

# Kroniek Materieel strafrecht



## Algemene leerstukken

Medeplegen » Noodweer » Voorbedachten rade

## Specifieke delicten

Mensenhandel » Verduistering » Virtuele kinderporno » Witwassen »

Zedendelicten: *Ontuchtige handelingen* » *Verkrachting*

Dit jaar is tevens een Kroniek materieel strafrecht geschreven. Deze nieuwe kroniek zal de komende jaren worden uitgebreid ten koste van de Kroniek strafprocesrecht. Dit hangt samen met de rechtsontwikkeling in de uitspraken van de Hoge Raad. Op 19 februari 2013 wees de Hoge Raad een nieuw standaardarrest over vormverzuimen. Dat arrest komt er in de kern op neer dat bewijsuitsluiting alleen in uitzonderlijke gevallen nog aan de orde kan zijn. Vanuit het oogpunt van een succesvolle verdediging worden materiële leerstukken daarmee steeds belangrijker.

In deze kroniek is met name aandacht besteed aan die algemene leerstukken en specifieke delicten die in 2013 een ontwikkeling hebben doorgemaakt en is daarmee geen volledig overzicht van alle uitspraken over materiële onderwerpen. De kroniek is gebaseerd op uitspraken gepubliceerd in diverse vakbladen – waaronder de *Nieuwsbrief Strafrecht (NbSr)*, de *Nederlandse Jurisprudentie (NJ)* en het *Nederlands Juristenblad (NJB)*.

Chana Grijsen, Desiree de Jonge,  
Robert Malewicz en Patrick van der Meij<sup>1</sup>

## Algemene leerstukken

### Medeplegen

De tijd lijkt voorbij dat in jurisprudentiebesprekingen kon worden gesteld dat de feitenrechter het leerstuk van het medeplegen meer terughoudend zou zijn gaan interpreteren. De tendens van een meer beperkte reikwijdte heeft vooral betrekking op strafzaken waarin verdachten in zekere zin zijn gebruikt als katvanger bij hennepkwekerijen en de daarmee samenhangende diefstal van elektriciteit.

In enkele arresten van het Gerechtshof Amsterdam kan wel een bevestiging worden gevonden voor de stelling dat bij voor medeplegen in afwezigheid die afwezigheid dient te worden gecompenseerd door een stevig aandeel in de voor-

bereiding dan wel afwikkeling van dat feit. Andersom hoeft de aanwezigheid van de verdachte bij de uitvoering van het strafbare feit en het aannemen van voorwaardelijk opzet op het delict, niet te leiden tot een bewezenverklaring ter zake van medeplegen. In een zaak van de Rechtbank Den Haag ging het om het wegmaken van een stoffelijk overschot (art. 151 Sr), waarbij de rechtbank aannam dat de verdachte zich op enig moment heeft gerealiseerd dat het lichaam door diens medeverdachte in een koffer was gepakt en in zijn bijzijn in de kofferbak van de auto waarin zij reden, is getild. Het gebrek aan uitvoeringshandelingen door de verdachte leidde uiteindelijk tot vrijspraak.

Het leerstuk medeplegen staat de laatste tijd vooral in de belangstelling vanwege de Nijmeegse scooterzaak. Deze zaak draait om een tweetal verdachten dat na een gezamenlijk te plegen overval op één scooter voor de politie is gevlucht, waarbij tijdens die vlucht een voetganger is aangereden en is overleden. De beide verdachten werden vervolgd voor drie strafbare feiten: het medeplegen van doodslag, van dood door schuld in het verkeer en van gevaarstelling op de weg. Het Gerechtshof Arnhem had de beide verdachten in hoger beroep vrijgesproken van alle feiten, omdat uit al het voorhanden bewijsmateriaal – (getui-

gen)verklaringen, technisch onderzoek – onvoldoende duidelijk naar voren was gekomen wie van hen de bestuurder was van de scooter. Het hof overwoog dat bij onduidelijkheid wie de bestuurder is geweest, vereist is dat de rollen van de bestuurder en de rijder volstrekt inwisselbaar zijn. Aangezien de rijder tijdens de rit de scooter niet heeft bestuurd en geen invloed heeft gehad op het rijgedrag van de bestuurder, is van volstreekte inwisselbaarheid geen sprake, aldus het hof.

Deze zaak is eind 2013 weer actueel omdat het OM cassatie heeft ingesteld en ag Knigge onlangs een conclusie heeft genomen. Knigge geeft aan dat het gerechtshof bij de vraag of de verdachten als medeplegers konden worden aangemerkt niet de juiste criteria heeft gehanteerd. Knigge stelt dat het gerechtshof had moeten onderzoeken of het onverantwoorde rijgedrag een direct uitvloeisel was van het gezamenlijke plan de roofoverval te plegen. Indien in een dergelijk gezamenlijk plan besloten zou hebben gelegen dat zij bij een eventuele vlucht voor de politie met de scooter zich niet aan de verkeersregels zouden houden, om zo koste wat kost te ontkomen, kan volgens Knigge wel degelijk van medeplegen sprake zijn, waarbij in het midden mag blijven wie van de twee verdachten de scooter bestuurde. Wordt vervolgd.

<sup>1</sup> Advocaten bij Cleerdin & Hamer in Amsterdam en Almere; Robert Malewicz is tevens redactielid van dit blad.

## Noodweer

Afgelopen jaar zijn er vanuit verdedigingsperspectief enkele lichtpuntjes geweest ten aanzien van het – weerleggen van – noodweerverweer. Een in meerdere opzichten opvallend arrest is het volgende. Op een drukke zaterdagmiddag staat een zangduo religieuze liederen ten gehore te brengen op de centrale toegangsbrug naar het Centraal Station in Amsterdam. Twee verbalisanten passeren op dat moment en nemen waar dat het publiek met een grote boog om het zangduo heen loopt. Zij trekken daaruit de conclusie dat de openbare orde door hen wordt verstoord en geven bevel zich te verwijderen, waaraan geen gehoor wordt gegeven.

Vervolgens wordt de vrouwelijke helft van het duo om haar legitimatiebewijs gevraagd maar zij geeft aan dat niet nodig te hebben omdat God haar identiteit zou kennen. Verbalisanten gaan vervolgens over tot aanhouding wegens verstoring van de openbare orde. Op enig moment verzet verdachte zich daartegen en enige tijd later moet zij voor de rechter verschijnen op verdenking van wederspanningheid en mishandeling van de verbalisant. Van de wederspanningheid wordt zij vrijgesproken omdat het enkel ten gehore brengen van religieuze liederen wat de rechter betreft onvoldoende is om tot verstoring van de openbare orde te komen. Nu de aanhouding niet rechtmatig is geweest is ook geen sprake van wederspanningheid.

Ten aanzien van de mishandeling beroept de vrouw zich op noodweer. Zij zou bij de aanhouding met haar rug tegen een brug aan zijn gezet, heeft uit angst achterover te vallen de verbalisant aangeklamp, kreeg toen een duw tegen haar kin en heeft zich pas daarna trachten te ontzetten. Het hof overweegt dat geen sprake is van een noodzakelijke verdediging, omdat een getuige heeft verklaard dat de brug anderhalve meter hoog is en er nooit gerechtvaardigde angst heeft kunnen zijn dat zij achterover zou vallen. Daarmee was zij niet gerechtigd zich te verdedigen.

Met deze motivering maakt de Hoge Raad korte metten. Door de verdediging was immers aangevoerd dat de reactie van

de verdachte pas volgde op het moment dat zij tegen haar kin werd geduwd en nu het hof daar niet op in is gegaan, is dat oordeel niet zonder meer begrijpelijk.

Een tweede arrest waarin de Hoge Raad oordeelt over de inhoud van de noodzakelijke verdediging betreft het volgende: het hof was tot het oordeel gekomen dat aan de verdachte geen beroep op noodweer toekwam omdat de verdachte disproportioneel had gehandeld. Er zouden voor hem andere, minder ingrijpende middelen hebben opgestaan dan het hard in het gezicht slaan van het slachtoffer waardoor deze in elkaar zakt, het bewustzijn verliest en naar later blijkt een gebroken kaak, neus en oogkas heeft.

De Hoge Raad overweegt: indien het heeft geoordeeld dat eerst dan aan de hier te stellen proportionaliteitseis is voldaan indien, naast de noodzaak van de verdediging als zodanig, ook de noodzaak van de gekozen wijze van verdediging komt vast te staan, heeft het een te strenge toets aangelegd. Wat dat laatste betreft is immers beslissend of de desbetreffende gedraging – als verdedigingsmiddel – niet in onredelijke verhouding staat tot de ernst van de aanranding.

Indien het echter die – juiste – maatstaf wel voor ogen heeft gehad, had het gelet op de door hem vastgestelde ernst van de aanranding, zijn oordeel dat de verdachte voor een te zwaar middel heeft gekozen, nader dienen te motiveren.

Wat betreft die aanranding heeft het hof immers vastgesteld dat [slachtoffer], nadat hij de verdachte tegen zijn been had geschopt en de verdachte het been van [slachtoffer] had vastgepakt, slaande bewegingen maakte in de richting van het gezicht van de verdachte.

## Voorbedachten rade

Ten aanzien van het leerstuk ‘voorbedachten rade’ geldt dat de lijn die de Hoge Raad in 2012 heeft ingezet, lijkt te worden doorgetrokken. Een bewezenverklaring van voorbedachten rade lijkt in de nieuwe standaardjurisprudentie vooral een motiveringskwesitie. Uitgangspunt is

dat om de voorbedachten rade te kunnen aannemen, de verdachte zich gedurende enige tijd heeft kunnen beraden op het te nemen of het genomen besluit en dat hij niet heeft gehandeld in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling, zodat hij de gelegenheid heeft gehad na te denken over de betekenis en de gevolgen van zijn voorgenomen daad en zich daarvan rekenschap te geven. Toch volstaat ‘voldoende tijd en gelegenheid’ op zich lang niet altijd meer bij het aannemen van voorbedachten rade. Contra-indicaties kunnen namelijk aan die aanname in de weg staan.

Die contra-indicaties kunnen bestaan in een plotselinge hevige drift, de korte duur van de tijdsperiode waarin de afwijking zou hebben moeten plaatsvinden en de omstandigheid dat de gelegenheid tot beraad pas ontstaat ten tijde van het uitvoeren van het delict. De Hoge Raad overwoog: ‘Mede met het oog op het [...] strafverzwarende gevolg dat dit bestanddeel heeft, moeten – anders dan wel uit eerdere rechtspraak van de Hoge Raad wordt afgeleid – aan de vaststelling dat de voor voorbedachte raad vereiste gelegenheid heeft bestaan, bepaaldelijk eisen worden gesteld en dient de rechter, in het bijzonder indien de voorbedachten raad niet rechtstreeks uit de bewijsmiddelen volgt, daaraan in zijn motivering van de bewezenverklaring nadere aandacht te geven.’

In recente arresten van de Hoge Raad is bepaald dat de desbetreffende feitenrechtters ten onrechte voorbedachten rade hebben aangenomen. Het gaat bijvoorbeeld om HR 19 juni 2012, NJ 2012, 519 (uitpakken van mes uit krantenpapier, geen tijdsperiode van voorbedachten rade); HR 9 oktober 2012, NJ 2012, 596 (gedurende het steken met het mes geen voorbedachten rade vanwege een waas voor de ogen) en HR 13 november 2012, NJ 2012, 659 (geen voorbedachten rade bij een tweede confrontatie vanwege een hevige gemoedsbeweging).

Dat het gaat om strenge motiveringseisen heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt in zijn meest recente arrest inzake voorbedachten rade. In dit arrest worden in de eerste plaats de overwegingen uit het standaardarrest van februari 2012 aangehaald. De Hoge Raad vult daarbij aan dat



het vaak lastig zal zijn te achterhalen wat de verdachte bij het bestaan van de gelegenheid tot beraad en tot overdenking van de consequenties van zijn handelen daadwerkelijk heeft gedacht, 'zeker in het geval dat de verklaringen van de verdachte en/of eventuele getuigen geen inzicht geven in hetgeen voor en ten tijde van het begaan van het feit in de verdachte is omgegaan'.

In deze zaak ging het om een steekpartij in een snackbar, waarbij de verdachte het slachtoffer een eerste keer blijkbaar in een opwelling in de nek had gestoken en korte tijd daarna – een tijdspanne van vijftig seconden – nog een keer, met een dodelijke wond als gevolg. Het Gerechtshof Den Haag was in deze zaak tot de slotsom gekomen dat in geval van de tweede steek sprake was van voorbedachten rade, mede omdat niet was komen vast te staan dat de verdachte daarbij had gehandeld vanuit een ogenblikkelijke gemoedsopwelling (in tegenstelling tot bij de eerste steek). Met andere woorden: er leek geen contra-indicatie aanwezig.

De Hoge Raad haalde echter een streep door deze motivering en caseerde mede omdat het hof wel degelijk contra-indicaties had genoemd: '1) dat de verdachte de eerste steek in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling heeft toegebracht en 2) dat het tweede steekincident korte tijd –

ongeveer vijftig seconden – daarna plaatsvond.' Blijkbaar had het hof nadrukkelijk dienen te motiveren waarom de aanvankelijke hevige gemoedsbewegingen iets later niet meer aanwezig was, of had het hof gewoonweg vrij moeten spreken van voorbedachten rade.

## Specifieke delicten

### Mensenhandel

De strafbaarstelling van mensenhandel (art. 273f Sr) is één van de delicten die in de loop van de eenentwintigste eeuw een steeds groter toepassingsbereik hebben gekregen. De toename van het aantal zaken vloeit voort uit de exponentieel toegenomen aandacht vanuit de overheid en het OM voor de bestrijding van mensenhandel. Uit de Negende Rapportage van de Nationaal Rapporteur Mensenhandel volgt dat er een duidelijk stijgende lijn is in het aantal zaken dat voor de rechter wordt gebracht. De bestrijding van mensenhandel staat hoog op de straf-

rechtagenda, zowel in Europees als in nationaal verband.

Eén van de belangrijkste wapenfeiten van de wetgever in het kader van de bestrijding van mensenhandel betreft de recentelijk in werking getreden Wet ter Implementatie van de EU-Richtlijn 2011/36/EU. De richtlijn draagt de EU-lidstaten op een integrale aanpak van mensenhandel te organiseren en de mensenhandel niet enkel door middel van het strafrecht te bestrijden. De integrale aanpak dient te bewerkstelligen dat naast de bestrijding ook meer nadruk komt te liggen op preventie. Bovendien vraagt de richtlijn aan de hand van die integrale aanpak meer aandacht voor de slachtoffers van mensenhandel. Deze aandacht heeft naast een zorgaspect ook altijd een meer pragmatische kant: bij de bestrijding van mensenhandel zijn de justitiële autoriteiten vaak afhankelijk van de informatie van het slachtoffer om effectief te kunnen opsporen en vervolgen.

Voor de Nederlandse wetgever heeft de implementatie van de richtlijn geen vergaande consequenties gehad: tot op zekere hoogte voldeden de nationale wetgeving en organisatie van de bestrijding van mensenhandel al aan de richtlijn. Zo heeft Nederland al lange tijd een Nationaal Rapporteur Mensenhandel en diende diens onafhankelijke positie aan de hand van de richtlijn enkel nog wettelijk te worden verankerd. De in de richtlijn vooropgestelde multidisciplinaire integrale aanpak volgde reeds uit de taskforce Aanpak Mensenhandel.

Op het gebied van het materiële strafrecht zijn vier belangrijke veranderingen te noemen. De omschrijving 'uitbuiting' is conform art. 2 lid 3 van de richtlijn uitgebreid met gedwongen bedelarij en criminele activiteiten. In de wet wordt conform art. 4 lid 2 van de richtlijn een strafverzwaring geregeld voor mensenhandel gepleegd tegen een bijzonder kwetsbaar slachtoffer, zoals kinderen onder de achttien jaar. Onder een kwetsbare positie wordt ook begrepen een situatie waarin een persoon geen andere werkelijke of aanvaardbare keuze heeft dan het misbruik te ondergaan. Een kwetsbare positie kan onder andere het gevolg zijn van illegale binnenkomst of

illegaal verblijf, van een ongedocumenteerde status, van een verslaving of van een psychische of lichamelijke handicap. Conform art. 10 van de richtlijn wordt in het wetsvoorstel de extraterritoriale rechtsmacht gevestigd in vorm van ongeclausuleerde rechtsmacht over eigen onderdanen die mensenhandel plegen.

Tot slot verplicht de richtlijn tot aanscherping van de maximumstraffen. Ook hierin loopt Nederland voor op de implementatie, aangezien de huidige strafmaxima al voldoen aan de strafniveaus uit de richtlijn. Op 1 april 2013 is de Wet tot aanpassing van het materieel strafrecht aan recente ontwikkelingen in werking getreden, waarin de strafmaxima voor art. 273f Sr zijn verhoogd.

Naast de Wet tot Implementatie van de Richtlijn bestaan meer wetsvoorstellen die de problematiek van de mensenhandel raken, zoals het Wetsvoorstel regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche. De kern van dat wetsvoorstel is de invoering van een vergunningstelsel voor de uitoefening van een seksbedrijf, de invoering van een registratieplicht voor prostituees en het strafbaar stellen van het gebruikmaken van illegaal aanbod van prostitutie.

Dat het menens is met de bestrijding van mensenhandel volgt ook uit de nieuwe Aanwijzing Mensenhandel van het OM die op 21 juni 2013 in werking is getreden. Ook uit de Aanwijzing volgt dat wordt ingezet op een integrale aanpak, bij voorkeur in een internationale context. Uitgangspunt is dat alle signalen dat sprake zou zijn van mensenhandel worden opgepakt. Ook de onvoorwaardelijke aandacht voor het slachtoffer volgt uit de nieuwe Aanwijzing en dat is het grootste verschil ten opzichte van de oude Aanwijzing: slachtoffers dienen te worden ondersteund in het strafproces (schadevergoedingsverzoeken) en tegen henzelf wordt geen vervolging ingesteld indien zij als gevolg van de uitbuiting zelf strafbare feiten hebben gepleegd.

Een gevolg van de toegenomen aandacht voor de bestrijding van mensenhandel is een niet-aflattende stroom aan jurisprudentie, waarbij duidelijk is dat de strafbare uitbuiting zich voor kan doen in tal van vormen. Uiteraard speelt mensen-

handel zich vaak af in de prostitutie en seksbranche. Niettemin komen geregeld zaken voor de rechter waarin doorgaans buitenlandse seizoenarbeiders onder zeer slechte omstandigheden tewerk worden gesteld in de land- en tuinbouwsector. Het op grote schaal organiseren van schijnhuwelijken kan ook worden geschaard onder mensenhandel. Het aanzetten van jonge meisjes tot de smokkel van hasj vanuit Marokko naar Nederland is eveneens als mensenhandel geduid.

De zaken waarin verdachten worden vrijgesproken van art. 273f Sr zijn beperkt in aantal en lijken soms te zijn ingegeven door meer formele gronden. Zo heeft de Rechtbank Amsterdam een verdachte vrijgesproken omdat zij niet aan de bewijsvraag toekwam of de verdachte het slachtoffer door middel van opsluiting had gedwongen zich te prostitueren, omdat dezelfde rechtbank dezelfde verdachte eerder had vrijgesproken van wederrechtelijke vrijheidsberoving. De Rechtbank Amsterdam kwam ook tot vrijspraak in een andere zaak omdat verklaringen van het slachtoffer te zeer op zichzelf stonden en nagenoeg geen bevestiging vonden in andere getuigenverklaringen ten aanzien van de vermeende uitbuiting: een onvoldoende minimum aan bewijsgronden.

Toch doen zich ook vrijspraken ter zake van art. 273f Sr voor. De Rechtbank Noord-Nederland achtte het enkele plaatsen van wervende advertenties, zonder dat op enige manier contact is geweest met vrouwen die in de prostitutie zouden willen werken, onvoldoende om te kunnen spreken van een begin van uitvoering van mensenhandel.

Van een poging tot mensenhandel was wel sprake in een zaak van de Rechtbank Gelderland waarin de verdachte met anderen op een parkeerplaats had afgesproken tegen betaling een zeventienjarig meisje over te nemen in het kader van zijn prostitutiebedrijf en hij eenmaal op de parkeerplaats trachtte weg te vluchten toen hij zag dat anderen dan de eerdere aanbieders bij de overname betrokken zouden zijn. De Rechtbank Gelderland oordeelde in een andere zaak dat het dwingen van iemand tot het afsluiten van telefoonabonnementen gezien de strek-

king van de strafbaarstelling (bescherming van geestelijke en lichamelijk integriteit en persoonlijke vrijheid) niet valt onder mensenhandel. Er was geen sprake van een uitbuitingssituatie die de wetgever met de strafbaarstelling voor ogen had gestaan.

Eén van de zaken die het nieuws heeft gehaald, is die van de opa die zich naar het oordeel van de rechter schuldig had gemaakt aan uitbuiting van zijn tienjarige kleindochter. Deze strafzaak van de Rechtbank Midden-Nederland illustreert zowel de effectiviteit als het (al te?) ruime toepassingsbereik van de strafbaarstelling mensenhandel. De opa was met zijn kleindochter naar een supermarkt gereden met het oogmerk haar een winkeldiefstal te laten plegen. De rechtbank oordeelde dat zij redelijkerwijs geen andere keuze had dan dit te ondergaan en zich voor de winkeldiefstal beschikbaar te stellen. De rechtbank schaarde het aanzetten tot het plegen van een winkeldiefstal onder 'het verrichten van een dienst in de zin van art. 273f Sr'. De opa had zijn kleindochter uitgebuit en daar voordeel uit getrokken. Het is niet ondenkbaar dat vóór de opmars van de bestrijding van mensenhandel een dergelijk feit gewoonweg strafbaar zou zijn geacht in de zin van 'het doen plegen van winkeldiefstal'. Wellicht dat een dergelijke kwalificatie mede gezien de familieband tussen dader en slachtoffer meer voor de hand had gelegen.

## Verduistering

In de zaak die heeft geleid tot een uitspraak van de Hoge Raad op 2 juli 2013 had de verdachte tot vijfmaal toe dvd's van de serie *Charmed* via Marktplaats verkocht. Nadat de koopprijs door de koper op de rekening van verdachte was gestort, had hij echter niet geleverd. De verdachte werd primair vervolgd voor oplichting en subsidiair voor verduistering. De rechtbank en het hof kwamen beide tot een integrale vrijspraak, waarna het OM casatie heeft ingesteld. Het hof had geoordeeld dat de geldbedragen die door de kopers zijn overgemaakt na ontvangst door de verdacht niet meer voor weder-



Vroeger hield ik van David Hamilton – maar nu meer van foto-realisme. En dokter... dat is strafbaar...



rechtelijke toe-eigening vatbaar zijn. De Hoge Raad is het daarmee eens. Het enkele niet-leveren van een tegenprestatie na het ontvangen van een koopsom levert dus geen oplichting op.

## Virtuele kinderporno

Op 12 maart 2013 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waarin invulling wordt gegeven aan het bij wetswijziging van 2002 ingevoerde bestanddeel 'schijnbaar is betrokken' uit art. 240b Sr. In de Aanwijzing Kinderporno had het OM zich al gewaagd aan uitleg van dit bestanddeel en was tot de conclusie gekomen dat daaronder ook afbeeldingen vallen die niet evident levensecht zijn. Geheel in overeenstemming met de door het OM ingezette lijn was in de zaak die heeft geleid tot dit arrest van de Hoge Raad onder andere ten laste gelegd dat verdachte in het bezit is geweest van een viertal tekeningen met kinderpornografische strekking. De rechtbank en ook het hof waren ten aanzien van die vier tekeningen tot een partiële vrijspraak gekomen omdat het niet ging om realistische afbeeldingen. Het OM wilde daaromtrent graag het oordeel van de Hoge Raad en ging in cassatie.

De Hoge Raad onderschrijft de overwegingen van hof: 'Het bestanddeel "schijnbaar betrokken" in de delictomschrijving van art. 240b Sr brengt mee dat onder deze strafbepaling ook is begrepen een realistische afbeelding van een niet-

bestaand kind in de zin dat de afbeelding niet van echt is te onderscheiden.' De internationale regelgeving op het gebied van *child pornography* maakt dat naar het oordeel van de Hoge Raad niet anders omdat die ook geen betrekking heeft op niet-realistische afbeeldingen.

## Witwassen

Op 8 januari 2013 wees de Hoge Raad een viertal arresten in zaken waarin door de desbetreffende gerechtshoven (onder andere) wegens witwassen werd veroordeeld. De arresten zijn van belang, in die zin dat daarin de in HR 26 oktober 2010, NJ 2010, 655 reeds enigszins ingezette lijn wordt verduidelijkt (volgens de bewoordingen van de Hoge Raad, Borgers spreekt in zijn noot zelfs van 'geherformuleerd'). In laatstgenoemd arrest overwoog de Hoge Raad dat niet elke in art. 420bis en art. 420quater Sr omschreven gedraging in alle omstandigheden de kwalificatie (schuld)witwassen rechtvaardigt. De Hoge Raad noemt daarbij als voorbeeld het (enkele) voorhanden hebben van een voorwerp afkomstig uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf. In beginsel wordt van de witwasser een handeling gevergd die erop is gericht om zijn criminele opbrengsten veilig te stellen. Indien vaststaat dat het enkele voorhanden hebben niet bijgedragen kan hebben aan het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat voorwerp, zal die gedraging niet als (schuld)witwassen kunnen worden gekwalificeerd, aldus de Hoge Raad. Dat het de Hoge Raad niet (slechts) ging om het vaststellen van het (objectief) niet hebben kunnen bijdragen aan het verbergen of verhullen van de herkomst van het voorwerp, blijkt reeds uit een aantal arresten uit 2012, waarin de Hoge Raad het criterium uit 2010 toepast door telkens te stellen dat het gerechtshof niet heeft vastgesteld dat het voorhanden hebben heeft bijgedragen aan het verbergen of verhullen van de criminele herkomst.

In de arresten van januari 2013 verduidelijkt de Hoge Raad eerst het doel van deze rechtspraak; voorkomen dient te worden dat een verdachte die een misdrijf

begaat en daardoor voorwerpen onder zich heeft zich automatisch ook schuldig maakt aan witwassen van die voorwerpen. Bovendien dient in zo'n geval het gronddelict centraal te staan in de vervolging. De Hoge Raad verwoordt nog eens helder dat het gaat om een kwalificatieuitsluitingsgrond van de gedraging die niet meer omvat dan het enkele voorhanden hebben en die niet een op het daadwerkelijke verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat door eigen misdrijf verkregen voorwerp gericht karakter heeft. Daarnaast brengt de Hoge Raad opnieuw onder de aandacht wat in de arresten uit 2012 reeds tot uitdrukking was gebracht: het vonnis of arrest moet voldoende duidelijkheid verschaffen over de door de rechter relevant geachte gedraging(en). Uit de motivering (van de – ook ambtshalve te toetsen – kwalificatiebeslissing) moet kunnen worden afgeleid dat de gedraging(en) van de verdachte (kennelijk) gericht is/zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het door eigen misdrijf verkregen voorwerp.

In HR 8 januari 2013, NJ 2013, 264, LJN: BX4585 ging het naar het oordeel van de Hoge Raad mis in die motivering. Uit de door het hof gebezigde bewijsvoering volgde slechts dat de (mede)verdachten gelden buiten het zicht hadden gehouden van diverse banken en de Belastingdienst. Het hof had zijn oordeel dat in nauwe en bewuste samenwerking meer was gedaan dan het enkele voorhanden hebben van die gelden, doordat de gedragingen ook (kennelijk) gericht zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst daarvan (kennelijk (alleen) daarop gebaseerd). De Hoge Raad vond het oordeel dat sprake was van gewoontewitwassen ontoereikend gemotiveerd.

Ook in HR 8 januari 2013, NJ 2013, 266 m.nt. Borgers kon uit de motivering van het hof niet zonder meer worden afgeleid dat door de (enkele) vaststelling dat de medeverdachte uit door hem gepleegde niet-ambtelijke corruptie verkregen gelden in de kluis in zijn woning bewaarden en de verdachte hiervan op de hoogte was, gedragingen zijn verricht die (ook) kennelijk gericht zijn geweest op het ver-



bergen of verhullen van de herkomst van die gelden. Interessant aan deze zaak is nog dat het niet de verdachte zelf was geweest die de gelden door eigen misdrijf had verkregen, maar haar medeverdachte. In deze zaak was derhalve geen sprake van een risico op het automatisch schuldig zijn aan witwassen bij schuld aan het gronddelict maar desondanks casseerde de Hoge Raad ook in deze zaak.

In de zaak van de medeverdachte, HR 8 januari 2013, NJ 2013, 265, werd ook gecasseerd. De motivering van de Hoge Raad wijkt iets af omdat het hof in die zaak wel een gedraging (naast het voorhanden hebben) had vastgesteld, namelijk het 'ten dele vergokken' van het geld. Die vaststelling kon echter niet het oordeel dragen dat de verdachte het gehele geldbedrag heeft witgewassen. Ten aanzien van het niet-vergokte deel was namelijk nog steeds niets vastgesteld waaruit zou kunnen worden afgeleid dat gedragingen zijn verricht die ook (kenmerkend) gericht waren geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst, terwijl de verdachte het vergokte deel nu juist niet meer voorhanden had en vergokken eerder als een andere in de witwasbepalingen strafbaar gestelde gedraging kon worden aangemerkt.

Uit de op de arresten van 8 januari volgende rechtspraak is HR 18 juni 2013, LJN: CA3302 interessant omdat de Hoge Raad daarin bevestigt dat de eisen uit de 'januari-arresten' ook gelden bij het verwerven van voorwerpen met een criminele herkomst. De verdachte in die zaak had door eigen misdrijf geld verworven en voorhanden gehad door geldbedragen op verschillende plekken in zijn huis te bewaren. Dat laatste was uit de bewijsvoering af te leiden, echter dit vond de Hoge Raad (anders dan ag Hofstee) niet voldoende (motivering). Het op verschillende plaatsen in huis bewaren van geld brengt immers nog niet zonder meer mee dat de verdachte de criminele herkomst van dat geld heeft getracht te verbergen of te verhullen, aldus de Hoge Raad.

In HR 2 juli 2013 (ECLI:HR:NL:2013:121) casseerde de Hoge Raad eveneens. Het hof had het geprobeerd met een soort negatieve vaststelling, inhoudende dat op geen enkele wijze was gebleken dat de door de verdachte (door misdrijf) verdiende geldbedragen buiten het economisch verkeer waren gehouden en dat dus als vaststaand moest worden aangenomen dat het geld door de verdachte was gebruikt. Uit die motivering kon volgens de Hoge Raad niet worden afgeleid dat er gedragingen waren geweest die waren gericht op het verhullen of verbergen van de her-

komst van het geld. Op 2 oktober 2013 oordeelde het Hof Amsterdam (ECLI:GHAMS:2013:3188) conform de januari-arresten door de verdachte te ontslaan van alle rechtsvervolging maar merkt het hof wel op dat met deze ontwikkeling in de rechtspraak de standaardjurisprudentie van de Hoge Raad dat geld niet vatbaar is voor onttrekking aan het verkeer, aanvulling behoeft. Het hof komt tot de conclusie dat bij teruggave van het in beslag genomen geld, dit geld in het economisch verkeer zal worden gebracht en dat elke uitgave van dat geld door de verdachte witwassen zou opleveren. Het hof onttrekt dat geld dan aan het verkeer; hoe de Hoge Raad over deze 'aanvulling' denkt, valt af te wachten.

## Zedendelicten

### Ontuchtige handelingen

HR 8 mei 2012 betrof een door het OM ingesteld cassatieberoep tegen de vrijpraak van een verdachte van het plegen van ontuchtige handelingen door het heimelijk filmen en fotograferen van een persoon in een doucheruimte. Het hof overwoog daartoe dat het heimelijk fotograferen en filmen van personen die in een afgesloten doucheruimte aan het douchen zijn niet kan worden aangemerkt als handelingen van seksuele aard en daarom ook niet het verrichten van ontuchtige handelingen als bedoeld in art. 246 Sr opleveren.

Volgens de Hoge Raad getuigde dat oordeel niet van een onjuiste uitleg van art. 246 Sr. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat in art. 139f, eerste lid, Sr strafbaar is gesteld het met gebruikmaking van een technisch hulpmiddel waarvan de aanwezigheid niet op duidelijke wijze kenbaar is gemaakt, opzettelijk en wederrechtelijk van een persoon, aanwezig in een woning of op een andere niet voor het publiek toegankelijke plaats, een afbeelding te vervaardigen. Een dergelijke gedraging is op zichzelf niet – tevens – een ontuchtige handeling in de zin van art. 246 Sr. Dat is

volgens de Hoge Raad niet anders indien bedoelde persoon naakt is en/of indien de afbeelding is vervaardigd om deze later te (laten) gebruiken ter bevrediging van lustgevoelens.<sup>2</sup> De Hoge Raad overweegt nog dat van belang kan zijn of er enige voor het plegen of dulden van ontucht relevante interactie tussen de verdachte en die persoon heeft plaatsgevonden, omdat in uitzonderlijke gevallen ook zonder lichamelijke aanraking sprake kan zijn van het dwingen tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen<sup>3</sup>; maar ook zonder lichamelijke aanraking moet het dan wel gaan om een handeling waarvan het plegen of dulden als ontuchtig is aan te merken.

In HR 3 mei 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ9286) was eveneens sprake van het heimelijk filmen van een persoon in een kleedhokje, waarvoor de verdachte door het hof was veroordeeld. Het hof had daarover overwogen dat dit heimelijk filmen onder omstandigheden kan worden aangemerkt als een handeling van seksuele aard en dientengevolge ook kan opleveren het verrichten van ontuchtige handelingen als bedoeld in art. 246 Sr en dat voor het dwingen tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen in het bijzonder betekenis toekomt aan het antwoord op de vraag of en zo ja, in hoeverre tussen de dader en het slachtoffer enige voor het plegen of dulden van ontucht relevante interactie heeft plaatsgevonden. Het hof overweegt in dit specifieke geval als volgt: 'Aangeefster heeft op de gedraging van verdachte, te weten haar van onderaf filmen terwijl zij zich aan het afdrogen was en geen kleding aan had, gereageerd zodra zij de telefoon zag. Tussen verdachte en aangeefster is sprake geweest van een wisselwerking die hierin heeft bestaan dat aangeefster tegen voornoemde gedraging van verdachte heeft geprotesteerd en deze heeft beëindigd. Aangeefster heeft de telefoon weggeduwd waarop verdachte de tele-

foon heeft teruggetrokken en met filmen is gestopt. Daarnaast heeft zij verbaal afkeurend gereageerd op de gedraging van verdachte. Nu het niet zo is dat aangeefster pas later, achteraf, op de hoogte is geraakt van de gedraging van verdachte maar actief op zijn ontuchtige gedrag heeft gereageerd. Hiermee heeft naar het oordeel van het hof, voor het plegen of het dulden van ontucht, relevante interactie plaatsgevonden.'

Volgens de Hoge Raad is dat protesten van de aangeefster tegen het filmen echter niet aan te merken als 'enige voor het plegen of dulden van ontucht relevante interactie', terwijl het hof verder niets aan relevante interactie had vastgesteld. Daarom gaf het oordeel van het hof, dat de aangeefster ontuchtige handelingen had moeten dulden, blijk van een te ruime en dus onjuiste, uitleg van dat begrip.

### Verkrachting

In zijn arrest van 22 februari 1994, LJN: ZC9650, NJ 1994, 379 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat op grond van de wetsgeschiedenis moet worden aangenomen dat de term 'seksueel binnendringen' in art. 242 Sr elk binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking omvat. In zijn arrest van 21 april 1998, LJN: ZD1026, NJ 1998, 781 heeft de Hoge Raad vervolgens ontkennend geantwoord op de vraag of wat betreft het toepassingsbereik van die bepaling niettemin een uitzondering moet worden gemaakt voor die gevallen waarin de wijze waarop het lichaam is binnengedrongen objectief niet op één lijn kan worden gesteld met het binnendringen met een lichaamsdeel in anus of vagina. Dit arrest werd bekend als het 'tongzoen-arrest'. In HR 12 maart 2013 (ECLI:NL:HR:2013: BZ2653) merkt de Hoge Raad echter op dat op arrest van meet af aan kritiek is geuit en ook in lagere rechtspraak niet steeds is gevolgd.

Die kritiek houdt naar de kern gezien in dat het bestempelen van een tongzoen als verkrachting in strijd is met het algemene spraakgebruik en buiten het door

het begrip verkrachting afgegrensde kader treedt, terwijl de toepassing van bijvoorbeeld feitelijke aanranding van de eerbaarheid als voorzien in art. 246 Sr meer geëigend zou zijn. Een ander bezwaar is dat een veroordeling ter zake van verkrachting als onjuist en onrechtvaardig wordt ervaren omdat een tongzoen in redelijkheid niet op één lijn kan worden gesteld met geslachtsgemeenschap of een – wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit – daarmee vergelijkbare gedraging. De Hoge Raad komt daarom terug op de eerder aan art. 242 Sr gegeven interpretatie. Een tongzoen kan wel het seksueel binnendringen van het lichaam opleveren, maar voortaan niet meer als verkrachting worden gekwalificeerd. Hierbij heeft de Hoge Raad ook meegenomen dat een vermelding van verkrachting op een uittreksel justitiële documentatie ernstiger maatschappelijke repercussies zal hebben dan de vermelding van een minder zwaar beladen benaming. <<



<sup>2</sup> HR 14 februari 2012, LJN: BU5254.

<sup>3</sup> HR 22 maart 2011, LJN: BP1379, NJ 2011, 146.