poging blijkbaar niet strafwaardig wordt geacht, blijkt de poging tot uitlokking van diezelfde misdrijven relatief zwaarder te worden bestraft dan de poging tot uitlokking van misdrijven waartoe de poging wél strafbaar is. Deze inconsistentie lijkt eveneens te berusten op de gedachte dat de rol van de uitlokker kwalijker kan zijn dan die van de uitvoerder. Deze gedachte lijkt echter te berusten op een overwegend subjectieve grondslag. De toenmalige minister van justitie betoogde dat, 'degene die de uitlokking heeft gepleegd even schuldig is als hij zou zijn, wanneer de mishandeling voltooid was geworden'.⁹¹ Dit nu lijkt in strijd te komen met het gematigd objectieve karakter van ons strafrecht, waarbij de strafwaardigheid niet alleen wordt gebaseerd op de subjectieve gesteldheid van de dader, maar mede op de gevolgen van zijn gedrag.

In dit verband verdient ook de strafmaat van art. 46a Sr aandacht. Wanneer wij deze vergelijken met de strafmaat van art. 46 Sr valt het op dat de medepleger, wanneer zijn gedrag in het voorbereidingsstadium blijft steken, minder zwaar kan worden gestraft dan de 'uitlokker'. Bovendien maakt het voor de ten aanzien van de 'uitlokker' geldende strafmaat geen verschil of het feit strandt in het voorbereidingsstadium of in het uitvoeringsstadium. In beide gevallen wordt het strafmaximum van het grondfeit met een derde verminderd. Ook aan deze regeling lijkt een subjectief gedachtegoed ten grondslag te liggen.

90. Kamerstukken II 1923-1924, 189, nr. 4, p. 4; HTK 21 mei 1924, p. 2146-2147.

91. HTK 21 mei 1924, p. 2146.

In diverse passages in de wetsgeschiedenis wordt de gedachte uitgesproken dat de rol van de uitlokker vaak verwerpelijker is dan die van de uitvoerder.⁹² Hierbij pleegt men te refereren aan het feit dat de uitlokker het 'vuile werk' aan anderen overlaat. Dit waardeoordeel over de rol van de uitlokker lijkt eerder gebaseerd op gevoelens van moraliteit dan op objectieve aanwijzingen met betrekking tot de strafwaardigheid van de rol van de uitlokker. Dat men in de regel minder sympathie kan opbrengen voor degene die het vuile werk aan anderen overlaat, staat mijns inziens los van de vraag in hoeverre het gedrag van de uitlokker in zijn algemeenheid strafwaardiger kan worden geacht dan dat van andere deelnemers. Indien deze vraag bevestigend zou moeten worden beantwoord, ligt het voor de hand om ook bij het voltooide delict een algemene strafverzwarringsgrond aan te nemen voor de uitlokker.

Wellicht zou kunnen worden betoogd dat de uitlokker juist in het voorbereidingsstadium een zwaardere rol heeft dan de andere deelnemers. Een dergelijk betoog strandt echter op het feit dat dit laatste eveneens geldt voor de medeplegers c.q. samenspanners. Met de strafbaarstelling van samenspanning is de wetgever echter uitermate terughoudend geweest.

6.3.4 Voorwaarden voor strafbaarheid

6.3.4.1 *Gebruik van de in art. 47 Sr opgesomde middelen*

Niet iedere poging om een ander over te halen tot het begaan van een misdrijf is strafbaar op grond van art. 46a Sr. Alleen indien hierbij gebruik wordt gemaakt van een der in art. 47 Sr opgesomde middelen, is dit gedrag strafbaar. Een vraag welke tot nu toe naar Nederlands recht onderbelicht is gebleven, is waar de poging tot uitlokking begint. Bij de aanwending van een der middelen of bij de inwerking op de beoogd uitvoerder? In de Duitse rechtspraak wordt voor de beantwoording van dit vraagstuk aansluiting gezocht bij de regeling van de *Versuch*. Voor een begin van versuchte *Anstiftung* wordt vereist dat de 'Anstifter' 'unmittelbar ansetzt zur Verwirklichung der Anstiftung'. Een benadering welke parallel loopt aan de afgrenzing tussen voorbereiding en poging lijkt ook naar Nederlands recht voor de hand te liggen. In dat geval zou er sprake zijn van trachten een ander te bewegen tot het begaan van een misdrijf, wanneer de dader (lees uitlokker) een gedraging heeft verricht welke naar haar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op het bewegen van een ander om een misdrijf te begaan. Hierbij kan rekening gehouden worden met het feit dat een beoogde uitlokking vaak in het verborgene zal plaatsvinden. Een relativering van het Cito-criterium lijkt in dit verband derhalve op zijn plaats.⁹³

92. Kamerstukken II 1923-1924, nr. 3, p. 189; HTK 21 mei 1924, p. 2146-2147.

93. Vgl. HR 2 december 1992, NJ 1993, 321 ('Videodozen').

6.3.4.2 'een misdrijf te begaan'

In HR 29 juni 1971, NJ 1972, 232 overwoog de Hoge Raad dat onder 'bewegen een misdrijf te *begaan*' in art. 134bis (oud) Sr niet viel de poging een ander te bewegen tot medeplichtigheid.⁹⁴ Deze conclusie werd onderbouwd met een overwegend formalistische argumentatie. Op grond van de tekst van het tweede lid van art. 134bis, nam de Hoge raad aan dat de wetgever het woord misdrijf in deze bepaling kennelijk niet had gebezigd in de zin van art 78 Sr. Uit de bevoordingen 'indien een *misdrijf* of een strafbare *poging* daartoe niet is gevolgd' trok ons hoogste rechtscollege de conclusie dat het woord misdrijf hier in een engere betekenis is gebruikt, waarvan de poging en medeplichtigheid geen deel uitmaken. Met name op grond van deze formalistische benadering, is op dit arrest de nodige kritiek geleverd.⁹⁵ Desondanks lijkt het standpunt dat de poging een ander te bewegen tot medeplichtigheid niet onder de werking van art. 46a Sr valt, op systematische gronden verdedigbaar.

Hierbij dient men in ogeschouw te nemen dat het concept van de strafbare poging tot uitlokking is ontleend aan het Duitse recht. De strafbaarstelling van de poging tot uitlokking is in het Duitse recht mede gebaseerd op het feit dat hierdoor een proces in werking wordt gezet waarover de uitlokker niet langer de 'Herrschaft' heeft. Daarom is hier het onderscheid tussen Täterschaft en Teilnahme van groot belang. Indien iemand een ander slechts aanzet tot medeplichtigheid (Beihilfe) aan een Verbrechen, verliest hij nog niet de Herrschaft. Een strafbaar feit kan immers niet worden begaan door enkel medeplichtigen.

Bij de poging tot uitlokking van een (beoogd) pleger (Täter) ligt dit anders. In dat geval geeft de uitlokker wel de sturende macht over het verdere verloop van het delict uit handen. Hierdoor ontbreekt bij de poging tot uitlokking van medeplichtigheid in ieder geval één van de gronden voor strafbaarstelling van de poging tot uitlokking. Deze gedraging lijkt daarmee op zijn zachtst gezegd minder strafwaardig dan de poging tot uitlokking tot (mede)plegen.

Weliswaar vormt de 'Tatherrschaft' vooralsnog geen in het Nederlandse recht erkend criterium ter afscheiding van medeplegen en medeplichtigheid, dit neemt niet weg dat ook tussen deze twee 'deelnemingsvormen' een principieel onderscheid bestaat. De medeplegers begaan immers gezamenlijk het delict. Zij vervullen in hun gezamenlijkheid de delictsomschrijving. Dit laatste kan niet worden gezegd van de medeplichtigen. Zo gezien vormt de poging tot uitlokking van medeplichtigheid een minder gevaarzettende gedraging dan de poging tot uitlokking van (mede)plegen. Door het 'bewegen' tot medeplichtigheid is weliswaar een 'onschuldige' ziel op kwade gedachten gebracht, hiermee is echter niet een proces in werking gezet waarover de uitlokker de sturende werking heeft verloren. Bovendien kan op grond van de hier gevolgde redenering ook op minder formalistische gronden worden betoogd dat hij die een ander poogt te bewe-

94. HR 29 juni 1971, NJ 1972, 232.

95. Zie o.a. de annotatie van Bronkhorst onder NJ 1972, 232.

gen tot medeplichtigheid, niet beweegt tot een misdrijf. Men kan immers eenvoudigweg geen misdrijf begaan met louter medeplichtigen.

Van Veen heeft zich naar aanleiding van bovengenoemd arrest op het standpunt gesteld dat poging tot uitlokking van medeplichtigheid aan een misdrijf dat de uitlokker zelf wil plegen niet strafbaar was op grond van art. 134bis.⁹⁶ Ware dat wel het geval, dan zou dit leiden tot een verkapte strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen en daarvoor was art. 134bis Sr naar zijn mening niet geschikt. De poging tot uitlokking van medeplichtigheid aan een door een ander te plegen delict zou naar zijn mening wel onder de werking van art. 134bis vallen. Dit standpunt kan ik in zoverre onderschrijven dat het zoeken naar medeplichtigen in de voorbereidingsfase meer het karakter heeft van een voorbereidingshandeling dan de poging om een ander te bewegen een misdrijf te plegen. Het verwerven van voor het begaan van het misdrijf bestemde voorwerpen zal immers in veel gevallen een poging tot uitlokking van medeplichtigheid betekenen. Dit is het geval wanneer de voorbereider opzet heeft op het eventueel doen ontstaan van opzet tot behulpzaamheid aan het misdrijf bij een ander.⁹⁷

Naar mijn mening valt er echter geen principieel onderscheid te maken tussen het 'werven' van medeplichtigen voor het 'eigen' delict en het geval waarin men hetzelfde doet ten behoeve van een door een ander te plegen delict. In de meeste gevallen van poging tot uitlokking van medeplichtigheid zal de dader dit doen ten behoeve van een delict waarvan hijzelf pleger of medepleger zal zijn. Mijns inziens is dit geen bijzonder geval – zoals Van Veen betoogt – maar juist de hoofdregel.⁹⁸ Zelfs wanneer men niet voornemens is om zelf betrokken te zijn bij de uitvoering van het beoogde delict, kan het in overleg met anderen werven van medeplichtigen, indien het beoogde misdrijf wordt uitgevoerd, medeplegen opleveren. Het lijkt mij een tegenstrijdigheid om in de zeldzame gevallen waarin men medeplichtigen voor een ander werft, wel strafbaarheid aan te nemen. Waarom zou immers de voorbereiding van een 'eigen' delict niet strafbaar zijn en de voorbereiding van 'andermans' delict wel?⁹⁹

6.3.4.3 *Poging tot medeplichtigheid en opzet op het doen ontstaan van het voornemen (opzet) om een misdrijf te begaan bij een ander*

Over de vraag of de poging tot medeplichtigheid onder de werking van art. 46a Sr valt, bestaat geen twijfel. In het 'Zuringzout-arrest' overwoog de Hoge Raad dat degene die een ander, die reeds vastbesloten is tot het begaan van een misdrijf, bij de uitvoering van dit misdrijf behulpzaam wil zijn, niet strafbaar is op grond van art. 134bis Sr. Met andere woorden, de voorbereidende medeplichtig-

96. Th.W. van Veen, *Mislukte uitlokking tot medeplichtigheid niet strafbaar?*, DD 1973, p. 30-37.

97. Hierbij dient tevens in ogenschouw te worden genomen dat de wetgever ook in de voorbereidingsfase voorwaardelijk opzet toereikend acht. Zoals reeds eerder betoogd, onderschrijf ik dit standpunt niet.

98. Zie Van Veen, DD 1973, p. 34.

99. Ik merk hierbij op dat Van Veen deze laatste vraag met betrekking tot art. 46 Sr juist in omgekeerde zin beantwoordt. Zie Th.W. van Veen, *art. 46 e.v. Sr: De gaten in de kaas*, DD 1995, p. 368 e.v.

heid is, zolang geen misdrijf of een strafbare poging daartoe tot stand is gekomen, niet strafbaar op grond van art. 46a Sr.¹⁰⁰ De poging iemand te sterken in zijn voornemen een misdrijf te begaan door het aanbieden van hulp, kan niet worden aangemerkt als een poging om een ander te bewegen een misdrijf te begaan. Wél is het mogelijk om iemand die reeds tot het begaan van een misdrijf geneigd is of bij wie de algemene bereidheid aanwezig is tot het begaan van bepaalde misdrijven (bijvoorbeeld een huurmoordenaar) te bewegen een misdrijf te begaan.

Minder eenduidig is de Hoge Raad in zijn standpunt ten aanzien van de vraag of onder ‘trachten te bewegen een misdrijf te begaan’ ook valt, het geval waarin degene die men tracht te bewegen een misdrijf te begaan reeds vastbesloten is, maar de ‘uitlokker’ in onwetendheid verkeert omtrent deze omstandigheid. Naar aanleiding van het ‘Zuringzout-arrest’ wordt in de literatuur vrij algemeen aangenomen dat dit niet het geval is. Bij nadere lezing van dit arrest, lijkt deze conclusie minder voor de hand te liggen. De Hoge Raad overweegt in genoemd arrest onder meer het volgende:

‘(...) trachten te bewegen in art. 134bis doelt op het bewegen van iemand die door de in dat artikel genoemde middelen bewogen wordt, terwijl uit niets blijkt dat men onder de bedoelde woorden meer dan dit heeft willen verstaan of begrijpen;
dat derhalve het trachten te bewegen moet worden opgevat als het uitlokken dat het voornemen een misdrijf te begaan bij een ander ontstaat, zodat, *nu het Hof niet bewezen achtte dat gerekw. het opzet had dat voornemen tot het begaan van het misdrijf te doen ontstaan* (mijn curs. PS) en op die grond vrijsprak, niet blijkt dat het hof gerekw. van iets anders heeft vrijgesproken dan haar was telastegelegd, (...)’

De vraag hoe de Hoge Raad zou hebben geoordeeld, indien gerekwireerde wel het genoemde opzet had, maar de ander reeds vastbesloten was het misdrijf te begaan, blijft hierdoor in het midden. In beginsel maakt het voor de gedraging (en het opzet) van verdachte niet uit of de beoogd uitvoerder reeds tot het misdrijf besloten was of dat deze nimmer bereid zou zijn tot het begaan van een dergelijk feit. Een voorbeeld kan dit wellicht verduidelijken. A biedt B € 10.000 indien hij C vermoordt. B komt niet tot een begin van uitvoering van de moord, maar de zaak komt desondanks aan het licht. Ter terechtzitting verklaart B dat hij al tijden van plan was C uit de weg te ruimen en dat hij de € 10.000 dankbaar heeft aangenomen, maar dat dit aan zijn besluit niets heeft toegevoegd of veranderd. A had wel degelijk het opzet om bij B het voornemen tot het begaan van een misdrijf te doen ontstaan. In zijn ogen heeft hij getracht B te bewegen een moord te begaan. Aansluitend bij de regeling van de poging, zou nog kunnen worden aangevoerd, dat er in het onderhavige geval sprake is van een ondeugdelijk object. Mijns inziens is in dat geval eerder sprake van een relatief dan van een absoluut ondeugdelijk object, zodat de dader niet straffeloos zou zijn.

100. HR 15 juni 1965, NJ 1966, 145, m.nt. Pompe; Van Veen, DD 1973, p. 30-37.

6.3.4.4 *Poging tot uitlokking versus poging tot doen plegen en doen plegen van poging*

In tegenstelling tot het Duitse strafrecht, wordt in het Nederlandse strafrecht nauwelijks aandacht besteed aan de poging tot doen plegen. De verklaring hiervoor is hoogstwaarschijnlijk gelegen in het feit dat men er in Nederland algemeen vanuit gaat dat art. 46a Sr alle vormen van poging tot doen plegen bestrijkt.¹⁰¹ Wanneer wij echter de strekking van art. 46a nader in ogenschouw nemen, lijkt deze veronderstelling niet in alle gevallen gerechtvaardigd. De ratio van art. 134bis was immers gelegen in het op kwade gedachten brengen van een ander. Indien het opzet om het voornemen tot het begaan van een misdrijf te doen ontstaan ontbreekt, is er dus geen sprake van een poging een ander te bewegen om een misdrijf te begaan. Zo gezien lijkt de heersende opvatting dat ook de poging tot doen plegen onder de werking van deze bepaling valt, in zijn algemeenheid onjuist. Weliswaar lijkt de vraag of de uitvoerder straffeloos zou zijn geweest, indien hij wel tot een begin van uitvoering zou zijn gekomen een hypothetische en daarmee een irrelevante. Wanneer men echter probeert om iemand door misleiding zover te krijgen dat hij een strafbaar feit realiseert zonder dat deze laatste hier weet van heeft, is er geen sprake van een poging om bij een ander het voornemen (opzet) te doen ontstaan tot het begaan van een misdrijf. In het algemeen zou daarom kunnen worden gesteld dat, indien de 'dader' van art. 46a Sr op de hoogte is van het ontbreken van het opzet bij de beoogd uitvoerder, art. 46a Sr niet van toepassing is.

Met name in de klassieke gevallen van doen plegen waarin de uitvoerder wordt gebruikt als een willoos of onwetend instrument, is derhalve geen sprake van een ander 'bewegen'. Art. 46a Sr is in deze gevallen dus niet van toepassing. Er dient dus te worden bekeken wanneer in deze gevallen sprake is van een begin van uitvoering in de zin van art. 45 Sr. Hierbij zal rekening moeten worden gehouden met de omstandigheid dat de dader geen pleger, maar doen pleger is. Drie verschillende mogelijkheden zullen hieronder worden besproken.

In de eerste plaats zou het begin van uitvoering kunnen worden gelegd op het moment waarop de doen pleger begint met het inwerken op de beoogd uitvoerder. Deze mogelijkheid dient echter van de hand te worden gewezen, omdat dit niet strookt met het geldende recht ten aanzien van de strafbare poging. In veel gevallen zal het begin van inwerken op de uitvoerder slechts een voorbereidingshandeling zijn en geen gedraging welke naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het voorgenomen misdrijf. Bovendien kan het eerste moment van inwerken ver voor de eigenlijke uitvoeringshandelingen van het beoogde delict liggen.

Een tweede mogelijkheid is om het begin van uitvoering te leggen op het moment dat de uitvoerder tot een 'begin van uitvoering' is gekomen in de zin van art. 45 Sr. In dat geval zou men moeten spreken van doen plegen van een poging. Over de vraag of in een dergelijk geval reeds sprake is van een strafbare

101. Zie o.a. Pompe, annotatie bij HR 20 juni, 1961, NJ 1962, 18 (Leraren-arrest); M.E.W. Muskens, *Poging tot deelneming, deelneming aan poging*, in: J.L. van der Neut (red.), *Daderschap en deelneming*, (derde druk) Arnhem 1993, p. 150.

poging zal weinig verschil van mening bestaan. De hier gehanteerde maatstaf kan echter tot ongewenste hiaten in de strafbaarheid leiden. Zolang degene die men wil bewegen niet tot een begin van uitvoering is gekomen, blijft strafbaarheid uit, ook al heeft de achterman naar uiterlijke verschijningsvorm alles gedaan wat hij in zijn ogen heeft moeten doen om het feit te voltooien. Een voorbeeld van een dergelijk hiaat deed zich voor in de casus die leidde tot het 'Leraar-arrest'.¹⁰² Door het inleveren van examenwerk dat niet door de kandidaat zelf was gemaakt, beoogde rekwirant in strijd met de waarheid een diploma te laten opmaken. Degene die het diploma zou opmaken zou in dat geval in onwetendheid verkeren omtrent de valsheid van het opgemaakte stuk. Het bedrog kwam echter voortijdig uit en de 'opmaker' kwam niet tot een begin van uitvoering van het beoogde misdrijf. Duidelijk was dat de verdachte alles had gedaan dat zijnerzijds nodig was voor de voltooiing van het beoogde feit. Het enige dat ontbrak was de gedraging van iemand die zelf geen strafbaar feit zou begaan. Hantering van art. 134bis zou in dit geval geen soelaas hebben geboden. Er was immers geen poging gedaan om iemand 'te bewegen' een misdrijf te begaan. Wel zou kunnen worden gesteld dat de dader reeds een gedraging had verricht, welke naar uiterlijke verschijningsvorm was gericht op voltooiing (door een ander) van het misdrijf van art. 225 Sr.

Blijkbaar dient in dit geval het voor de strafbare poging gehanteerde Cito-criterium enigszins te worden gerelativeerd, teneinde het toe te kunnen passen in gevallen waarin een poging wordt begaan door middel van een tussenpersoon bij wie geen opzet aanwezig is. Hierbij dient de vraag te worden beantwoord *wie* in een dergelijk geval een gedraging moet hebben verricht welke naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het voorgenomen feit. Wanneer we ons bij de beantwoording van deze vraag louter blijven richten op de fysiek uitvoerder kan dit leiden tot de eerder genoemde hiaten. Van een onwetende uitvoerder kan immers moeilijk worden gezegd dat zijn gedraging is *gericht* op voltooiing. Zonder een wil om het feit te begaan, lijkt een daarop gerichte gedraging immers onbestaanbaar. We zullen ons vizier daarom veeleer moeten richten op de gedragingen van de achterman, de dader zelf. Bekeken zal moeten worden of *hij* reeds een gedraging heeft verricht welke naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing.

In het Duitse recht wordt in deze gevallen een 'Versuch in mittelbarer Täterschaft' aangenomen, wanneer de 'achterman' alles heeft gedaan wat hij nodig acht voor de voltooiing van het feit (door de beoogd uitvoerder).¹⁰³ Deze oplossing sluit aan bij de leer van de Tatherrschaft. Bepalend is het moment waarop de 'Täter' het verdere verloop van het delict uit handen geeft.

Het aannemen van een strafbare poging in een dergelijk geval stuit dogmatisch wellicht op minder bezwaren, wanneer wordt aanvaard dat doen plegen geen accessoire deelnemingsvorm is maar veeleer een zelfstandige vorm van daderschap of van 'plegen'. In dat geval kan worden onderkend dat het hier niet

102. HR 20 juni 1961, NJ 1962, 18.

103. Vgl. de definitie van de 'voltooide poging'.

gaat om een poging tot deelneming. Hierdoor wordt de mogelijkheid geschapen de strafbaarheid van de poging tot doen plegen te beoordelen buiten de kaders van art. 46a Sr. Juist in de 'klassieke' gevallen van doen plegen staat de gedraging van de doen pleger en niet die van de uitvoerder centraal. De uitvoerder is in dat geval instrument in handen van de doen pleger. Van accessoriteit in de zin van afhankelijkheid van een grondfeit kan in dat geval geen sprake zijn. De doen-pleger begaat immers zijn 'eigen' feit; weliswaar niet onmiddellijk, maar door middel van een ander. Anders dan bij de uitlokking is de voltooiing van het feit alleen afhankelijk van een *gedraging* en niet mede van een *wilsbesluit* van die derde.

Dit eenmaal onder ogen ziend, lijkt er geen principieel verschil aanwezig tussen de situatie waarin nog een gedraging van een derde is vereist en de situatie waarin een gedraging van het beoogde slachtoffer noodzakelijk is voor voltooiing van het voorgenomen misdrijf. Een voorbeeld vermag dit verduidelijken. Stel dat A ter uitvoering van zijn voornemen om B van het leven te beroven een dodelijk gif toevoegt aan de maaltijd van B en vervolgens het geheel in de koelkast van B plaatst. Het enige dat nog moet gebeuren voor de voltooiing van het delict is dat B de maaltijd uit de koelkast haalt, het geheel opwarmt in de magnetron en vervolgens tot zich zal nemen opdat de dood zal intreden. Een begin van uitvoering in de zin van art. 45 Sr zal mijns inziens kunnen worden aangenomen op het moment dat A zijn gedraging heeft afgerond en zich uit de woning van B verwijderd. Op dat moment onttrekt hij zich aan het verdere causale verloop van het feit. Dit is naar mijn mening niet anders indien niet B zelf, maar diens vrouw de maaltijd opwarmt en opdient. Een uitzondering kan worden gemaakt voor de gevallen waarin een groot tijdsverloop aanwezig is tussen het afronden van de gedragingen van de dader en de gedraging welke uiteindelijk tot het intreden van de dood zal moeten leiden. Deze uitzondering zal echter evenzeer hebben te gelden wanneer er geen tussenpersoon aanwijsbaar is.

In dit verband dient tevens te worden gewezen op de ontwikkeling van het functioneel daderschap, waardoor het doen plegen onder omstandigheden kan worden aangemerkt als plegen. Illustratief is hier het reeds eerder genoemde HR 29 mei 1990, NJ 1991, 217. De Hoge Raad liet een veroordeling van een arts wegens plegen van moord in stand, terwijl de feitelijke (uitvoerings)handelingen werden overgelaten aan assistenten en/of verpleegkundigen. Op het eerste gezicht is het gebeurde een schoolvoorbeeld van doen plegen. Desondanks lijkt de rechtspraak geen bezwaren te zien om in een dergelijk geval plegen aan te nemen. De deelnemingsvorm doen plegen lijkt zodoende op te gaan in het meer functioneel uitgelegde plegen. Een poging tot doen plegen is in dat geval ook weinig anders dan een (functionele) poging tot plegen.

Door functionele interpretatie van de delictshandeling kan ook de uitvoeringshandeling worden teruggevoerd op het gedrag van de achterman. Wanneer de delictshandeling wordt gezien als het bewerkstelligen van het strafbare feit, verschuift ook bij de vraag of er sprake is van een begin van uitvoering het vizier van de onmiddellijk pleger in de richting van de achterman. Deze laatste is

immers, zeker bij de eerdergenoemde klassieke gevallen van doen plegen, de ‘echte’ dader. Hij is degene die de delictsomschrijving vervult en het lijkt derhalve niet meer dan logisch om het begin van uitvoering te destilleren uit *zijn* gedrag.

Tot slot dient nogmaals te worden benadrukt dat het bovenstaande slechts van toepassing is op de meer klassieke gevallen van doen plegen, waarin de uitvoerder als willoos of onwetend werktuig wordt gebruikt. Indien de uitvoerder wel het opzet heeft op de vervulling van de delictsomschrijving, zal men in de regel moeten afgaan op het gedrag van deze uitvoerder, die – indien het beoogde feit tot uitvoering wordt gebracht – immers zelf als dader zal kunnen worden aangemerkt. Indien deze ‘dader’ nog geen uitvoeringshandeling heeft verricht, zal de strafbaarheid van de achterman moeten worden gebaseerd op art. 46a Sr, ongeacht de vraag of de uitvoerder strafbaar zou zijn geweest.¹⁰⁴

6.4 Vrijwillige terugtred (art. 46b Sr)

6.4.1 Inleiding

Uit de wetsgeschiedenis van art. 46 e.v. Sr kan worden afgeleid dat de ‘nieuwe’ regeling van de vrijwillige terugtred is gebaseerd op de Duitse regeling.¹⁰⁵ Strijards stelt hieromtrent zelfs onomwonden dat de wetgever het Duitse stelsel heeft willen navolgen.¹⁰⁶ De beginselen die aan dit stelsel ten grondslag liggen, gelden zijns inziens ook voor de ‘daderschapsuitsluitingsgrond’ van art. 46b Sr.

Of dit laatste daadwerkelijk het geval is, durf ik hier niet zonder meer te bevestigen. Wel kunnen deze overwegingen een basis vormen voor een rechtsvergelijkende interpretatie van de in art. 46b neergelegde regeling van vrijwillige terugtred. In de onderstaande bespreking van deze regeling zal daarom veel waarde worden gehecht aan de resultaten van het onderzoek naar, met name, de Duitse regeling op dit terrein.

6.4.2 Rechtsgronden voor straffeloosheid

De (oude) Nederlandse regeling leek de straffeloosheid bij vrijwillige terugtred te baseren op juridische gronden. Het opnemen van de afwezigheid van terugtred in art. 45 Sr als negatief bestanddeel wijst hierop. De memorie van toelichting stelt hieromtrent het volgende:¹⁰⁷

‘Poging wordt bestraft om den misdadigen wil, het opzet des daders te treffen, zoodra deze eene zoo gevaarlijke rigting heeft aangenomen, dat daarvan objectief blijkt door het begin van uitvoering van een bepaald

104. Mits uiteraard het opzet van de beoogd uitvoerder is opgewekt door een der in art. 47, lid 1, 20 genoemde uitlokkingsmiddelen.

105. Kamerstukken II 1990-1991 22 268, nr. 3, p. 13 en 21.

106. Strijards, a.w. (1995), p. 57.

107. Smidt I, p. 423-424.

misdrijf. Maar wanneer nu de dader vrijwillig terugkomt op de reeds aangevangen handeling, dan wijkt het in de aangevangen uitvoering sprekende vermoeden, dat hij niet opzag tegen het plegen van het misdrijf, voor de bewezen waarheid dat hij daarvan nog tijdig afgezien heeft, en dus zijn voornemen om het kwade te doen niet zoo vast en onherroepelijk gevestigd was, dat het regt zoude eisen hem reeds voor dat voornemen alleen, waarvan hij zelf de uitvoering heeft gestaakt of de uitwerking heeft belet, te straffen.’

‘Het maatschappelijk belang. Aangenomen al met Haus, dat het strenge regt (*la justice absolue*) bestraffing ook van de vrijwillig gestaakte poging zou eisen, zeker zal men hem dan ook moeten toegeven, dat de regelen der voorzichtigheid dan wetgever bevelen hier niet op het standpunt van het strenge regt te blijven staan; daar het zekerste middel om het misdrijf in zijn loop te stuiten, is de straffeloosheid te verzekeren aan den dader, die uit eigen beweging heeft afgezien van de voortzetting van zijn misdadig plan.’

Het in de eerste alinea gestelde lijkt inderdaad te wijzen op een rechtsgrond voor straffeloosheid, welke gelegen is in het wegvallen van één van de gronden voor strafbaarheid van de poging. Hierbij wordt de nadruk gelegd op het wegvallen van het subjectieve bestanddeel van de poging. De tweede alinea lijkt een weergave van het reeds genoemde rechtspolitieke argument van de ‘gouden brug’.

De wetgever van 1994 heeft bij de bespreking van de vrijwillige terugtred met name objectieve argumenten aangevoerd als rechtsgrond voor straffeloosheid. Bij vrijwillige terugtred is er in de woorden van de wetgever niet langer sprake van een ‘feit’ in de rechtsorde dat primaire rechtsgrond is voor strafrechtelijke aansprakelijkheid.¹⁰⁸

Deze benadering komt mij weinig overtuigend voor. Mede gezien de verwijzingen naar de Duitse regeling, opteer ik voor een benadering waarbij zowel objectieve als subjectieve factoren een rol spelen. Enerzijds kan worden betoogd dat de dader door zijn terugtred objectief een gedraging heeft verricht contrair aan zijn voorbereidings- of uitvoeringshandeling, waardoor de uitvoeringshandelingen worden geneutraliseerd. Anderzijds geldt hierbij wel de belangrijke subjectieve eis dat deze gedraging door de dader *vrijwillig* moet zijn verricht. Het gaat er dus om dat de dader door zijn gedragingen uiting heeft gegeven aan het feit dat hij geen misdadige intentie (meer) koestert.

6.4.3 Rechtskarakter

Art. 46b Sr bepaalt dat voorbereiding noch poging bestaat indien het misdrijf niet is voltooid tengevolge van omstandigheden van de wil van de dader afhankelijk. Het gaat hier om een bijzondere grond voor straffeloosheid met het karakter van een strafuitsluitingsgrond. Het OM hoeft de afwezigheid van vrijwil-

108. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr 3, p. 4. Vgl. Kamerstukken 1990-1991, nr. 3, p. 21: ‘Er is dan niets strafbaars meer in de rechtswerkelijkheid.’

lig terugtreden niet ten laste te leggen en te bewijzen. Omstandigheden waaruit blijkt dat er sprake is van vrijwillige terugtred moeten aannemelijk zijn geworden. In het algemeen zal het op de weg van de verdediging te liggen om dergelijke omstandigheden aan te voeren. Niettemin blijven deze exceptieve omstandigheden behoren tot het ambtshalve onderzoek terrein van de rechter.¹⁰⁹

In de memorie van toelichting is gesteld dat het hier geen strafuitsluitingsgrond in eigenlijke zin betreft, maar een rechtsgrond om de betrokkene rechtens niet meer als 'dader' aan te merken.¹¹⁰ Men spreekt daarom van een 'daderschapsuitsluitingsgrond'. In de literatuur wordt tevens gesproken van een kwalificatie-uitsluitingsgrond.¹¹¹ Uit de jurisprudentie kan in ieder geval worden afgeleid dat een geslaagd beroep op art. 46b niet zal leiden tot vrijspraak. In HR 4 november 1997, NJ 1998, 177, oordeelde de Hoge Raad dat het Hof op een verweer met betrekking tot art. 46b Sr, op grond van art. 358 lid 3 Sv een met redenen omklede beslissing had moeten geven.¹¹² Aangenomen moet dus worden dat een geslaagd beroep op art. 46b tot gevolg heeft dat de verdachte dient te worden ontslagen van rechtsvervolging.¹¹³ Onzeker is of hierdoor de strafbaarheid van het feit dan wel de strafbaarheid van de dader komt te vervallen. De wetsgeschiedenis en de wetstekst lijken te wijzen op het eerste. Gezien de mijns inziens overwegend subjectieve ratio van de straffeloosheid bij vrijwillige terugtred, alsmede de individuele werking van deze straffeloosheid lijkt een ontslag van alle rechtsgevolgen wegens niet strafbaarheid van de dader binnen het systeem van art. 350 Sv de meest juiste oplossing.¹¹⁴ Voor zover de terugtred kan worden gezien als een strafuitsluitingsgrond lijken er immers vooral overeenkomsten te bestaan met de gronden die het subjectieve element, de verwijtbaarheid, wegnemen. Bovendien duidt de strikt persoonlijke werking van de vrijwillige terugtred op een meer subjectieve benadering welke vergelijkingen oproept met de schulduitsluitingsgronden. Indien er werkelijk een objectieve grondslag zou bestaan voor de straffeloosheid, zou de strafbaarheid of strafwaardigheid van het *feit* wegvallen. Daardoor zou de terugtred een algemene, voor alle deelnemers geldende, werking krijgen.

Deze benadering lijkt te worden ondersteund door het feit dat de objectieve grondslag door de wetgever in één adem wordt genoemd met de vermeend algemene werking van de vrijwillige terugtred.¹¹⁵ Zoals reeds eerder betoogd, valt ook dit laatste standpunt in het licht van de ratio van de onderhavige regeling

109. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 13.

110. Kamerstukken 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 4.

111. Van Bemmelen/Van Veen I, p. 171.

112. Zo ook J. Simmelink/P. Smith, *Deelneming en voorbereiding*, in: J.L. van der Neut (red.), *Daderschap en deelneming*, Deventer 1999, p. 177.

113. Anders Strijjards, (a.w. 1995, p. 59.), die betoogt dat hier vrijspraak zou dienen te volgen.

114. Anders Simmelink/Smith, a.w. (1999), p. 177.

115. Zie o.a. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 4.

moeilijk te verdedigen. Deze opvatting vindt dan ook nergens steun in de literatuur.¹¹⁶

6.4.4 Vereisten voor straffeloosheid

6.4.4.1 *Terugtrek bij poging*

Bij de vraag welke eisen hebben te gelden voor straffeloosheid wegens vrijwillige terugtrek bij poging zal mijns inziens ook naar Nederlands recht een onderscheid dienen te worden gemaakt tussen de ‘onvoltooide’ en de ‘voltooide’ poging. Bij de onvoltooide poging, waarbij de dader de delictshandeling nog niet heeft afgerond, kan terugtrek geschieden door middel van het afbreken van deze gedraging en het afzien van verdere activiteiten met betrekking tot de voltooiing van het feit. Bij de voltooide poging, waar de dader alles heeft gedaan dat in zijn ogen zal moeten leiden tot voltooiing van het delict, is terugtrek door enkel ophouden niet mogelijk. Hier zal door de dader een ‘actus contrarius’ moeten worden verricht, teneinde voltooiing te voorkomen. Van de voltooide poging zal moeten worden onderscheiden de ‘mislukte poging’ (‘fehlgeschlagener Versuch’) waarbij voltooiing niet meer mogelijk is. In dat geval is vrijwillige terugtrek uitgesloten. De niet-voltooiing is hier dwingend veroorzaakt door een externe (buiten de wil van de dader gelegen) omstandigheid.

Wanneer de straffeloosheid bij vrijwillige terugtrek mede wordt gebaseerd op subjectieve factoren, lijkt een strikt objectieve benadering bij de beoordeling van de terugtrek minder voor de hand te liggen. De vraag of een poging onvoltooid, voltooid dan wel mislukt is, zal daarom mede vanuit het gezichtspunt van de dader moeten worden beoordeeld. Wanneer de dader immers nog niet weet dat voltooiing niet meer mogelijk is en hij alsnog vrijwillig zijn handelingen afbreekt of een gedraging verricht teneinde voltooiing te voorkomen, heeft hij door middel van objectief waarneembare gedragingen blijk gegeven van het opgeven van zijn ‘misdadige wil’. Ook wanneer in een dergelijk geval het terugtreken objectief niet de oorzaak is van de niet-voltooiing van het feit, zou straffeloosheid tot de mogelijkheden kunnen behoren. De grondslag voor bestraffing lijkt ook in dit geval weggevallen. Anderzijds moet terugtrek uitgesloten worden geacht, wanneer het delict objectief reeds is voltooid. Dus ook indien de dader niet weet dat het slachtoffer reeds is gestorven, kan hij niets meer doen om met terugwerkende kracht zijn straffeloosheid te bewerkstelligen.

6.4.4.2 *Terugtrek bij voorbereiding*

Volgens de wetsgeschiedenis dienen bij de voorbereiding zwaardere eisen te worden gesteld aan de vrijwillige terugtrek dan bij de poging. Om vrijuit te

116. Waarbij het, gezien zijn nauwe betrokkenheid bij de totstandkoming van de onderhavige regeling, opmerkelijk is dat ook Strijards afstand neemt van het standpunt van de wetgever op dit punt. Zie Strijards, a.w. (1995), p. 56-57.

gaan, zal de dader in de visie van de wetgever moeten bewerkstelligen dat uitgesloten is dat met behulp van zijn voorbereidingshandelingen het aanvankelijk beoogde misdrijf nog begaan wordt.¹¹⁷ Het enkele afzien van verdere handelingen zal in de regel niet voldoende zijn. Ook het feit dat verdere uitvoering achterwege is gebleven, omdat de verdachten vermoedden dat de politie hen op de hielen zat, kan niet worden aangemerkt als een van de wil van de daders afhankelijke omstandigheid.¹¹⁸ Tot zover lijkt de door de wetgever beoogde oplossing aanvaardbaar. Bij de hoge eisen aan de terugtred bij voorbereiding kunnen echter de nodige vraagtekens worden geplaatst. Gezien het feit dat er bij voorbereiding objectief minder is gebeurd, lijkt het tegenstrijdig om meer te verwachten met betrekking tot de terugtred. Zeker in de gevallen waarin nog geen collectief is gevormd, mogen er aan de vrijwillige terugtred geen overdreven eisen worden gesteld.

Een coulante toepassing van de regeling van vrijwillige terugtred lijkt bovendien een geëigend middel om de reikwijdte van de strafbare voorbereiding binnen aanvaardbare grenzen te houden. Indien iemand slechts voorbereidingshandelingen heeft verricht, is de kans dat hij uit eigen beweging zijn plannen wil opgeven groter dan wanneer hij reeds uitvoeringshandelingen heeft verricht. Het lijkt derhalve tegenstrijdig om aan de terugtred bij voorbereiding hogere eisen te stellen dan bij de poging. Indien we kijken naar de regeling van art. 46 Sr, waarbij het voorhanden hebben van één enkel voorbereidingsmiddel reeds tot strafbaarheid kan leiden, lijkt het daarom minder voor de hand te liggen om van de dader te eisen dat hij al zijn voorbereidingshandelingen teniet doet. Zo gezien lijkt het in de memorie van toelichting gestelde vereiste, dat de dader moet bewerken 'dat uitgesloten is dat met behulp van zijn voorbereidingshandelingen het aanvankelijk beoogde misdrijf nog begaan wordt', in zijn algemeenheid te streng geformuleerd. Dit lijkt met name het geval, indien het voorbereidingshandelingen betreft welke objectief onschuldige gedragingen zijn.¹¹⁹ Stel bijvoorbeeld dat A met B heeft afgesproken om C te ontvoeren. B die reeds voornemens was zich een auto aan te schaffen, besluit hiertoe daadwerkelijk over te gaan met het oogmerk om dit voertuig bij de ontvoering te gebruiken. Na enige tijd besluit B, nadat hij een erfenis heeft ontvangen, om niet aan de uitvoering van het geplande misdrijf mee te doen. Het lijkt in dit geval een overspannen eis om te verwachten dat deze dader de auto van de hand doet.

De vraag rijst nu welke eisen wél kunnen en mogen worden gesteld aan de dader, wil hij een kansrijk beroep doen op art. 46b Sr. Zoals gezegd lijkt het overtrokken om bij de voorbereiding, waar objectief minder is gebeurd, (veel) strengere eisen te stellen dan bij de poging. Anderzijds zal de regeling van art. 46 Sr praktisch uitvoerbaar moeten zijn. Deze laatste eis kan in het gedrang komen, wanneer voor straffeloosheid kan worden volstaan met de bewering dat het feit

117. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 4.

118. HR 4 november 1997, NJ 1998, 177.

119. Ik ga op deze plaats voorbij aan de vraag of dergelijke gedragingen onder de werking van art. 46 zouden moeten vallen.

niet is voltooid door de van de wil van de dader afhankelijke omstandigheid dat hij nog niet was overgegaan tot de uitvoering. Ieder tijdelijk stilzitten van de voorbereider(s) zou in dat geval tot straffeloosheid moeten leiden. Deze consequentie zou ik hier niet willen bepleiten. Bij de vraag wat men van de voorbereidende dader kan eisen om alsnog straffeloosheid te bewerkstelligen, zal moeten worden gebalanceerd op de rand van redelijke wetsuitleg en praktische uitvoerbaarheid.

Hierbij dient naar mijn mening als uitgangspunt te worden genomen dat, waar objectief minder is gebeurd, meer nadruk moet worden gelegd de subjectieve zijde van het delict. Dit principe, dat reeds naar voren is gekomen bij de behandeling van het opzet in art. 46 Sr, dient naar mijn mening ook zijn weerslag te vinden in de toepassing van de regeling van de vrijwillige terugtred. Waar het voorhanden hebben van een objectief onschuldig voorwerp tot strafbaarheid kan leiden, doordat uit de omstandigheden blijkt dat de dader dit voorhanden heeft met de bedoeling het te gebruiken bij het begaan van een misdrijf, zou derhalve het opgeven van deze criminele intentie tot straffeloosheid moeten kunnen leiden. Waar voor strafbaarheid wordt vereist dat de criminele bestemming van een goed objectief moet blijken, zal de dader ook objectief waarneembaar blijken moeten geven van zijn besluit tot vrijwillig terugtreden. Bij de vraag of iemand vrijwillig is teruggetreden, is dit laatste mijns inziens doorslaggevend. Uit het gedrag van de dader zal objectief moeten blijken dat hij de voltooiing van het delict uit eigen beweging heeft willen verhinderen.

Dit laatste hoeft niet zonder meer te betekenen dat, zoals de wetsgeschiedenis lijkt te eisen, de dader moeten bewerkstelligen dat uitgesloten is dat met behulp van zijn voorbereidingshandelingen het aanvankelijk beoogde misdrijf nog begaan wordt. Dit lijkt in zijn algemeenheid een te zware eis. Ook een langdurig stilzitten kan immers een sterke indicatie vormen voor het feit dat de dader inderdaad zijn plannen heeft opgegeven. Zodoende kan stilzitten een omstandigheid opleveren, waaruit objectief gezien het opgeven van de criminele intentie blijkt.

Met betrekking tot de aan de terugtred te stellen eisen kunnen een aantal situaties worden onderscheiden. In de eerste plaats kan net als bij de poging worden gedifferentieerd naar de mate waarin de voorbereiding is gevorderd. Wanneer deze vergelijking met de vrijwillige terugtred bij poging wordt doorgetrokken, zal eerst de vraag moeten worden beantwoord of hier de onvoltooide dan wel de voltooide variant van toepassing is.¹²⁰ In de Zwitserse literatuur is betoogd dat hier aangesloten zou moeten worden bij de onvoltooide poging. Op het eerste gezicht lijkt dit uitgangspunt juist. Zolang er nog sprake is van voorbereiding, kan nimmer worden gesteld dat de dader alles heeft gedaan wat in zijn ogen tot de voltooiing van het feit zal leiden. Het consequent doorvoeren van deze redenering zou echter leiden tot de conclusie dat bij voorbereiding terugtred altijd

120. Ook een mislukte voorbereiding waarbij voltooiing niet meer mogelijk is, is uiteraard denkbaar. Te denken valt aan de situaties waarin de daders op heterdaad worden betrapt. In dat geval is vrijwillige terugtred niet meer mogelijk.

mogelijk is door middel van het enkele afzien van verdere gedragingen in de richting van de voltooiing van het feit. Dit laatste lijkt de handhaafbaarheid van art. 46 Sr ernstig te bemoeilijken. Elk stilzitten van de daders zou tot straffeloosheid leiden. Anderzijds lijkt het inconsistent om hier aan te sluiten bij de voltooide poging. In dat geval zou voor terugtred bij voorbereiding in het algemeen meer van de dader worden geëist dan bij de verder gevorderde onvoltooide poging.

Een compromis zou kunnen worden gevonden door, in navolging van het Zwitserse recht, een onderscheid te maken tussen voltooide en onvoltooide voorbereiding. Indien de dader nog niet alle wezenlijke voorbereidingshandelingen heeft verricht, is terugtreden mogelijk door het enkele afzien van verdere handelingen. Uiteraard blijft de vrijwilligheid hier als subjectief vereiste onverkort van toepassing. Indien het ophouden het gevolg is van het feit dat de dader zich ontdekt weet of waant, is de terugtred nimmer vrijwillig.

Ten tweede kan in dit verband een onderscheid worden gemaakt tussen de gevallen waarin de voorbereidingshandelingen een objectief 'onschuldige' gedraging inhouden, en de gevallen waarin de voorhanden zijnde goederen reeds gezien hun aard een objectief gevaarzettend karakter bezitten. In het eerste geval krijgen de voorbereidingsmiddelen een criminele bestemming doordat zij worden gebruikt met het oog op een te plegen misdrijf. Uiteraard moet deze bestemming wel kenbaar zijn, maar deze bestemming hoeft niet per definitie uit de aard van de middelen te blijken. Te denken valt aan gereedschappen, vervoermiddelen en kleding. Wanneer de kennelijk criminele bestemming van dergelijke voorwerpen sterk samenhangt met de intentie van de dader, zal met het wegvallen van deze intentie ook het gevaarzettend karakter van de middelen komen te vervallen. In dat geval zal het voor strafbevrijdende terugtred voldoende moeten zijn dat de dader op enigerlei wijze objectief waarneembaar blijkt geeft van het opgeven van de intentie om het voorgenomen misdrijf feit te begaan.

Waar de voorbereidingshandelingen bestaan uit gedragingen waaraan een objectief gevaarzettend karakter kan worden toegeschreven, lijkt het billijk om meer van de dader te eisen. Hierbij zal in de eerste plaats kunnen worden gedacht aan het voorhanden hebben van (vuur)wapens. Uiteraard blijft de dader strafbaar op grond van de WWM, ook wanneer hij ondubbelzinnig blijkt heeft gegeven van het opgeven van zijn voornemen om deze wapens bij een bepaald misdrijf te gebruiken. Echter ook wanneer het gaat om het vervaardigen van bepaalde instrumenten met een duidelijk crimineel karakter, kan het enkele voorhanden hebben van een dergelijk voorwerp een gevaarzettend karakter behouden. Te denken valt aan een tot ramvoertuig omgebouwd vervoermiddel, eventueel in combinatie met wapens. Zolang een dergelijk voorwerp gebruiksgeveerd blijft, kan de kans op daadwerkelijk gebruik reëel zijn. De dader zal in dat geval het opgeven van zijn criminele intenties moeten doen blijken door het wegnemen van het gevaarzettend karakter aan de reeds verrichte voorbereidingshandelingen.

Een minder ‘terugtrekvriendelijke’ benadering lijkt ook aanbevelenswaardig in de gevallen waarin meerdere personen bij de voorbereiding zijn betrokken. De aan de terugtrek te stellen eisen zullen in dat geval zwaarder worden. Ervan uitgaande dat er reeds een samenwerkingsverband tot stand is gekomen, kan iedere deelnemer binnen dit verband in beginsel aansprakelijk worden gesteld voor het geheel. De terugtrekkende dader zal de voltooiing van het delict dus moeten verhinderen.¹²¹ Het enkele terugtrekken uit het samenwerkingsverband en het teniet doen van de reeds verrichte eigen bijdrage aan dit verband, zal derhalve niet zonder meer tot straffeloosheid kunnen leiden. Een actieve opstelling jegens de overige deelnemers is hier geboden. Dit is uiteraard anders wanneer de terugtrekkende deelnemer weet dat het onmogelijk is om het misdrijf zonder zijn verdere bijdrage te voltooien.

Bedacht moet worden dat ook bij de poging de aan vrijwillige terugtrek te stellen eisen zwaarder zullen worden wanneer er meerdere betrokkenen zijn. Wil de terugtrek daadwerkelijk resulteren in het uitblijven van de voltooiing van het voorgenomen misdrijf, dan zal men in de regel de overige deelnemers moeten weerhouden van de verdere uitvoering.

Tot slot wil ik betogen dat in grensgevallen een ‘in dubio pro reo’ op zijn plaats lijkt. Het argument dat in dat geval kwaadwillenden wellicht de dans kunnen ontspringen, is in dit geval weinig overtuigend. Bedacht moet worden dat het hier nog steeds gaat om gedragingen waarvan eeuwenlang is aangenomen dat ze niet strafwaardig zijn. De strafwaardigheid, voor zover deze algemeen aanvaard kan worden genoemd, heeft in de eerste plaats betrekking op de gevallen waarin sprake is van een reële of actuele gevaarzetting. Van acute gevaarzetting zoals bij de strafbare poging is nog geen sprake, maar de gedragingen zijn wel zo ver gevorderd dat aannemelijk is dat een acute gevaarzetting niet lang op zich zal laten wachten. Met dit uitgangspunt in het achterhoofd is een coulante toepassing van de terugtrekregeling bij de strafbare voorbereiding op zijn plaats. Waar de voorbereidingshandeling weliswaar wijst op de intentie tot het begaan van een misdrijf, is de strafwaardigheid van deze gedraging twijfelachtig wanneer de dader door langdurig stilzitten doet blijken dat deze intentie niet ondubbelzinnig aanwezig is. Het verband tussen de verrichte gedraging en het beoogde misdrijf raakt in een dergelijk geval verwaterd. Een coulante benadering van de strafbevrijdende terugtrek kan zodoende mede bewerkstelligen dat de strafbare voorbereiding zich slechts uitstrekt over gedragingen welke relatief dicht tegen het uitvoeringstadium aanliggen.

6.4.4.3 *Terugtrek bij poging een ander te bewegen een misdrijf te begaan*

Bij de mislukte uitlokking van art. 46a Sr moet voor het vaststellen van de vereisten voor vrijwillige terugtrek een onderscheid worden gemaakt tussen de

121. Op de vraag wat de rechtsgevolgen zijn in het geval de ‘terugtrekker’ er niet in slaagt de voltooiing van het misdrijf te verhinderen, zal in een volgende paragraaf nader worden ingegaan.

gevallen waarin de beoogd uitvoerder reeds is bewogen en de gevallen waarin dit nog niet is geschied.

Wanneer de uitlokker de beoogd uitvoerder nog niet heeft bewogen, is onder omstandigheden vrijwillige terugtred door niet verder handelen mogelijk. Is de beoogd uitvoerder op voorhand niet bereid gebleken tot het begaan van het misdrijf, dan is de poging mislukt door een van de wil van de dader onafhankelijke omstandigheid. Vrijwillig terugtreden is daarmee uitgesloten. Wanneer de uitvoerder zijn besluit nog niet heeft genomen, kan hij terugtreden door het enkele afzien van verdere pogingen.

6.4.5 Doorwerking van de terugtred bij meerdere deelnemers

In de memorie van toelichting bij Wetsontwerp 22 268 is herhaaldelijk betoogd dat hier, gelet op het bepaalde bij art. 50 Sr, sprake is van een objectieve grond van uitsluiting van de aansprakelijkheid die ook moet worden toegerekend aan ieder van de deelnemers.¹²² In een ander deel van de wetsgeschiedenis wordt dit genuanceerd door te stellen dat de straffeloosheid doorwerkt voor de 'accessoire deelnemingsvormen'.¹²³ Hiermee wordt bedoeld op de medeplichtigheid en de uitlokking. Indien immers door het vrijwillig terugtreden van de dader de voorbereiding of de poging worden geacht niet te *bestaan*, ontbreekt het aan een strafbaar grondfeit, waardoor van medeplichtigheid noch uitlokking sprake kan zijn. De uitlokker kan in dat geval nog wel worden veroordeeld op basis van art. 46a Sr. De medeplichtige zal moeten worden vrijgesproken.

Bij het doen plegen speelt deze problematiek niet, aangezien de uitvoerder hier per definitie straffeloos is. Straffeloosheid van de doen-pleger treedt slechts in wanneer hijzelf de voltooiing van het misdrijf heeft verhinderd.

Het medeplegen lijkt, als meest zelfstandige deelnemingsvorm, meer problemen op te leveren. Indien één der medeplegers vrijwillig terugtreedt, zullen de overigen in beginsel strafbaar blijven. Een probleem rijst echter wanneer slechts de terugtrekkende medepleger daadwerkelijk uitvoerings- c.q. voorbereidingshandelingen heeft verricht. Ook hier speelt de accessoriteit, zij het in geringere mate, een rol. Indien de bijdrage van laatstgenoemde persoon niet bestaat of in elk geval geen poging of voorbereiding meer oplevert, kan moeilijk worden volgehouden dat de anderen nog medeplegers zijn van een strafbaar feit.

Het is twijfelachtig of de bovenstaande consequentie daadwerkelijk moet worden gehecht aan de zinsnede 'poging noch voorbereiding bestaat'. In de lijn van de rechtspraak onder het 'oude' art. 45 Sr, lijkt een strikt persoonlijke werking van de vrijwillige terugtred meer voor de hand te liggen. Ook in de onderzochte buitenlandse rechtsstelsels treffen we louter regelingen aan waarin de terugtred persoonlijk werkt.

Een uitzondering voor de uitlokking en de medeplichtigheid valt op systematische gronden te verdedigen. Zoals gezegd zal de uitlokker van een poging

122. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 3, p. 20 en p. 21.

123. Kamerstukken II 1992-1993, 22 268, nr. 7, p. 17.

of voorbereiding, indien een *strafbare* poging niet volgt, kunnen worden bestraft op grond van art. 46a Sr. Ten aanzien van de voorbereiding zal de hogere strafpositie van de mislukte uitlokking altijd leiden tot strafbaarheid op basis van art. 46a. Doorwerking voor de medeplichtige lijkt verdedigbaar op grond van het sterk accessoire karakter van deze deelnemingsvorm.¹²⁴ Na het leveren van zijn bijdrage heeft de medeplichtige immers geen invloed meer op het verdere verloop van het misdrijf. Voor de strafwaardigheid van zijn gedrag lijkt het daarom geen verschil te maken of het uiteindelijk in het geheel niet tot een begin van uitvoering komt, of dat de dader – eenmaal in het uitvoeringsstadium aanbeland – alsnog besluit om terug te treden. Indien gesteld wordt dat in geval van vrijwillig terugtreden voorbereiding noch poging bestaat, dan moet geconcludeerd worden dat er op grond van de eisen van accessoriteit ook geen medeplichtige kan zijn.

Wanneer echter wordt aangenomen dat het ‘niet bestaan’ strikt persoonlijk werkt ten aanzien van degene die zelf vrijwillig is teruggetreden, blijft de realiteit van een gepleegde poging (of voorbereiding) ten aanzien van de medeplichtige bestaan. Deze poging is in dat geval alleen ten aanzien van de teruggetredende dader niet strafbaar. Deze laatste oplossing sluit naar mijn mening het beste aan bij de bestaande rechtspraak in binnen- en buitenland.

De regeling van art. 46b Sr kent geen nadere uitwerking voor de gevallen waarin meerdere personen bij de voorbereiding of poging zijn betrokken. Deze situaties werpen echter wel een aantal bijzondere problemen op. Hoofregel is, zoals hierboven reeds betoogd, dat de vrijwillige terugtred slechts bevrijdend werkt voor diegene die zelf is teruggetreden. De stelling dat in een dergelijk geval ‘poging noch voorbereiding bestaat’, lijkt zodanig te moeten worden uitgelegd dat deze ten aanzien van degene die is teruggetreden geacht wordt niet te bestaan. Evenmin kan worden gesteld dat door de terugtred de wederrechtelijkheid van het feit wordt weggenomen. Door de terugtred vervalt slechts de grond om te bestraffen. Wanneer dit wegvallen mede wordt gebaseerd op het feit dat de dader met terugwerkende kracht blijkt geeft niet over een criminele intentie te beschikken, ligt een persoonlijke werking het meest voor de hand. De grond voor straffeloosheid heeft in dit geval een meer subjectieve basis en zal derhalve per individu moeten worden vastgesteld.

Wanneer de voltooiing van het feit door toedoen van één of meer der deelnemers vrijwillig wordt verhinderd, lijkt de situatie derhalve duidelijk. Zij die zelf de niet-voltooiing (mede) hebben bewerkstelligd gaan vrijuit. Zij die door toedoen van anderen zijn genoopt de uitvoering te staken, blijven strafbaar.

Hiernaast zijn twee situaties aanwijsbaar die meer problemen opleveren. Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen de gevallen waarin één der deelnemers terugtreedt, maar het feit onafhankelijk van zijn wil door de overige

124. Hierbij denk ik in de eerste plaats aan de voorafgaande medeplichtigheid. Zoals reeds eerder is betoogd, is de gelijktijdige medeplichtigheid mijns inziens (vrijwel) geheel opgegaan in het medeplegen.

deelnemers wordt voltooid en de gevallen waarin het feit niet wordt voltooid door omstandigheden onafhankelijk van de wil van de terugtrekkende deelnemer. Het Duitse strafrecht kent een regeling voor dergelijke gevallen in het tweede lid van § 24 en § 31 StGB. De terugtrekkende deelnemer gaat vrijuit wanneer hij zich vrijwillig en serieus heeft ingespannen om voltooiing van het feit te verhinderen. Het Nederlandse recht kent een dergelijke regeling zoals gezegd niet.

Indien het misdrijf onafhankelijk van de voorbereidende gedragingen van de terugtrekkende deelnemer is begaan, moet de vraag worden gesteld of er nog wel een rechtsgrond bestaat om deze deelnemer te bestraffen. Er is een voltooid delict begaan waarin (mijns inziens) de onvolkomen delictsvormen zijn opgegaan.¹²⁵ Dit zou betekenen dat de aansprakelijkheid van de terugtrekkende deelnemer slechts kan berusten op de algemene deelnemingsvormen. De vraag is met andere woorden of zijn aandeel kan worden aangemerkt als medeplegen respectievelijk medeplichtigheid.¹²⁶

Voor het antwoord op deze vraag zal moeten worden gekeken naar de voorwaarden welke aan deze deelnemingsvormen worden gesteld. Voor medeplegen is een nauwe en bewuste samenwerking vereist. Wanneer een dergelijke samenwerking nooit heeft bestaan, kan van medeplegen nimmer spraken zijn, maar wellicht wel van medeplichtigheid. Wanneer er wel een dergelijke nauwe en volledige samenwerking heeft bestaan, kan de vraag worden opgeworpen of deze door een terugtrekkende kan worden tenietgedaan. De rechtspraak ten aanzien van het medeplegen lijkt deze mogelijkheid te creëren. Ten aanzien van het bewijs van medeplegen wordt in de rechtspraak bij herhaling overwogen dat verdachte zich niet van het feit heeft gedistantieerd.¹²⁷ A contrario zou dit betekenen dat, indien verdachte zich wel heeft gedistantieerd, hij niet (meer) kan worden aangemerkt als medepleger. In dat geval komt de vraag aan de orde wat in dit verband moet worden verstaan onder de term 'distantiëren'. Duidelijk moge zijn dat het enkel op het laatste moment zeggen, 'ik doe niet meer mee, jullie doen het maar zonder mij', niet zonder meer als een bevrijdende vorm van distantiëren kan worden betiteld.¹²⁸ Voor distantiëren lijkt meer nodig. De rechtspraak ten aanzien van het medeplegen geeft echter geen eenduidig antwoord op de vraag wat wel als distantiëren kan worden aangemerkt. Op dit punt lijkt het derhalve geboden om de blik te richten op de regeling die het Duitse recht kent voor dergelijke gevallen.

Zoals gezegd vereist het tweede lid van § 24 een 'freiwilliges und ernsthaftes Bemühen'. Voor straffeloosheid zal men zich serieuze inspanningen dienen te getroosten, teneinde de overige actoren van voltooiing van het feit te weerhouden. Voor het medeplegen naar Nederlands recht zou dit betekenen dat slechts dan sprake is van distantiëren. Door een dergelijke gedraging wordt de

125. Zie hieronder § 6.5.3.

126. Uitlokking en doen plegen kunnen hier buiten beschouwing worden gelaten, deze vallen bij niet-voltooiing niet onder art. 46 Sr, maar onder art. 46b Sr.

127. De Hullu, *Materieel Strafrecht*, p. 436 e.v.; Van Toorenburg, a.w. (1998), p. 137 e.v.

128. Mogelijk kan onder omstandigheden een dergelijke gedraging het medeplegen doen omslaan in medeplichtigheid.

nauwe en volledige samenwerking teniet gedaan, waardoor de terugtrekende persoon niet meer kan worden aangemerkt als medepleger. Ten aanzien van de medeplichtigheid zou hetzelfde kunnen gelden. Wanneer de medeplichtige zich uitdrukkelijk in woord en/of gebaar heeft gedistantieerd van de uiteindelijke uitvoerders, door middel van serieuze inspanningen om de voltooiing te voorkomen, kan hij zijn eerdere bijdrage teniet doen. Niet door het vervallen van de nauwe en volledige samenwerking, maar door het wegvallen van het causaal verband tussen zijn bijdrage en het uiteindelijk begane feit. Hierbij dient wel de vraag te worden beantwoord of hiervoor de eigen bijdrage volledig teniet moet worden gedaan. Met name waar het gaat om het geven van inlichtingen is dit feitelijk onmogelijk. Een serieuze poging om de overige deelnemers van de voltooiing te weerhouden, gecombineerd met het inlichten van de opsporende instanties, lijkt in dit geval geen onredelijke eis.

Een vergelijkbaar probleem doet zich voor in de gevallen waarin het feit niet wordt voltooid, maar deze niet-voltooiing uiteindelijk niet het gevolg is van het terugtreden van de desbetreffende 'deelnemer'. Wanneer het feit in een dergelijk geval reeds is gevorderd tot het pogingstadium, kan de bovenstaande redenering worden gevolgd. Door het voortijds distantiëren kan de teruggetreden deelnemer niet als medepleger van de poging worden aangemerkt. Met betrekking tot de medeplichtige zal wederom het causaal verband tussen zijn eerder geleverde bijdrage en de uitvoeringshandelingen ontbreken.

Anders ligt dit indien het feit in het voorbereidingsstadium is blijven steken. Door de redactie van art. 46 Sr kan in dit stadium in de meeste gevallen geen onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende deelnemingsvormen. Een bijdrage die met betrekking tot een voltooid delict medeplichtigheid of medeplegen oplevert, zal in de meeste gevallen het plegen van voorbereidingshandelingen in de zin van art. 46 opleveren. Straffeloosheid kan in dat geval alleen intreden indien voldaan is aan de vereisten van art. 46b Sr. Naar de letter van de wet zou in dit geval de deelnemer strafbaar blijven, indien de voltooiing van het feit uitblijft door een omstandigheid welke buiten zijn wil is gelegen.

6.4.6 Art. 46b Sr en de bijzondere voorbereidingsdelicten

Omtrent de vraag of art. 46b ook heeft te gelden ten aanzien van bijzondere voorbereidingsdelicten, is de wetsgeschiedenis op zijn zachtst gezegd weinig eenduidig. In de memorie van antwoord wordt betoogd dat art. 46b Sr doorwerkt naar het zelfstandig strafbaar gestelde voorbereidingsdelict.¹²⁹

'Indien de dader aan het zelfstandige voorbereidingsdelict het delict nog niet heeft voltooid, zal hij straffeloos zijn, indien aannemelijk is dat het misdrijf enkel niet is voleindigd tengevolge van omstandigheden van zijn wil afhankelijk. Kortom: art. 46b zal ook hier doorwerken.'

129. Kamerstukken II 1991-1992, 22 268, nr. 5, p. 28.

In de nota naar aanleiding van het eindverslag wordt daarentegen het tegenovergestelde beweerd.¹³⁰

‘Art. 46b zal niet doorwerken voor voorbereidingsfeiten die als zelfstandige misdrijven zijn strafbaar gesteld. Ik merk op, dat bij die feiten ook thans geen straffeloosheid bestaat wegens terugtreding van de voltooiing. Dat is steeds nagelaten wegens het bijzonder gevaarzettingskarakter van die feiten. Ik wil daaraan blijven vasthouden. Inderdaad is het niet de bedoeling, dat ten aanzien van de bij art. 10a Opiumwet verboden feiten thans een algemene terugtreidingsmogelijkheid gaat gelden. De reden is dat terugtreding hier nooit kan wegnemen, dat door toedoen van de dader het aanmerkelijk risico is geschapen dat voor de volksgezondheid hoogst schadelijke stoffen in het illegale circuit zouden terechtkomen. Die gevaarzetting is er nu eenmaal geweest. De dader kan daaraan niet afdoen. Mocht terugtreding niettemin aannemelijk zijn, dan kan de rechter altijd besluiten tot strafvermindering of, ingevolge art. 9a van het Wetboek van Strafrecht, tot schuldigverklaring zonder strafoplegging.’

In zijn arrest van 29 april 1997, NJ 199, 667, m.nt. 't H, heeft de Hoge raad zich aangesloten bij laatstgenoemde opvatting. Het moet er dus voor gehouden worden dat volgens het geldend recht art. 46b niet doorwerkt voor de bijzondere voorbereidingsdelicten. Desondanks kunnen er vraagtekens worden geplaatst bij de onderbouwing van deze opvatting.

Het in de nota naar aanleiding van het eindverslag genoemde argument, dat terugtreding nooit kan wegnemen, ‘dat door toedoen van de dader het aanmerkelijk risico is geschapen dat voor de volksgezondheid hoogst schadelijke stoffen in het illegale circuit zouden terechtkomen’, is weinig overtuigend. Dit argument lijkt wél op te gaan met betrekking tot de abstracte gevaarzettingsdelicten. Bij deze delicten is het objectief gevaarzettend karakter van de strafbaar gestelde gedraging geheel losgekoppeld van de intentie van de dader. Met het voorhanden hebben van bijvoorbeeld wapens of explosieven is het delict voltooid. Het feit dat de dader door middel van vrijwillig terugtreden zou laten blijken met deze voorwerpen geen criminele intenties te hebben doet in dat geval niet af aan de strafbaarheid.¹³¹

Waar het gaat om voorbereidingsdelicten waarbij de strafbaarheid van de gedraging afhankelijk is van de intentie waarmee deze gedraging wordt verricht lijkt mij geen principiële reden aanwijsbaar om bepaalde voorbereidingshandelingen uit te sluiten van de terugtrederegeling. De ratio van deze regeling lijkt zich niet te verzetten tegen een algemener toepassingsbereik. Voorts vermag ik niet in te zien waarom met het verrichten van de in art. 10a Opiumwet genoemde gedragingen een groter gevaar wordt geschapen, dan met de voorbereiding van geweldsdelicten, waarbij levensgevaar voor personen kan ontstaan.

130. Kamerstukken II 1992-1993, 22 268, nr. 7, p. 17.

131. Uiteraard is dit wel een omstandigheid welke medebepalend kan zijn voor de strafmaat of voor de vervolgingsbeslissing.

6.5 Samenloop

6.5.1 Inleiding

Wanneer een misdrijf eenmaal is voltooid, zijn er verschillende stadia doorlopen. Vaak zal het voltooide misdrijf zijn voorafgegaan door een strafbare voorbereiding en altijd door een begin van uitvoering; het voornaamste objectieve bestanddeel van de strafbare poging. In theorie bestaat hierdoor de mogelijkheid van cumulatie van aansprakelijkheden voor de verschillende fasen welke op weg naar voltooiing van het misdrijf zijn doorlopen. In deze paragraaf zal een poging worden gedaan om de meest passende oplossing te vinden voor dit cumulatieprobleem.

Het uitgangspunt van de wetgever is dat cumulatie van straffen moet worden voorkomen. Dit is volgens de memorie van toelichting tot uitdrukking gebracht door de getrapte strafmaat van respectievelijk voorbereiding, poging en voltooid delict.¹³² Door toepassing van de regels van samenloop zou art. 55 Sr vanzelf de toepasselijke delictsvorm aanwijzen, namelijk die met de hoogste strafmaat.¹³³ Dit is in de ogen van de wetgever altijd de meest gevorderde fase. Bij deze uitwerking van het bovengenoemde uitgangspunt kunnen een aantal kanttekeningen worden geplaatst. Enerzijds omdat dit in bepaalde gevallen tot verrassende resultaten kan leiden, anderzijds omdat met recht de vraag kan worden gesteld of hier wel sprake is van samenloop.

Opmerking verdient wellicht dat ook Strijards met betrekking tot dit vraagpunt geen ondubbelzinnig antwoord geeft. Enerzijds stelt hij dat er sprake kan zijn van eendaadse samenloop tussen voorbereiding en poging, waarbij art. 55 Sr automatisch de 'preferente aansprakelijkheidsgrond' aanwijst. Anderzijds stelt hij zich op het standpunt dat 'de voorbereidingsfase wordt geabsorbeerd in de aansprakelijkheidsgrond van de strafbare poging'. Wezenlijk voor de voorbereidingshandeling is naar Strijards' mening dat het voornemen zelfs niet tot een begin van uitvoering in de zin van de strafbare poging is gekomen. Het mankeren van die uitvoering noemt hij een negatieve bijkomende voorwaarde van strafbaarheid voor de voorbereidingshandeling.¹³⁴ Dit laatste lijkt samenloop tussen voorbereiding en poging juist uit te sluiten.

132. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 19.

133. In de kamerstukken wordt consequent gesproken over eendaadse samenloop. Mijns inziens behoort de 'voortgezette handeling' ook tot de mogelijkheden. Waar voor eendaadse samenloop eenheid in plaats en tijd als minimumvereiste geldt, zal dit in veel gevallen niet op gaan met betrekking tot de verhouding tussen poging, voorbereiding en voltooid delict. Praktisch maakt dit overigens geen verschil, omdat art. 56 Sr voorziet in een zelfde regeling als art. 55 Sr.

134. Strijards, a.w. (1995), p. 90.

6.5.2 Oplossingen in het buitenland

In het Duitse recht kent men grofweg drie oplossingen voor het onderhavige probleem dat door R Emmelink ‘schijnbare wetsconcurfus’ wordt genoemd.¹³⁵ de ‘Spezialität’, de ‘Subsidiarität’ en de ‘Konsumtion’.¹³⁶

De Spezialität is vergelijkbaar met de Nederlandse specialiteitsregeling. Als hoofdregel geldt dat Spezialität aangenomen wordt, indien een strafbepaling alle bestanddelen bevat van een andere bepaling plus nog minstens één ander bestanddeel.¹³⁷

De Subsidiarität kent men in het Nederlandse recht niet als oplossing voor de schijnbare wetsconcurfus. Subsidiarität betekent binnen dit verband dat een bepaald(e) subsidiair(e) delict(svorm) pas in aanmerking komt wanneer een ander primair delict of delictsvorm niet van toepassing blijkt. De Subsidiarität vindt in het Duitse strafrecht vooral toepassing bij de verhouding tussen vormen van Teilnahme en Täterschaft en tussen de verschillende vormen van Teilnahme onderling. Daarnaast wordt een subsidiariteitsverhouding ook aangenomen tussen de verschillende delictsstadia en tussen bijzondere voorbereidingsdelicten en voltooide delicten.

Het concept van de Konsumtion wordt aangenomen, wanneer het verwijtbaarheids- en wederrechtelijkheidsgehalte van een delictshandeling tevens een ander feit of een ander delict omvat. Een veroordeling voor het ene delict wordt geacht een uitputtende reactie te zijn op het door beide feiten aangedane onrecht. Anders dan bij de subsidiariteit, bestaat hier geen logische verhouding tussen de beide delictsoomschrijvingen, maar wel een criminologische.¹³⁸

In het Engelse recht bestaat in zijn algemeenheid een grotere vrijheid bij het toepassen van de aanklacht. Een aanklacht voor het voltooide delict wordt geacht tevens de ‘attempt’ tot dat delict te omvatten en ook indien het gronddelict is voltooid, kan worden veroordeeld voor de ‘inchoate offences’. Andersom is het mogelijk dat, wanneer de aanklacht is toegesneden op een attempt, maar ter zitting blijkt dat het voltooide delict kan worden bewezen, de dader daarvoor wordt veroordeeld. Een dergelijk grote vrijheid voor OM en rechter zonder tussentijdse wijziging van de tenlastelegging, lijkt niet binnen ons grondslagstelsel te passen.

6.5.3 Samenloop of subsidiariteit?

Voor de wijziging van art. 45 Sr van 1 april 1994 was samenloop tussen poging en voltooid delict uitgesloten. In het oude art. 45 Sr was de afwezigheid van vrijwillige terugtred als negatief bestanddeel opgenomen. Hierdoor kon pas sprake zijn van een poging in de zin van art. 45 Sr, indien het delict niet was voltooid. In dat geval kon immers het bestanddeel, ‘(...) en de uitvoering alleen

135. HSR, p. 849.

136. Jescheck AT, p. 733 e.v.

137. Jescheck AT, p. 733.

138. Jescheck AT, p. 735. Zie tevens HSR, p. 857.

ten gevolge van omstandigheden van zijn wil onafhankelijk niet is voltooid', niet worden bewezen. Door het schrappen van deze zinsnede laat de wettekst thans de mogelijkheid open voor een kwalificatie als poging, terwijl het voorgenomen delict reeds is voltooid.

In de praktijk blijkt geen verandering te zijn aangebracht ten opzichte van de oude situatie. De meeste 'pogingstenlasteleggingen' bevatten nog steeds de zinsnede 'terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid'.¹³⁹ Dit betekent dus dat, wanneer een poging is tenlaste gelegd nog steeds zal moeten worden bewezen dat het delict niet is voltooid.¹⁴⁰ De vraag of poging en voltooid delict elkaar uitsluiten lijkt daarmee door de praktijk reeds te zijn beantwoord. Deze oplossing lijkt eveneens steun te vinden in de wetsgeschiedenis. Ten aanzien van het huidige art. 46a Sr wordt gesteld dat hierbij de omschrijving van het oude art. 134bis is nagevolgd, zij het dat de negatieve bijkomende voorwaarde voor strafbaarheid dat 'het misdrijf of een strafbare poging daartoe niet is gevolgd' uit de strafbaarstelling is verwijderd en niet meer van 'trachten te bewegen' wordt gesproken, maar van 'pogen'. Voor deze wijziging wordt als reden gegeven dat negativa niet in een aan het OM opgedragen bewijsthema thuishoren. Bovendien was de wetgever van mening dat het werkwoord 'pogen' al zondermeer tot uitdrukking brengt dat de handelwijze van de dader niet tot enig strafrechtelijk gevolg heeft geleid bij de bewogene. De wetgever benadrukt tevens dat 'de term pogen des te verkieslijker is om eenheid van uitdrukking in de wet te verkrijgen en uit te doen komen dat het hier om een vorm van strafbare poging gaat in de zin van art. 45 Sr, dat dat woord ook behelst'.¹⁴¹ Hieruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat de wetgever op het standpunt staat dat, indien wel een strafbare poging is gevolgd, art. 46a Sr niet van toepassing is. De handelwijze van de dader heeft in dat geval wel geleid tot enig strafrechtelijk gevolg bij de bewogene. Het vervallen van de eerdergenoemde zinsnede lijkt hieraan niet af te doen. Het doortrekken van de lijn van het oude art. 134bis zou tevens betekenen dat, indien de bewogene wel tot een begin van uitvoering is gekomen, maar vervolgens vrijwillig is teruggetreden, art. 46a van toepassing blijft. De bewogene heeft in dat geval geen misdrijf begaan noch een strafbare poging daartoe.

De link die in de toelichting wordt gelegd met de poging van art. 45 Sr lijkt te dwingen tot eenzelfde toepassing bij de grens tussen poging en voltooid delict. Blijkbaar is de wetgever van mening dat met de term poging voldoende tot uitdrukking wordt gebracht dat de uitvoering van het voorgenomen misdrijf niet is voltooid. Dit zou betekenen dat poging en voltooid delict elkaar wederzijds uitsluiten. Van samenloop tussen poging en voltooid delict kan in dat geval nimmer sprake zijn.

139. Opmerking verdient dat met COMPAS gemaakte tenlasteleggingen standaard deze zinsnede bevatten.

140. Het betreft hier mijns inziens een wezenlijk onderdeel van de tenlastelegging. Een deelvrijspraak is in dit geval uitgesloten, aangezien het bewezenverklaarde in dat geval een wezenlijk groter terrein beslaat dan het tenlaste gelegde.

141. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 21.

Het doortrekken van deze consequentie naar de grens tussen voorbereiding en poging lijkt minder dwingend. Samenloop tussen voorbereiding en poging lijkt in theorie tot de mogelijkheden te behoren. De in art. 46 Sr genoemde voorwerpen zullen in veel gevallen ook in het pogingsstadium voorhanden zijn. Zoals gezegd zoekt de wetgever de oplossing voor deze concurrentie in de regeling van art. 55 Sr. De regeling met de hoogste strafmaat zal worden toegepast. In veel gevallen zal dit tot het gewenste resultaat leiden, namelijk het uitsluiten van de strafbaarheid voor voorbereiding, indien het pogingsstadium reeds is bereikt. Hierbij is echter over het hoofd gezien dat veel gedragingen welke in het voorbereidingsstadium als het plegen van art. 46 Sr worden aangemerkt, in de uitvoeringsfase als medeplichtigheid aan poging hebben te gelden. Dit heeft tot gevolg dat deze medeplichtige in het pogingsstadium te maken krijgt met een lager strafmaximum.¹⁴² De medeplichtige van een poging zou op grond van de samenloopregeling dus moeten worden veroordeeld als pleger van voorbereiding. Dit lijkt niet de meest voor de hand liggende uitkomst en gezien de overwegingen in de toelichting kan een dergelijke uitkomst ook niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest.

Teneinde consistentie te bereiken binnen de zesde titel van het Wetboek van Strafrecht, lijkt het het meest voor de hand liggend om tussen voorbereiding en poging een subsidiariteitsverhouding aan te nemen. De voorbereidingsbepaling blijft hierbij buiten toepassing zodra het pogingsstadium is bereikt. De in art. 46 Sr opgenomen term voorbereiding biedt hiervoor de mogelijkheid. Wanneer de term poging zodanig wordt uitgelegd dat het voltooide delict hier niet onder valt, lijkt het consequent om ook aan de wetsterm 'voorbereiding' een beperkte uitleg te geven waardoor het uitvoeringsstadium hier niet onder valt.

Het inlezen van het uitblijven van een 'begin van uitvoering' en de 'niet-voltooiing' als stilzwijgende bestanddelen in art. 45 Sr respectievelijk art. 46 Sr lijkt echter in strijd te komen met de bedoeling van de wetgever. Aan de overheveling van de 'vrijwillige terugtred' van bestanddeel naar 'strafuitsluitingsgrond' lag immers mede de overweging ten grondslag dat negativa niet in een aan het OM opgedragen bewijsthema thuishoren.¹⁴³ Het inlezen van een deel van het geschrapte bestanddeel in een ander bestanddeel valt hier niet mee te rijmen. De subsidiaire werking van de voorbereiding respectievelijk poging kan echter ook op een andere manier worden bewerkstelligd. Het uitblijven van een begin van uitvoering respectievelijk de niet-voltooiing zullen in dat geval niet als bestanddelen moeten worden gezien. Indien echter sprake is van een verder gevorderd delictsstadium zal het eerdere stadium hierin opgaan. De strafbaarheid op grond van de voorbereiding zal komen te vervallen zodra er sprake is van een begin van uitvoering en de strafbaarheid op grond van de poging zal wegvallen wanneer er sprake is van een voltooid delict.

142. Op voorbereiding staat de helft van het strafmaximum van het grondfeit, op medeplichtigheid aan poging vier-negende van dit strafmaximum.

143. Kamerstukken II 1990-1991, 22 268, nr. 3, p. 21.

In deze benadering zullen de grenzen tussen voorbereiding en poging en tussen poging en voltooid delict, in de gevallen waarin een 'schijnbare samenloop' zich voordoet, minder scherp komen te liggen.¹⁴⁴ De niet-voltooiing of de afwezigheid van een begin van uitvoering hoeft niet te worden bewezen, maar wanneer onmiskenbaar een verder gevorderd delictsstadium is bereikt, zal de strafbaarheid op grond van de eerdere delictsfase komen te vervallen. Dit ligt uiteraard anders wanneer, zoals thans nog gebruikelijk, het uitblijven van de voltooiing uitdrukkelijk wordt tenlaste gelegd. In dat geval vormt de niet-voltooiing van het voorgenomen misdrijf een wezenlijk onderdeel van de tenlastelegging waarvan niet partieel kan worden vrijgesproken.

De consequenties van een subsidiariteitsverhouding tussen voorbereiding, poging en voltooid delict zijn vergelijkbaar met die van de specialiteitsregeling. Zo hoeft voor een veroordeling wegens voorbereiding de afwezigheid van een poging niet te worden bewezen. Blijkt er wel sprake te zijn van een begin van uitvoering, dan vervalt in beginsel de aansprakelijkheid voor de voorbereiding. Analoog aan de specialiteit lijkt het terugvallen op een lichtere variant niet uitgesloten. Waar het OM er voor kiest om te vervolgen voor een eerder delictsstadium met een lager strafmaximum, bestaan daar mijns inziens geen principiële bezwaren tegen. Waar echter de betrokkenheid in het eerdere stadium zal leiden tot een hogere strafmaat, zijn deze bezwaren wel aanwezig.¹⁴⁵ Ook hier kan de vergelijking met de specialis-generalis-verhouding worden doorgetrokken. Het terugvallen op een geprivilegieerde generalis is toelaatbaar, het teruggrijpen op een zwaardere generalis niet.

De hierboven bepleite oplossing vindt steun in zowel het Duitse als Zwitserse recht. Hierbij moet worden aangetekend dat de Duitse regeling strikter is. Het teruggrijpen op een eerder stadium (c.q. geprivilegieerde specialis) is niet mogelijk. Dit laatste lijkt met name het gevolg van het feit dat men in Duitsland niet het opportuniteitsbeginsel toepast in de vorm waarin dit in het Nederlandse Strafrecht geschiedt.

6.5.4 Tenlastelegging en grondslag leer

De vraag naar de samenloop van voorbereiding, poging en voltooid delict, staat in nauw verband met de vraag welke ruimte een op art. 45 of 46 Sr toegesneden tenlastelegging biedt. Dat deze vraag niet slechts van academisch belang is, blijkt uit een niet gepubliceerd arrest van de Hoge Raad uit 1997.¹⁴⁶ In casu was één van de cumulatief tenlaste gelegde feiten toegesneden op poging tot diefstal met geweld door twee of meer verenigde personen. In cassatie werd ambtshalve geoordeeld dat de tenlaste gelegde gedragingen geen begin van uitvoering van

144. Vgl. De Hullu, *Materieel Strafrecht*, p. 389.

145. Zie het eerdergenoemde voorbeeld van medeplichtigheid aan poging versus plegen van voorbereiding.

146. HR 15 april 1997, nr. 104.043. Zie over dit arrest tevens J.L. van der Neut/P. Smith/W. Wedzinga, *Grenzeloze voorbereiding*, *Advocatenblad* 1997, p. 663-665.

art. 312 Sr opleverden. In plaats van vrij te spreken, hetgeen gelet op de in de tenlastelegging voorkomende woorden ‘ter uitvoering van het voorgenomen misdrijf’ het meest voor de hand leek, wijzigde de Hoge Raad de kwalificatie van poging naar voorbereiding. Bewezenverklaard was dat verdachte:

‘(...) ter uitvoering van het door verdachte telkens voorgenomen misdrijf om samen en in vereniging met een ander met het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening weg te nemen geld, toebehorende aan een ander of anderen dan aan verdachte en zijn mededader, en daarbij die voorgenomen diefstal te doen voorafgaan en/of te doen vergezellen en/of te doen volgen van geweld en/of van bedreiging met geweld tegen (een) perso(o)n(en), te plegen met het oogmerk om die diefstal voor te bereiden en/of gemakkelijk te maken en/of bij betrapping op heterdaad aan zichzelf en/of bij betrapping op heterdaad aan zichzelf en/of een andere deelnemer van dat misdrijf hetzij de vlucht mogelijk te maken hetzij het bezit van het gestolene te verzekeren, tezamen en in vereniging met een ander telkens als volgt heeft gehandeld:

- hebbende hij, verdachte en zijn mededaders telkens
- zich naar de plaats van het misdrijf begeven en
het slotgat van een kluis van een bank, ABN-AMRO, gelegen aan de Arnhemse weg te Ede onbruikbaar gemaakt, respectievelijk met een plastic voorwerp en een soort kit,
zijnde de uitvoering van dat telkens voorgenomen misdrijf niet voltooid, alleen tengevolge van de van zijn wil onafhankelijke omstandigheid dat (...).’

Zoals gezegd was de Hoge Raad van oordeel dat de bewezenverklarde gedragingen geen begin van uitvoering opleverden van het misdrijf van art. 312 Sr. Dat dit oordeel niet leidde tot een vrijspraak kan twee dingen betekenen. Of de Hoge Raad geeft aan de woorden ‘ter uitvoering van het voorgenomen misdrijf’ een louter kwalificatieve betekenis, of deze bewoordingen worden gerekend tot de feitsomschrijving, maar de Hoge Raad geeft hieraan een betekenis welke afwijkt van die in art. 45 Sr.

Eerstgenoemde mogelijkheid lijkt gezien de huidige praktijk minder voor de hand liggend. Bovendien wijst de plaats van deze bewoordingen in het zinsverband van de tenlastelegging (c.q. bewezenverklaring) niet op een louter kwalificatieve betekenis. Als er in de onderhavige bewezenverklaring al een cesuur valt te constateren, welke aanleiding geeft tot een dergelijke interpretatie, dan ligt deze besloten in de woorden ‘telkens als volgt gehandeld’.¹⁴⁷ In dat geval zou het voor de hand liggen om het geheel van de tenlastelegging/bewezenverklaring geplaatst voor deze woorden als louter kwalificatief te beschouwen. Dit laatste had echter moeten leiden tot een ontslag van rechtsvervolging, omdat de bewezenverklaring in dat geval niet alle bestanddelen van art. 312 Sr bevatte.¹⁴⁸

147. Zie hieromtrent Melai, aant. 6 bij art. 261, met name aant. 6.2. en 6.3.

148. Hierbij kan ook worden gewezen op HR 2 september 1997, nr. 105.806. Na te hebben geconcludeerd dat de bewezen verklaarde gedragingen geen begin van uitvoering van de voorgenomen dood-

De enig overblijvende mogelijkheid is derhalve dat de cassatierechter aan de woorden 'ter uitvoering van het voorgenomen misdrijf' een andere betekenis toekent dan aan de vergelijkbare bewoordingen van art. 45 Sr. Ook deze oplossing verdient uit oogpunt van consistentie en begrijpelijkheid naar mijn mening geen schoonheidsprijs. Voor de interpretatie van wetstermen in de tenlastelegging geldt volgens jurisprudentie van de Hoge Raad als hoofdregel dat deze zoveel mogelijk worden uitgelegd conform de wettelijke betekenis. Deze regel lijdt slechts uitzondering in gevallen waarin uit de bewoordingen waarin een tenlastelegging is gesteld bepaaldelijk het tegendeel volgt.¹⁴⁹ Een dergelijk geval lijkt in bovengenoemd arrest niet aanwezig. Hiermee wordt de indruk gewekt dat de grenzen van de tenlastelegging zijn opgerekt teneinde een door het OM gemaakte 'fout' te kunnen herstellen.¹⁵⁰

Na deze vaststelling komen wij toe aan de vraag of een op art. 45 Sr toegesneden tenlastelegging wel de mogelijkheid openlaat voor een kwalificatie van voorbereiding. Hiervoor zal de tenlastelegging in ieder geval alle bestanddelen van art. 46 dienen te bevatten. In het bovengenoemde voorbeeld is dit twijfelachtig. Het voorhanden hebben van stoffen en voorwerpen kan worden afgeleid uit het in de bewezenverklaring omschreven gebruik hiervan. Blijkbaar zijn ook de bestanddelen 'kennelijk bestemd tot het in vereniging begaan (...)' in de bewezenverklaring ingelezen. Hiermee lijken de grenzen waarbinnen een tenlastelegging kan worden opgerekt te zijn bereikt.

Naast de vraag naar de grenzen van de tenlastelegging kan men zich in het onderhavige geval afvragen of met een dergelijk oprekken van tenlastelegging en bewezenverklaring niet de grenzen van een goede procesorde zijn overschreden. Verdachte werd pas na de uitspraak in cassatie geconfronteerd met het feit dat hij ook werd vervolgd voor het plegen van voorbereidingshandelingen.¹⁵¹ Hij heeft zijn verdediging derhalve nimmer kunnen richten op dit deel van de tenlastelegging.

slag opleveren, stelt A-G Van Dorst (onder verwijzing naar het onderhavige HR 15 april 1997, nr. 104.043) voor om te bezien of de bewezenverklaring mogelijk kan worden gekwalificeerd als 'voorbereiding van doodslag'. De Hoge Raad kwam echter tot een vrijspraak.

149. Zie HR 18 oktober 1988, NJ 1989, 267: 'Behoudens in gevallen waarin uit de bewoordingen waarin een telastelegging is gesteld bepaaldelijk het tegendeel volgt, moet ervan worden uitgegaan dat aan in een telastelegging voorkomende woorden of zinsneden welke klaarblijkelijk zijn ontleend aan de tekst van een wettelijke bepaling (...) overeenkomstig de bedoeling van de steller van die telastelegging dezelfde betekenis moet worden gehecht als daarin toekomt in die wettelijke bepaling (...).' Zie tevens Melai, aant. 7.1 bij art. 261.
150. Een wetsconforme uitleg van de woorden 'ter uitvoering van het voorgenomen misdrijf', had in het onderhavige geval kunnen leiden tot nietigheid van de dagvaarding wegens innerlijke tegenstrijdigheid dan wel onbegrijpelijkheid. Een afwijkende uitleg met als doel tot een kwalificatie te komen waarop de steller van deze tenlastelegging niet het oog had, lijkt mij ongewenst. Vgl. HR 12 oktober 1993, NJ 1994, 144.
151. In de zaak welke leidde tot het arrest van 25 april 1997 hoefde verdachte dit ook niet te verwachten, gezien het feit dat de bewezenverklaarde gedragingen waren verricht voor de in werking treding van het huidige art. 46 Sr.

Deze zienswijze lijkt te worden ondersteund door het EHRM. In *Pélissier en Sassi*¹⁵² werden verdachten vervolgd voor de Franse variant van ‘bedrieglijke bankbreuk’ (‘banqueroute’). Een veroordeling als dader van dit delict strandde in eerste aanleg kortgezegd op het feit dat de verdachten niet hadden gehandeld in de uitoefening van een beroep of bedrijf. In hoger beroep werden verdachten alsnog veroordeeld als ‘complices’ (medeplichtigen) aan ‘bedrieglijke bankbreuk’. Voor het Europees Hof stelden beide verdachten dat hun rechten van art. 6 lid 1 en 3 onder a. en b. van het verdrag waren geschonden door het feit dat zij zouden zijn veroordeeld voor een ander feit dan hen was tenlaste gelegd.

Het EHRM plaatst het recht op informatie omtrent de aard en de reden van de beschuldigingen in het licht van het recht op voorbereiding van de verdediging. Het Hof bestrijdt daarbij niet het recht van de rechter om tot een eventueel ‘alternatief’ oordeel te komen. Het stelt echter wel de eis dat de rechten van de verdediging slechts dan effectief kunnen worden uitgeoefend, indien discussie over een dergelijke ‘alternatieve’ beschuldiging ten overstaan van de rechter mogelijk is geweest. Vervolgens wordt geconstateerd dat niet is vastgesteld dat de verdachten zich bewust waren van het feit dat een veroordeling voor ‘medeplichtigheid’ tot de mogelijkheden behoorde. Ook stelt het Hof vast dat de verdachten naar Frans recht hiervan niet op de hoogte behoorden te zijn. Hiervoor acht het Hof doorslaggevend dat een veroordeling als ‘complices’ alleen mogelijk is wanneer is voldaan aan een aantal bijzondere bestanddelen en onder voorbehoud van een aantal cumulatieve vereisten. In tegenstelling tot de Franse regering was het Hof daarom van mening dat het concept van de ‘complicité’ niet slechts een lichtere gradatie is van de oorspronkelijke aanklacht voor het grondfeit.

Deze laatste overweging maakt de vergelijking mogelijk met de verhouding tussen poging en voorbereiding. De delictsomschrijving van art. 46 Sr kent ook een aantal bijzondere bestanddelen welke niet automatisch gelden voor de strafbare poging. De voorbereiding is dus niet een vanzelfsprekend voorportaal van de poging. Hierdoor is dus ook niet iedere pogingstenlastelegging impliciet-subsidiar een op strafbare voorbereiding toegesneden tenlastelegging. De verdediging zal zich daarom, indien slechts poging is tenlaste gelegd, niet toespitsen op de voorbereiding. Een veroordeling wegens voorbereiding kan in dat geval voor de verdachte als een volslagen verrassing komen, waardoor aan zijn recht op een adequate verdediging tekort wordt gedaan.

6.5.5 Samenloop tussen art. 46, 46a Sr en bijzondere voorbereidingsdelicten

Een vraag die hierboven nog niet is beantwoord is hoe de voorbereidingsbepalingen in het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht zich verhouden ten opzichte van de voorbereidingsdelicten in het bijzonder deel van het Wetboek en in bijzondere wetten.

152. EHRM 25 maart 1999, nr. 25444/94.

De belangrijkste bepalingen welke zouden kunnen concurreren met art. 46 Sr zijn de artt. 96, 103 en 122 Sr en art. 10a Opiumwet. De voorbereidingsdelicten in de sfeer van de valsheidsdelicten kunnen hier onbesproken blijven.¹⁵³ De misdrijven waarop de voorbereiding in dat geval zal zijn gericht, kennen geen van allen een maximum gevangenisstraf van acht jaren of meer.

Het antwoord op de vraag hoe deze bijzondere voorbereidingsdelicten zich verhouden tot art. 46 en 46a kan kort zijn. In de memorie van toelichting bij Wetsontwerp 22 268, wordt hieromtrent namelijk het volgende betoogd:

‘Voor zover in de strafwetgeving de voorbereidingshandeling sui generis voorkomt, zal de toepasselijkheid van de concurrentieregeling van het tweede lid van het genoemde artikel (art. 55 Sr; PS) het Openbaar Ministerie verplichten de telastelegging toe te spitsen op de bijzondere strafbaarstelling, die het strafrechtelijk schuldverwijt ook indringender en specifiekere weergeeft. Zulks is ook in overeenstemming met het beginsel van art. 1, eerste lid van het Wetboek dat de wetgever verplicht de strafbaarstelling zo gedetailleerd mogelijk te redigeren en de wetstoepasser instrueert de meest gespecificeerde delictsomschrijving te bezigen bij de vaststelling van de strafbaarheid.’

Hieruit lijkt slechts één conclusie te kunnen worden getrokken. In de onderhavige gevallen zal sprake zijn van een genus-species-verhouding.

6.6 Slotoverweging

Ten tijde van de invoering van art. 46 Sr werd alom kritiek geleverd op deze algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen. Er werd zelfs gesproken van de meest ingrijpende wijziging sinds de invoering van het Wetboek van strafrecht en er zou sprake zijn van een breuk met de beginselen die ten grondslag liggen aan het huidige strafrecht. Niet langer gedragingen en handelingen, maar intenties gingen het uitgangspunt vormen voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid.

De voorgrens van strafrechtelijke aansprakelijkheid, gesteld door de grenzen van de strafbare poging, was tot 1994 gerespecteerd. De invoering van het huidige art. 46 Sr doorbrak deze grens, waardoor volgens sommigen een hellend vlak werd betreden, waarlangs het daadstrafrecht zou afglijden tot een daderstrafrecht. Het krenkingsstrafrecht zou verworden tot een ideestrafrecht. Terecht is hiertegen ingebracht dat het hellend vlak argument in een dergelijke discussie geen zelfstandige waarde bezit. Het gaat niet om de vraag of een bepaalde strafbaarstelling zal leiden tot een verdere uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid, maar om de vraag waar de grenzen van deze aansprakelijkheid liggen.

In dit onderzoek is getracht een antwoord te geven op deze laatste vraag. De eerste vraag lijkt door de ontwikkelingen sinds de invoering van art. 46 Sr even-

153. Te denken valt hierbij aan de misdrijven van art. 214 Sr en art. 223 Sr.

eens te zijn beantwoord. De grenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid zijn sindsdien wederom naar voren verschoven. Waar de wetgever in eerste instantie nog wilde vasthouden aan de objectieve uitgangspunten welke ook de pogingsleer kenmerkten, zijn deze uitgangspunten in de loop der jaren steeds meer verwaterd. Het schrappen van het bestanddeel 'in vereniging' uit art. 46 Sr is hiervan het meest sprekende voorbeeld. Daarbij springt tevens het gemak in het oog waarmee de wetgever bereid is om aan te nemen dat vermogensrechten kunnen worden aangemerkt als zijnde kennelijk bestemd tot het begaan van een misdrijf. Voorts kan gewezen worden op een aantal gevallen waarin het wettelijke strafmaximum is verhoogd ten behoeve van de mogelijke toepassing van art. 46 Sr. Hierdoor is ondertussen ook de voorbereiding van deelneming aan een criminele organisatie tot de mogelijkheden gaan behoren.

Ook de rechtspraak lijkt weinig genegen tot een terughoudende toepassing van de strafbare voorbereiding. Wellicht het meest sprekende voorbeeld hiervan wordt gevormd door HR 15 april 1997, nr. 104.043, waarin ons hoogste rechtscollege alle mogelijk rek in de tenlastelegging benut om uiteindelijk tot de conclusie te komen dat het voorhanden hebben van plastic patatvorkjes strafbare voorbereiding oplevert.¹⁵⁴

Tot slot kan ook de wetenschap niet onbesproken blijven. Waar voor de invoering van art. 46 Sr de kritiek niet van de lucht was, lijkt deze kritiek sindsdien grotendeels te zijn verstomd. Bij gebrek aan gepubliceerde jurisprudentie beperkt men zich veelal tot het aanhalen van de wetsgeschiedenis, waarbij deze op een enkele uitzondering na vrijwel kritiekloos wordt overgenomen.

Al met al lijkt er sprake te zijn van een cultuuromslag of op zijn minst een klimaatverandering. Men lijkt alweer te zijn vergeten dat art. 46 Sr gedragingen strafbaarstelt waarvan jarenlang is geaccepteerd dat deze straffeloos waren. Sterker nog, gedragingen waarvan algemeen werd aangenomen dat zij straffeloos behoorden te zijn. Met deze klimaatverandering lijkt het eerder verworpen hellend vlak argument toch weer aan waarde te winnen. Eenmaal acceptierend dat voorbereidingshandelingen strafbaar zijn, lijkt de deur naar een ruime toepassing van deze strafbaarstelling te zijn opengezet.

Waar ten tijde van de invoering van ons huidige Wetboek van Strafrecht onrecht werd aangemerkt als een *conditio sine qua non* voor strafbaarheid,¹⁵⁵ lijkt strafbaarheid thans een *conditio sine qua non* te worden voor de bestrijding van dreigend onrecht.

Voor de invoering van art. 46 Sr werd gesteld dat men in het buitenland bij de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen nergens zover is gegaan als in Nederland. Deze conclusie zou ik op basis van mijn eigen bevindingen in zijn algemeenheid niet durven te onderschrijven. Wel kan worden gesteld dat men in Nederland met betrekking tot de individuele voorbereiding verder is gegaan dan in de ons omringende landen.

154. Dat de Hoge Raad hierbij art. 46 Sr toepast op een geval, gepleegd vóór de invoeringsdatum van 1 april 1994, laat ik hier verder buiten beschouwing.

155. Volgens de woorden van de toenmalige minister van justitie Modderman, Smidt I, p. 16.

