

DE STRAFBARE INTENTIE IS BIJNA EEN FEIT

Mr. S.L.J. Janssen*

Het Wetsvoorstel ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven¹ (vanaf nu: het wetsvoorstel) heeft al het nodige stof doen opwaaien. In een zeldzame blijk van ongerustheid schreef raadsheer bij de Hoge Raad Corstens van dijkdoorbraken in het strafrecht,² en ook in enkele andere publicaties is gewezen op de verstrekkende inhoud en de aanzienlijke risico's van dit wetsvoorstel.³ Al die bijdragen gingen hoofdzakelijk over de strafvorderlijke wijzigingen, zoals het laten vervallen van de ernstige bezwaren in het kader van de voorlopige hechtenis en het onthouden van stukken aan de verdediging. In het wetsvoorstel bevindt zich echter ook een artikel dat een kleine tekstuele wijziging van art. 46 lid 1 Sr voorstelt dat grote gevolgen kan hebben voor de strafbaarheid van voorbereidingshandelingen: het laten vervallen van het bestanddeel 'kennelijk'. De bepaling zal dan voortaan luiden: *"Voorbereiding van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaren of meer is gesteld is strafbaar, wanneer de dader opzettelijk voorwerpen, stoffen, informatiedragers, ruimten of vervoermiddelen bestemd tot het begaan van dat misdrijf verwerft, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert of voorhanden heeft."* Hoe op de vleugels van de terrorismebestrijding een algehele strafbaarstelling van de kwade intentie behoorlijk dichtbij komt.⁴

Artikel 46 is op 1 april 1994 in het Wetboek van Strafrecht opgenomen en behelst de algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen. Voorafgaand aan die invoering was een gedraging pas strafbaar na een begin van uitvoering, waarmee er sprake was van een poging tot een strafbaar feit. Met het oog op de georganiseerde criminaliteit en de gevaarstelling die uitgaat van groepen criminelen die ernstige strafbare feiten plannen, werd het noodzakelijk geacht in een vroeger stadium te kunnen ingrijpen. Bij de behandeling van het wetsvoorstel werd herhaaldelijk gewezen op het risico dat bij strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen verdachten bestraft zouden worden puur op basis van hun kwade bedoelingen, nog voordat er feitelijk ook maar iets gevaarlijks of strafrechtelijks relevants was gebeurd. Om dit "spook van het intentiestrafrecht buiten de deur te houden"⁵ nam de wetgever een aantal objectieve bestanddelen op in de nieuwe aansprakelijkheidsgrond. Allereerst zou de eenmansactie in de voorbereidingsfase niet strafbaar zijn doordat de voorbereiding moest zien op een in vereniging te plegen misdrijf. Verder zou sprake moeten zijn van in de wettekst omschreven concrete activiteiten en concrete voorbereidingsmiddelen. Tot slot moest de criminele bestemming *kennelijk* zijn; niet alleen voor de getrainde speurneus maar ook voor de 'gemiddelde rechtsgenoot' moest duidelijk zijn dat de specifieke gedraging met de specifieke middelen geen onschuldig karakter had. Met name deze laatste eis zou moeten voorkomen dat "de intentie het belangrijkste, zo niet het enige aanknopingspunt vormt voor strafrechtelijke aansprakelijkheid."⁶

Het bestanddeel 'in vereniging' werd op 1 januari 2002 uit artikel 46 Sr geschrapt.⁷ De in het artikel genoemde gedragingen en middelen zijn zo ruim geformuleerd dat het bijzonder lastig is een menselijke handeling te bedenken die daar niet onder valt. Zo verwerven de meeste mensen dagelijks

* Advocaat bij Cleerdin & Hamer Advocaten te Amsterdam.

¹ Wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven, Kamerstukken 2004-2005, 30164, nr. 2.

² G.J.M. Corstens, Dijkdoorbraken in de strafrechtspleging, NJB 2005 nr. 6, p. 289.

³ O.a. P.H.P.H.M.C. van Kempen, Terrorismebestrijding door marginalisering strafvorderlijke waarborgen, NJB 2005 nr. 8, p. 397 en Th.A. de Roos, de nieuwe wetsvoorstellen helpen niet, in Advocatenblad 2006 nr. 4, p. 176.

⁴ Zie voor de verschillende benaderingen van het begrip intentiestrafrecht G.A.M. Strijards, Strafbare voorbereidingshandelingen, Studiepockets strafrecht nr. 30, Tjeenk Willink, Zwolle 1995, p. 42 en p. 115.

⁵ G.A.M. Strijards, a.w. p. 41.

⁶ Peter Smith, Strafbare voorbereiding, een rechtsvergelijkend onderzoek, BJU 2003, p. 202.

⁷ Wet van 20 december 2001, Stb 2001, 675. Hiermee was de reden van invoering al snel naar de achtergrond verdwenen. Daar zou met het oog op (de achtergrond van) het huidige wetsvoorstel nog wel enige lering uit te trekken zijn.

voorwerpen en stoffen en is het voorhanden hebben van een vervoermiddel ook bepaald geen uitzondering. Komt nu de kennelijke bestemming te vervallen dan zijn de objectieve bestanddelen feitelijk geheel uit de voorbereidingsbepaling verdwenen. Dat is vooral problematisch met het oog op het bewijsrecht en de onschuldspresumptie.⁸ Het hebben van een kwade gedachte, en zeker het willen uitvoeren daarvan, zal immers over het algemeen door de betreffende persoon ontkend worden, en lastiger nog, soms terecht. Gezien de aard van de strafbare voorbereiding is het voor een verdachte onmogelijk om te bewijzen dat hij het feit niet daadwerkelijk zou gaan plegen en het aantonen van onschuld is in de praktijk dan ook bijzonder lastig. Betoogd wordt wel dat de werkelijke beperking van deze strafbaarstelling schuilt in het woord *voorbereiden* zelf: slechts wanneer de handelingen daadwerkelijk als het voorbereiden van een strafbaar feit zijn te beschouwen, is de gedraging strafbaar.⁹ Dit blijft echter in hoge mate een subjectieve toetsing, die gekleurd zal worden door de verdenkingen van het Openbaar Ministerie en het dossier dat rond die verdenking is opgebouwd. Wanneer er geen objectief waarneembare handeling die concreet uiting geeft aan het voornemen meer hoeft te worden vastgesteld, kan dit ertoe leiden dat met toepassing van de bekende voorwaardelijk opzet redenering het strafbare feit puur op basis van vermoedens wettig bewezen kan worden verklaard. Het is onvermijdelijk dat dit er vroeg of laat toe leidt dat verdachten worden veroordeeld, letterlijk omdat zij de schijn tegen hebben.

Volgens de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel brengt de wijziging feitelijk niets nieuws: de Hoge Raad stelt volgens de Minister zulke lage eisen aan het begrip 'kennelijk' dat verwijdering daarvan uit het voorbereidingsartikel niets meer is dan een verduidelijking van het geldend recht. Bovendien is er in de literatuur geen eenduidige mening over dit begrip en dat maakt de zaken ook nodeloos lastig. Dat de intentie alleen voortaan voldoende is wordt in de korte toelichting bij dit deel van het wetsvoorstel letterlijk erkend: "De subjectieve bestemming, het opzet van de dader, is toereikend voor strafbaarheid."¹⁰

Enkele Kamerleden lijken nog lont te ruiken maar de opgeworpen bezwaren worden vrij eenvoudig weg gewuifd.¹¹ Op de vraag wat deze algemene wijziging doet in een wetsvoorstel dat pretendeert uitdrukkelijk ten dienste te staan van terrorismebestrijding, antwoordt de Minister dat de behoefte aan verduidelijking van de wet is gebleken bij het doorlichten van wetgeving met het oog op terrorismebestrijding (laat u die redenering even tot u doordringen, waarde lezer). Op een vraag over de strafbaarheid van het voorhanden hebben van voorwerpen die in de voorstelling van de dader wel, maar objectief gezien niet kunnen bijdragen aan het te bereiken resultaat, antwoordt de Minister geruststellend dat zo'n geval niet tot strafbaarheid zal leiden. In de praktijk is dit leerstuk van de absoluut ondeugdelijke voorbereiding echter een zeldzaamheid,¹² nu daarvan net als bij de absoluut ondeugdelijke poging slechts sprake kan zijn wanneer de getroffen voorbereidingen zelfs onder de meest gunstige omstandigheden niet kunnen leiden tot een begin van uitvoering van het voorgenomen feit.¹³ De vraag tenslotte naar de vereiste mate van concretisering van het voornemen, dus of duidelijk moet zijn welk strafbaar feit, wanneer en hoe gepleegd gaat worden, laat de Minister feitelijk onbeantwoord: het wetsvoorstel zal in de reikwijdte van het bestaande artikel 46 Sr geen wijzigingen aanbrengen. Dat in de huidige rechtspraak slechts bewezen hoeft te worden dat er voorbereidingshandelingen worden getroffen om op enig moment een feit te plegen waarop 8 jaar of meer gevangenisstraf is gesteld, blijft onvermeld. Concretisering vindt nu de facto plaats bij het moeten aantonen van het duidelijk aanwezige criminele doel: bij het invullen van de kennelijke bestemming dus. Maar dat zal na de wetswijziging niet meer nodig zijn.

⁸ Ook vanuit principiële en dogmatische hoek is hier het nodige op aan te merken maar dat zal hier verder buiten beschouwing worden gelaten. Zie ook noot 4.

⁹ Zie o.a. Gritter en Sikkema, Bestemming onbekend, DD 2006, afl. 3/15, p. 277-302

¹⁰ MvT, Kamerstukken 2004-2005, 30164, nr. 3, p. 49.

¹¹ Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken 2004-2005, 30164, nr. 7, p. 54-56.

¹² De commotie rond de vrijspraak van Samir A. door het Hof Den Haag (18 november 2005, NJ 2006, 69) ten spijt. Waarschijnlijk leidt deze uitspraak tot nog meer terughoudendheid; zie ook E. van Sliedregt, Samir A. en strafbare voorbereiding, NJB 2005 nr. 45, p. 2371.

¹³ Zie o.a. AG Fokkens bij HR 7 oktober 2003, NJ 2004, 63: dat "van een straffeloze, absoluut ondeugdelijke poging pas wordt gesproken als de uitvoeringshandeling zo kinderlijk, zo ondoeltreffend, zo ongerijmd is, dat zij nimmer tot het door verdachte beoogde doel had kunnen leiden, zelfs onder voor hem zeer gunstige omstandigheden."

Aanvaarding van dit deel van het wetsvoorstel zal ertoe leiden dat sneller tot vervolging van voorbereidingshandelingen zal worden overgegaan, en dat ook sneller veroordeeld kan worden. Daarbij gaat het niet om slechts enkele zware misdrijven. Doordat delictsomschrijvingen alleen straf*maxima* vermelden (die al vrij snel op of boven de 8 jaar uitkomen) wordt een groot aantal strafbare feiten door artikel 46 Sr bestreken. Bovendien kan iemand op basis van de verdenking van voorbereidingshandelingen aan allerhande opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen worden blootgesteld. Of een zo algemene uitbreiding van strafbaarheid wenselijk is, is zeer de vraag, en die vraag moet los van het terrorismedebat worden beantwoord.