



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Aanzetten tot criteria voor strafbaarstelling van de voorfase

Voorde, J.M. ten; Cleiren, C.P.M.; Kunst, M.J.J.; Leun, J.P. van der; Schoep, G.K.

Citation

Voorde, J. M. ten. (2012). Aanzetten tot criteria voor strafbaarstelling van de voorfase. In C. P. M. Cleiren, M. J. J. Kunst, J. P. van der Leun, & G. K. Schoep (Eds.), *Meijers-reeks* (pp. 65-85). Den Haag: Boom Lemma. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/50220>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/50220>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

1 INLEIDING: STRAFRECHTELIJKE KOLONIALISERING VAN HET VOORVELD

De laatste jaren bestaat veel aandacht voor gedragingen die op zichzelf bezien misschien nog niet zo strafwaardig zijn, maar gelet op de kans dat ten gevolge van dit handelen een ernstig strafbaar feit zou kunnen worden begaan, toch strafbaar wordt gesteld. In de strafrechtelijke literatuur worden dergelijke delicten onder de zogeheten voorfase geschaard.² Er wordt ook wel worden gesproken van het voorveld,³ het terrein dat vóór het vanouds door het strafrecht bestreken terrein ligt. Dat terrein wordt bestreken door de krenkingsdelicten. Naar verloop van tijd heeft het strafrecht zich steeds meer begeven op het terrein waar van krenking of – in de terminologie van deze bijdrage – schade nog geen sprake is. We zouden kunnen zeggen dat een ‘kolonialisering’ heeft plaatsgevonden van het voorveld, een gebied waarin het strafrecht zich lange tijd niet werd geacht te begeven. Dit kan als volgt worden uitgewerkt. Een kolonisator begint met het stichten van enkele voorposten. Die voorposten behoorden enige tijd tot de afgelegen, meer exotische onderdelen van het rijk, die – om dit op het strafrecht te betrekken – het eigenlijke strafrecht niet wezenlijk beïnvloeden en waar het commune strafrecht zich tegelijkertijd verre van houdt. Langzamerhand begint de aantrekkingskracht van de voorposten groter te worden en worden de banden met het gewone strafrecht steviger en ontstaat wederzijdse beïnvloeding. De voorposten beginnen te gedijen en breiden zich uit, om uiteindelijk een (zeer) groot terrein te omvatten. Op enig moment is het voorveld zelfs een min of meer vanzelfsprekend onderdeel van het strafrecht geworden.

Het voorgaande laat allereerst zien dat de strafrechtelijke voorfase al een tijd onderdeel is van het strafrecht. De strafbaarheid van de poging, de samenspanning en de consecutieve medeplichtigheid alsmede de strafbaarstelling

1 Delen van deze bijdrage verschenen eerder in J.M. ten Voorde, ‘Het deelnemen en meewerken aan training voor terrorisme getoetst aan criteria voor strafbaarstelling in de voorfase’, *DD* 2012, p. 94-112

2 Zie B.F. Keulen, ‘Prutswetgeving’, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen et al. (red.), *Levend strafrecht. Strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context. Liber amicorum Ybo Buruma*, Deventer: Kluwer 2011, p. 323-334; B.F. Keulen, ‘Over voetbal, voorbereiding en samenspanning’, *NJB* 2009, p. 1897-1901.

3 Zie D. Roef, ‘Strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de risicomaatschappij’, in: P.L. Bal, E. Prakken & G.E. Smaers, *Veiligheid of vergelding?*, Deventer: Kluwer 2003, p. 39 die spreekt van *Vorfeldkriminalisierung*.

van zogeheten gevaarzettingsdelicten laten zien dat de wetgever zich al in 1886 bewust was van het belang van strafbaarstellingen in de voorfase. Naar verloop van tijd zien we dat het voorveld steeds meer door de wetgever is geëxploreerd: via de uitbreiding van de samenspanning en diverse delicten tegen de openbare orde in het Interbellum,⁴ de gestage uitbreiding van gevaarzettingsdelicten als gevolg van nieuwe technologische ontwikkelingen⁵ naar de toenemende aandacht voor de voorbereiding van in (al dan niet) georganiseerd verband gepleegde misdrijven.⁶

Daarnaast blijkt dat strafbaarstellingen in de voorfase steeds vanzelfsprekender zijn geworden. Bekend is de opmerking van de minister van Justitie bij de invoering van strafbare voorbereidingshandelingen in de Opiumwet (art. 10a): 'Wij beogen (...) zeer beslist geen precedentwerking.'⁷ Daaruit lijkt nog een zekere schroom met betrekking tot de invoering van delicten in de voorfase te bestaan. De invoering (en latere uitbreidingen) van art. 46 Sr leert dat die schroom geen lang leven beschoren was. Inmiddels lijkt de wetgever strafbaarstellingen in de voorfase volstrekt normaal te vinden. Zo kan worden gewezen op de recente invoering van de art. 134a (strafbaarstelling van deelneming en medewerking aan training voor terrorisme), 141a (strafbaarstelling van medeplichtigheid aan geweldpleging) en 248e (strafbaarstelling van grooming) Sr⁸ en het wetsvoorstel dat beoogt aan de Opiumwet een nieuw art. 11a toe te voegen (strafbaarstelling van handelingen ter voorbereiding of vergemakkelijking van hennepsteelt).⁹ Verschillende van deze bepalingen zullen in deze bijdrage ter illustratie terugkeren.

Hoewel het kolonialisieren van het voorveld voor de wetgever kennelijk volstrekt vanzelfsprekend is geworden, is dat vanuit een meer wetenschappelijke invalshoek niet onmiddellijk het geval. Het is echter opvallend dat binnen de Nederlandse strafrechtsdogmatiek relatief weinig aandacht is besteed aan criteria voor strafbaarstelling van voorfasedelicten. Dat zou enerzijds verband kunnen houden met de opvatting dat dergelijke delicten dogmatisch eigenlijk te problematisch zijn, iets dat verband zou kunnen houden met een wat strikte opvatting van wat strafbaar zou mogen worden gesteld

4 Resp. Wet van 28 juli 1920, *Stb.* 619 en Wet van 19 juli 1934, *Stb.* 405.

5 Zie E.F. Stamhuis, *Gemeen gevaar* (oratie Open Universiteit), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 13.

6 Zie A.N. Kesteloo, *Deelneming aan een criminele organisatie. Een onderzoek naar de strafbaarstellingen in artikel 140 Sr* (diss. Open Universiteit), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

7 *Handelingen II*, 24 april 1985, p. 4640.

8 Wet van 12 juni 2009, *Stb.* 245, Wet van 7 juli 2010, *Stb.* 325 en Wet van 26 november 2009, *Stb.* 544. Zie hierover resp. Ten Voorde 2012, Keulen 2009, Keulen 2011 en R.S.B. Kool, 'Better safe, than sorry? Over de legitimiteit van strafbaarstelling van seksueel corrumpen van minderjarigen en grooming', *DD* 2010, p. 1264-1294.

9 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 842, nrs. 1-6. Zie hierover M. Borgers en E. van Poecke, 'Op weg naar het einde: de strafbaarstelling van voorbereiding en vergemakkelijking van professionele hennepsteelt', *Ars Aequi* 2012, p. 171-181.

en wat niet.¹⁰ Anderzijds zouden voorfasedelicten kunnen appelleren aan onze 'common sense', zodat het niet nodig zou zijn er al te veel aandacht aan te besteden.¹¹ Welke verklaring ook kan worden gegeven, het toenemend belang van voorfasedelicten in het strafrecht vraagt om wetenschappelijke aandacht.¹² Het is tijd om na te gaan op grond waarvan gedragingen in het voorveld strafbaar zouden mogen worden gesteld.

In paragraaf 2 worden de begrippen schade en gevaar voor schade uiteengezet. Vervolgens wordt in paragraaf 3 de zogeheten standaard schade analyse beschreven en opgesteld voor voorfasedelicten. In paragraaf 4 worden de criteria voor strafbaarstelling in de voorfase verder uiteengezet. Bij het voorgaande zij opgemerkt dat voor het formuleren van criteria voor strafbaarstelling gebruik is gemaakt van Angelsaksische literatuur, nu de problematiek van voorfasedelicten daar wel tot discussie over criteria voor strafbaarstelling heeft geleid die, niet-tegengaande de verschillen tussen de common law en civil law traditie, ook voor het Nederlandse debat interessante gezichtspunten oplevert.

2 SCHADE EN SCHADEBEGINSEL

2.1 Een omschrijving van schade

In de strafrechtsdogmatiek worden twee antwoordrichtingen gegeven op basis waarvan gedragingen in de voorfase strafbaar zouden mogen worden gesteld: één op basis van het concept rechtsgoederen en één op basis van het schadebeginsel. Vanwege de dominantie van het schadebeginsel, zal ik daarvan in het vervolg van deze bijdrage uitgaan.¹³

10 Vgl. M.S. Groenhuijsen, 'Criteria voor strafbaarstelling', *DD* 1993, p. 1-6.

11 Zie P. Ramsay, 'Preparation Offences, Security Interests, Political Freedom', in: R.A. Duff et al. (eds.), *The structures of the Criminal Law*, Oxford [etc.]: Oxford University Press 2011, p. 204.

12 Zie ook J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 73; J. Remmelink, *mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 96.

13 Zie voor kritiek op het schadebeginsel o.a. B. Harcourt, 'The Collapse of the Harm Principle', *Journal of Criminal Law & Criminology* 1999, p. 109-194 die wijst op een proliferatie van het schadebeginsel, waar steeds meer gedragingen onder kunnen worden geschaard. Die kritiek is niet nieuw en heeft goede papieren, maar miskent ook dat schade, op de wijze zoals door J.S. Mill als eerste werd geformuleerd, geen eenduidig begrip is, maar afhankelijk van, onder andere, de aard van de gedraging nader moet worden afgebakend. Hoe eenvormiger het schadebegrip en het daaruit voortvloeiende schadebeginsel, hoe minder flexibel en hoe minder bruikbaar het (voor het strafrecht) is. Dat zou problematischer zijn dan de o.a. door Harcourt gesignaleerde proliferatie.

Simester en Von Hirsch omschrijven schade als ‘a diminution of the kinds of things that make one’s life go well’. Schade leidt ertoe dat de vooruitzichten van het leven van een ander zijn verslechterd, in fysieke, materiële of immateriële zin, terwijl die ander een gerechtvaardigde claim had dat die schade hem niet mocht worden toegebracht, terwijl de door een verantwoordelijke persoon toegebrachte schade niet kan worden gerechtvaardigd. De toegebrachte schade moet het leven van een ander of anderen voor kortere of langere tijd al dan niet ingrijpend hebben veranderd.¹⁴ Er kan meestal van schade worden gesproken in geval van slachtofferschap, dat wil zeggen dat de persoonlijke of fysieke bronnen van een ander al dan niet ernstig zijn geschaad. Maar ook als die niet direct zijn geschaad en een slachtoffer dus niet (onmiddellijk) aanwijsbaar is, kan (indirect) sprake zijn van schade. Dat brengt het woord verandering tot uitdrukking. Het gaat bij schade niet alleen om een aanwijsbaar slachtoffer, maar – voor wat het strafrecht betreft – om een wederrechtelijke wijziging in de toestand als gevolg van de handeling van de dader, terwijl de dader enige mate van controle had over de wijze waarop en de mate waarin die verandering teweeg werd gebracht.¹⁵ Van verandering zal veelal sprake zijn wanneer de persoonlijke of fysieke bronnen van een ander of anderen daadwerkelijk zijn geschonden. Het gebruik van verandering maakt het mogelijk om onder schade meer te verstaan dan de daadwerkelijke aantasting van lijf, leven of goed. Dat leidt er in het kader van het strafrecht toe dat meer gedragingen onder het bereik van de strafwet kunnen vallen dan wanneer een beperkte betekenis aan schade wordt gegeven. Dat maakt een proliferatie van wat strafbaar wordt gesteld mogelijk en is precies waar critici van het schadebeginsel voor waarschuwen. Om proliferatie te voorkomen moeten extra argumenten worden geformuleerd om te bepalen of een bepaalde handeling wederrechtelijk is. Daarbij geldt als

14 A.P. Simester en A. von Hirsch, *Crimes, Harms, and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing 2011, p. 36.

15 Wederrechtelijkheid en controle (zie A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen. Over opzet, schuld, schulduitsluitingsgronden en straf* (diss. Groningen), Antwerpen/Apeldoorn, Maklu 2008, p. 159 e.v.) vormden ook voor de wetgever van het Wetboek van Strafrecht van 1886 belangrijke uitgangspunten voor strafbaarstelling (H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, deel I*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1881, p. 11, 339). Waar de wetgever toen vrij zeker was wat wederrechtelijk handelen inhoudt (Smidt 1881, p. 22, 58), is die zekerheid verloren geraakt. Dat brengt de noodzaak van criteria voor strafbaarstelling ter invulling van wederrechtelijkheid met zich mee. Dat geldt ook voor controle, die steeds vaker in termen van zorgplichten wordt omschreven. Te bepalen welke mate van controle van een justitiabele bij een bepaalde handeling mocht worden geleverd en hoe aan die controle inhoud wordt gegeven, is *ex post* vanzelfsprekend een taak voor de rechter, maar *ex ante* ook voor de wetgever die bij de totstandkoming van een wettelijke regeling al inzicht kan geven in het belang en de inhoud van controle voor de bepaling van strafbaarheid. Het belang van de mate en de inhoud van controle die van een justitiabele wordt geleverd te bepalen is door veel auteurs die zich met criteria voor strafbaarstelling hebben beziggehouden, niet altijd even duidelijk voor het voetlicht gebracht. Dat is, vanwege het benaderen van intentie en overtuiging, voor strafbaarstellingen in de voorfase niet onproblematisch. Ik kom hier op terug.

ondergrens dat noch een gedachte noch een overtuiging strafbaar kan worden gesteld; zij brengen namelijk helemaal geen verandering teweeg.

2.2 Gevaar en risico voor schade

Uit de vorige subparagraaf blijkt dat aan schade een vrij ruime betekenis kan worden gegeven. Het is mogelijk ook van schade te spreken als het gevolg nog niet is ingetreden. Zo wordt ook aangenomen dat het bereik van het schadebegrip zo ruim is dat ook gevaar voor schade daaronder kan vallen.¹⁶ Of dat inderdaad zo is, hangt mede af van de vraag wat precies onder gevaar voor schade wordt verstaan en op welke wijze gevaar voor schade wordt aangenomen. Beantwoording daarvan helpt de grenzen van schade duidelijker af te bakenen.

Wat moet onder gevaar voor schade worden verstaan? Stamhuis omschrijft gevaar als 'een toestand waarin de kans op een zich voordoen van een concrete onwenselijke gebeurtenis onaanvaardbaar groot is'.¹⁷ Er moet sprake zijn van een kans op een onwenselijke gebeurtenis, die (in enigerlei mate) concretiseerbaar en onaanvaardbaar groot moet zijn. Over de concretiseerbaarheid van de kans is binnen de Nederlandse strafrechtsdogmatiek nooit veel discussie geweest. Altijd werd het bestaan van abstracte gevaarzettingsdelicten, dat wil zeggen delicten waarin de kans op het intreden van een niet nader gespecificeerd onwenselijk geacht gevolg strafbaar wordt gesteld, erkend. Wel is aangenomen dat de laatste decennia daarop meer nadruk is komen te liggen.¹⁸ Meer discussie over de betekenis van gevaar betrof de relatie tussen de gedraging en de kans dat het gevolg zou intreden. Stamhuis stelt in zijn omschrijving dat die kans onaanvaardbaar groot moet zijn,¹⁹ maar daarmee is uiteindelijk vrij weinig gezegd. Wat kan worden bedoeld met een onaanvaardbaar grote kans en wie bepaalt dat?

De grootte van de kans is al meer dan een eeuw een punt van discussie. De socioloog Pieterman betoogt dat de laatste decennia sprake is van een radicalisering in het denken over gevaar en dat veel sneller dan vroeger wordt aangenomen dat bepaald handelen gevaar voor schade oplevert en daarom bijvoorbeeld strafbaar zou moeten worden gesteld.²⁰ Deze stelling

16 Zie onder andere Groenhuijsen 1993; J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal law. Harm to Others*, volume 1, New York/Oxford: Oxford University Press 1984, p. 190-193.

17 Stamhuis 2006, p. 5.

18 Roef 2003, p. 41. Wel moeten we ons realiseren dat het wetboek vanouds abstracte gevaarzettingsdelicten kent (zie bijv. art. 131 en 140 Sr) en dat het debat daarover dus niet heel erg nieuw is. Nieuw is wel dat de wetgever meer delicten als gevaarzettingsdelicten in plaats van krenkingsdelicten lijkt te omschrijven.

19 Stamhuis 2006, p. 8. Daarbij moet nog worden vermeld dat het om een *ex ante* beoordeling gaat, aldus Noyon-Langemeijer-Remmeling, *Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.), aant. 1 op art. 157.

20 R. Pieterman, *De voorzorgcultuur. Streven naar veiligheid in een wereld vol risico en onzekerheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 43-81.

vindt enerzijds zijn weerlegging in de rechtsgeleerde discussie over gevaarzettingsdelicten (in het bijzonder de strafbare poging),²¹ maar anderzijds ondersteuning in de recente strafbaarstelling van diverse gevaarzettingsdelicten en het 'enthousiasme' waarmee politici ervoor pleiten het strafrecht ter voorkoming van schade wensen in te zetten.²² In de discussie over gevaarzettingsdelicten wordt onderscheid gemaakt tussen de objectieve en de subjectieve leer.²³ In de objectieve leer is van gevaar slechts sprake wanneer tenminste een zekere mate van waarschijnlijkheid kan worden aangenomen dat door de gedraging het gevolg zal intreden.²⁴ Of een handeling als gevaarzettend wordt beschouwd, hangt af van de handeling, niet van de intentie van de dader. In de subjectieve leer wordt daarentegen niet de gevaarlijke gedraging centraal gesteld, maar de kwade intentie waarmee de dader het gevolg heeft beoogd. Daardoor kunnen ook die gedragingen als gevaarzettend worden beschouwd die niet met enige mate van waarschijnlijkheid tot het gevolg hoeven te leiden. De mate van waarschijnlijkheid is minder relevant, de kwade intentie staat voorop.

In de discussie tussen de objectieve en subjectieve leer is, zoals vaker, een middenweg gevonden: de gematigde leer. Die wordt door Remmelink aldus verwoord: 'Gevaar is een ietwat zwevend begrip, zwevend tussen de enkele – de blote – mogelijkheid en de absolute zekerheid; het is nooit nauwkeurig te omlijnen. Het begrip is bovendien onvast, doordat het immers samenhangt en met het kennen van de feitelijke omstandigheden en met de kennis van de wetten van samenhang. Deze variëren van persoon tot persoon, ook van tijd tot tijd, wat dus ook betekent dat de beoordeling van "gevaar" veranderlijk zal zijn.'²⁵ Hoe meer zekerheid bestaat over de gevolgen van bepaald handelen, hoe eerder dat handelen als gevaarlijk kan worden beschouwd. Toenemende wetenschappelijke kennis over de gevaren die bepaalde handelingen met zich mee kunnen brengen, kan eraan hebben bijgedragen dat sneller van gevaarlijk handelen wordt gesproken. Maar aan de

21 Vgl. H. Kenshall, *Understanding risk in criminal justice*, Maidenhead/Philadelphia: Open University Press 2003, p. 8-14.

22 Zie bijv. B. Hudson, *Justice in the Risk Society. Challenging and Re-affirming Justice in Late Modernity*, Londen/Thousand Oaks/New Delhi: SAGE Publications 2003, p. 67-70.

23 Zie samengevat C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 338-339.

24 Waarschijnlijkheid zweeft tussen de noodwendigheid en de mogelijkheid die naar menselijke ervaringsregels kan worden aangenomen. Zie G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht*, bewerkt door J.V. van Dijck, Haarlem/'s-Gravenhage: De Erven F. Bohn/Gebr. Belinfante 1927, p. 176-177; J.M. van Bemmelen/W.F.C. Van Hat-tum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht*, deel II door J.M. van Bemmelen, 's-Gravenhage/Arnhem, Martinus Nijhoff/Gouda Quint en Brouwer & Zn. 1954, p. 215; H.B. Vos, *Leerboek van Nederlands strafrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1950, p. 27.

25 J. Remmelink, *mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Groningen: W.E.J. Tjeenk Willink 1975, p. 62 en in iets andere bewoordingen J. Remmelink, *mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 98. Zie ook W.Ph. Scheuer, 'Het gevaarbegrip in het strafrecht', *Tijdschrift voor Strafrecht*, deel XV, 1903, p. 400.

beoordeling van gevaar ligt nog steeds een geobjectiveerde benadering ten grondslag: of sprake is van gevaar wordt bepaald door de gedraging te onderzoeken, niet de kwade intentie van de dader.²⁶ Tegelijkertijd wordt gesteld dat de wetgever soms erg snel meent dat bepaald gevaar objectief kan worden voorspeld. Daardoor worden ook strafbepalingen gerechtvaardigd. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 141a Sr waarin de minister van Justitie stelt dat het 'uitlokken, oproepen en gelegenheid verschaffen tot het plegen van geweld (...) zich helaas in deze tijd veelvuldig voor[doet] en leidt tot maatschappelijk onaanvaardbare gevolgen.'²⁷ De indruk wordt gewekt dat de hoge frequentie van dergelijk gedrag uit (wetenschappelijk) onderzoek kan worden afgeleid. Er is inderdaad onderzoek naar dergelijk gedrag, maar of dat onderzoek de door de minister getrokken conclusie rechtvaardigt, is de vraag.

Het voorgaande heeft verschillende auteurs ertoe gebracht te stellen dat het gevaarsbegrip ingrijpend is gewijzigd. De met de mond beleden objectieve vaststelling van gevaar lijkt inmiddels allang niet meer van doorslaggevend belang te zijn bij de bepaling van wat onder gevaar moet worden verstaan. Er zou meer nadruk worden gelegd op een meer subjectieve vaststelling van gevaar. Dan staat niet zozeer de gedraging maar de kwade intentie voor de bepaling van strafbaarheid op de voorgrond. De gedragingen kunnen op zichzelf vrij onschuldig lijken en nog niet eens leiden tot het plegen van de beoogde misdrijven (denk aan de zaak tegen Samir A.) en toch strafbaar zijn vanwege het doel op basis waarvan werd gehandeld.

Een verklaring voor de hedendaagse aantrekkingskracht van de subjectieve theorie wordt door Ramsay gevonden in een veranderende perceptie omtrent veiligheid.²⁸ Op basis van de objectieve theorie is het gewenst een verbinding te kunnen leggen, in termen van Remmelink een aanmerkelijke kans, tussen de gedraging en het in te treden gevolg. Hoe aanmerkelijker de kans op het gevolg (schade), hoe onveiliger de gedraging naar objectieve maatstaven is, hoe problematischer die gedraging, hoe gewenster een strafrechtelijke reactie op de gedraging, te beginnen met strafbaarstelling door middel van een gevaarzettingsdelict zou kunnen zijn. Vanuit een bepaalde invulling van de subjectieve theorie gedacht, is een dergelijk verband tussen gedraging en schade nauwelijks relevant. Het gaat er vooral om wat de intentie van de dader is. Wanneer een kwade intentie kan worden aangenomen, leidt dat tot een toenemend gevoel van onveiligheid onder burgers. Dat moet worden tegengegaan door maatregelen die het gevoel van veiligheid vergroten. Daarbij doet niet echt ter zake of dat gevoel van onveiligheid objectief wel zo gerechtvaardigd is. Als op basis van een bepaalde kwade intentionele gerichtheid op zichzelf weinig problematische handelingen

26 Vgl. Stamhuis 2006, p. 26; Remmelink 1975, p. 60-61; Scheuer 1903, p. 431.

27 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 467, nr. E, p. 3.

28 Ramsay 2011, p. 209-214.

worden begaan, kan die combinatie toch voldoende reden zijn om de handelingen strafbaar te stellen. In het Nederlandse strafrecht worden de voorbereidingshandelingen in het licht hiervan bediscussieerd; er zou een te grote nadruk worden gelegd op de intentie van de dader, waardoor *Gesinnungsstrafrecht* in het vizier komt.²⁹

De subjectieve invulling van gevaar werkt naar twee kanten: enerzijds door in de strafbaarstelling de nadruk te leggen op de subjectieve in plaats van de objectieve bestanddelen van de delictsomschrijving van de strafbepaling, anderzijds door de strafbaarstelling *als zodanig* te rechtvaardigen vanwege een subjectief gevaar voor schade. Uit de wetsgeschiedenis van art. 134a Sr blijkt dat erg veel nadruk wordt gelegd op een bepaalde gezindte om deze strafbaarstelling te rechtvaardigen.³⁰ Een voorbeeld van de tweede categorie is het onlangs voorgestelde art. 429, aanhef, onderdeel 6° Sr waarin strafbaar wordt gesteld het zodanig gedragen dat gevaar voor het luchtverkeer wordt veroorzaakt of *kan worden veroorzaakt* of dat het verkeer in de lucht wordt gehinderd of *kan worden gehinderd*. Met deze bepaling wordt beoogd op te kunnen treden 'tegen het gericht aanstralen van luchtvaartuigen en tegen elk ander gedrag dat gevaarstelling voor het luchtverkeer kan opleveren.'³¹ Van objectief gevaar hoeft nog geen sprake te zijn; het gaat erom wat gevaar zou kunnen opleveren en wat als onveilig wordt ervaren.

3 DE STANDAARD SCHADE ANALYSE

Om te bepalen of de veroorzaking van schade strafbaar moet worden gesteld, kan aan de hand van de zogeheten *standaard schade analyse* worden bepaald.³² Die analyse bestaat uit drie stappen: het beoordelen of bepalen van de ernst van de schade, van de sociale waarde van de schadebrengende handeling en van de bijeffecten van strafbaarstelling.³³ Hoe ernstiger de schade, hoe eerder een gedraging strafbaar mag worden gesteld, hoe waardevoller de schadetoebrengende handeling is, hoe minder redenen bestaan

29 Zie o.a. E. Prakken en D. Roef, 'Strafbare voorbereiding in Nederland', in: E. Prakken, D. Roef & F. Verbruggen, *Vorbereidingshandelingen in het strafrecht. Preadviezen voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 210-269. Meer gematigd is o.a. M.J. Borgers, 'Strafbaarstellingen in de strijd tegen terrorisme. Werving ten behoeve van de gewapende strijd en samenspanning tot terroristische misdrijven', in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis & J. Wöretshofer (red.), *Praktisch strafrecht. Liber amicorum J.M. Reijntjes*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 25-44; E. Sikkema, *Vorbereidingsdelicten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2012.

30 Zie Ten Voorde 2012, p. 110-111.

31 *Kamerstukken II* 2011/2012, 33 185, nr. 3, p. 4.

32 Zie A. von Hirsch, 'Extending the Harm Principle: 'Remote' Harms and Fair Imputation', in: A.P. Simester en A.T.H. Smith (red.), *Harm and Culpability*, Oxford [etc.]: Clarendon Press 1996, p. 261.

33 Simester en Von Hirsch 2011, p. 55.

voor strafbaarstelling³⁴ en hoe problematischer de bijeffecten, hoe minder snel strafbaarstelling in de rede zou mogen liggen.

Deze analyse is tot op zekere hoogte bruikbaar in geval van delicten in de voorfase. De eerste stap kan worden uitgebreid met een kansoordeel: hoe aanmerkelijker de kans op (of gevaar voor) schade, hoe sneller bepaald gedrag strafbaar zou mogen worden gesteld. Omgekeerd betekent dat hoe minder aanmerkelijk de kans op schade (door de interventie van anderen of door vrijwillig terugtrekkende handelingen van de dader), hoe minder redenen bestaan om die handeling strafbaar te stellen.³⁵ Anders zou het bereik van de strafbepaling te groot worden en ook volkomen onschuldige handelingen van personen strafbaar worden gesteld. Dat staat op gespannen voet met het uitgangspunt dat alleen wederrechtelijk gedrag strafbaar kan worden gesteld en het strafrecht ultimum remedium zou moeten zijn.³⁶

In de tweede stap kan naast de schadetoebrengende handeling worden gesproken van de gevaarzettende handeling: hoe waardevoller de gevaarzettende handeling, hoe minder redenen er zijn die handeling strafbaar te stellen. Op het eerste gezicht is deze stap moeilijk voorstelbaar: de handeling is wederrechtelijk omdat ze gevaar zet. Aan de andere kant: de ouder die zijn kind met kleren aan leert zwemmen in het diepere gedeelte van het zwembad waar het kind (nog) niet kan staan, brengt het kind in gevaar (op zichzelf bestaat er een reële mogelijkheid dat het kind zal verdrinken), maar is deze gevaarstelling niet te rechtvaardigen en zelfs aan te bevelen, nu het

34 In het tweede onderdeel van de standaard schade analyse ligt het begrip waarde besloten. Dat is een notoir vaag begrip, zowel naar doel als naar inhoud. Met de WRR zouden we kunnen stellen dat waarde verwijst naar het ervaren van iets als goed en slecht. Wanneer we gedrag als waardevol omschrijven, dan zit daarin een verwijzing naar rechtvaardiging van en aanbeveling voor dat gedrag. De tandarts die enkele rotte tanden trekt teneinde het gebit voor verdere verrotting te behoeden, brengt schade toe maar zijn gedrag valt te rechtvaardigen en aan te bevelen boven het laten zitten van die rotte tanden. Dit geeft ook aan dat we deze gedraging in een context aan te bevelen vinden. Het gedrag valt aan te bevelen omdat de tandarts wordt geacht te handelen op basis van de laatste tandheelkundige inzichten (anders gezegd: zoals een goed tandarts betaamt). Zie verder Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Waarden, normen en de last van het gedrag* (rapporten aan de regering nr. 68), Amsterdam: Amsterdam University Press 2003, p. 41 e.v.

35 Simester en Von Hirsch wijzen er op dat voor concrete gevaarzettingsdelicten de standaard schade analyse goed toepasbaar is (2011, p. 76). Voor abstracte gevaarzettingsdelicten, die sterk kunnen worden opgerekt (vgl. Roef 2003, p. 39-41), geldt dat in zekere zin ook. Moeilijker wordt het wanneer moet worden bepaald of een bepaalde gedraging strafbaar moet worden gesteld door een concreet of via een abstract gevaarzettingsdelict. Die keuze lijkt te worden bepaald door een afweging van de rechten van de dader versus de rechten van derden en vierden, maar kan volgens Simester en Von Hirsch ook met behulp van de standaard schade analyse worden bepaald (2011, p. 77-79). Dat lijkt mij af te hangen van de vraag hoe dicht de abstracte gevaarstelling tegen de uiteindelijke schade aanligt. Hoe verder van de uiteindelijke schade en hoe afhankelijker strafbaarstelling is van de intentie van de dader, hoe minder de standaard schade analyse als het argumentatieschema bruikbaar lijkt.

36 Vgl. R.A. Duff, 'Criminalizing Endangerment', *Louisiana Law Review* 2005, p. 952-953.

kind daardoor leert hoe het moet zwemmen wanneer het ooit met kleren aan te water raakt? Dat betekent niet dat een kind met kleren aan in het water gooien niet strafbaar zou mogen worden gesteld; het voorgaande betekent dat de wetgever nauwkeurig moet omschrijven welke handeling onder het bereik van de strafbepaling dient te vallen. Juist bij gevaarzettingsdelicten is een zo nauwkeurig mogelijke redactie van de strafbaarstelling van belang; de kans op een te ruim geformuleerde strafbaarstelling is hier namelijk goed denkbaar.³⁷

De derde stap komt bij schadeloze delicten sneller dichterbij dan bij krenkingsdelicten. 'The further we get from the victimising act, the weightier these competing interests become (whether it is the social value of the risk-creating conduct or other constraining values) and the harm principle is less weighty.' Anders gezegd: 'The balancing point ought to change the further we get from the harmful result, fewer and fewer actions ought to be criminalized.'³⁸ Hoever de standaard schade analyse ook kan worden opgegrept, uiteindelijk loopt ze tegen haar eigen grenzen aan. Dat wil zeggen dat de vraag welk handelen in de voorfase nu wel en niet als wederrechtelijk kan worden aangemerkt, op enig moment niet in voldoende mate door de standaard schade analyse kan worden bepaald. Zo kunnen algemene of bijzondere voorbereidingshandelingen, waarbij de kans op schade niet aanmerkelijk is en het onderscheid tussen waardevolle en niet-waardevolle gedragingen minder goed is te maken, niet op grond van deze analyse strafbaar worden gesteld. Voor strafbaarstelling van dergelijk gedrag zijn nadere argumenten nodig.³⁹

37 Uit oogpunt van preventie valt er wat voor te zeggen dat uit de strafbaarstelling duidelijk blijkt welke schade de wetgever op het oog heeft. Dat lijkt ook de achtergrond van de kritiek van de Raad van State op art. 141a Sr te zijn geweest waarin slechts van geweld wordt gesproken en niet van openlijke geweldpleging als bedoeld in art. 141 Sr (Keulen 2011, p. 330-331). Hoe vager een strafbaarstelling in de voorfase, hoe minder afschrikkend die zou kunnen zijn. Maar ook: hoe vager de verwijzing naar de eventuele schade, hoe minder retributief de strafbaarstelling. Daardoor zou de strafbaarstelling aan belangrijke doelen van strafrecht (generale preventie en vergelding) voorbij kunnen schieten. Vgl. Duff 2005, p. 958-959.

38 S. Wallerstein, 'Criminalising Remote Harm and the Case of Anti-democratic Activity', *Cardozo Law Review*, 2007, p. 2714. Zie ook A. Ashworth en L. Zedner, 'Just Prevention: Preventive Rationales and the Limits of the Criminal Law', in: R.A. Duff en S.P. Green (red.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford [etc.]: Oxford University Press 2011, p. 290, 292; De Hullu 2009, p. 73.

39 Vgl. Simester en Von Hirsch 2011, p. 56; Wallerstein 2007, p. 2715; Ashworth en Zedner 2011, p. 286.

4 UITBREIDING VAN DE STANDAARD SCHADE ANALYSE TEN BEHOEVE VAN VOORFASEDELICTEN

4.1 *Minimalismebeginsel*

Die argumenten vindt Wallerstein in het minimalismebeginsel en het '*fair imputation* beginsel'. Het minimalismebeginsel is een uitwerking van het beginsel van subsidiariteit. Op basis hiervan wordt allereerst aangenomen dat strafbaarstelling slechts dan aan de orde mag zijn wanneer de schade die zou kunnen worden veroorzaakt ook zelf onder het bereik van de strafwet zou vallen (*de minimis* regel). Daarmee wordt voorkomen dat gedragingen strafbaar worden gesteld, terwijl de schade die uit dat gedrag zou kunnen voortvloeien zelf niet strafwaardig wordt geacht. De wetgever zal op basis hiervan niet alleen moeten aangeven waarom de gedraging zelf strafwaardig is, maar ook waarom de schade die daaruit zou kunnen ontstaan onder het bereik van de strafwet zou moeten vallen.⁴⁰

Het minimalismebeginsel maakt het mogelijk strafbaarstellingen in te voeren die schade beogen te voorkomen, voor zover de mogelijk te veroorzaken schade onder het bereik van de strafwet valt. Deze uitbreiding is in deze tijd van groeiende aandacht voor preventie wenselijk, maar preventie is een te weinig onderscheidend criterium voor strafbaarstelling; wat wel en niet in de sfeer van preventie strafbaar moet worden gesteld is niet onmiddellijk duidelijk.⁴¹ Dat geldt ook voor strafbaarstellingen in de voorfase. Enige mate van onzekerheid over het intreden van schade vormt een kenmerkend onderdeel van het delict. De wetgever dient twee aspecten in ogenschouw te nemen. Allereerst zal de wetgever enige consistentie moeten betrachten: waarom zou het 'voorhanden hebben van een stok met het oog op een voorgenomen mishandeling (...) niet strafbaar' zijn, terwijl 'het een aan een ander verschaffen van een stok met het oog op een voorgenomen mishandeling wel' strafbaar is of grond van art. 141a Sr, ook als de verschaftte stok niet wordt gebruikt?⁴² De gedragingen kunnen op zich wel leiden tot ongewenste schade, maar is elke strafbepaling uit oogpunt van preventie gewenst? Een antwoord hierop zou verband kunnen houden met de omstandigheid dat in het tweede geval meerdere personen betrokken zijn bij een gedraging die tot schade zou kunnen leiden. Is het niet gewenst om juist die gedragingen aan te pakken waarbij A aan B de mogelijkheden biedt tot het plegen van het feit? En zou het dan uitmaken of de schade die zou kunnen ontstaan op zichzelf niet zo heel erg problematisch is? Dient de *de minimis* regel dus genuanceerd te worden in geval sprake is van meerdere betrokkenen?

40 Ashworth en Zedner 2011, p. 291.

41 Simester en Von Hirsch 2011, p. 76; Zedner en Ashworth 2011, p. 280-282.

42 Keulen 2009, p. 1900.

Dat laatste is in het kader van strafbaarstelling niet onproblematisch: waarom zouden we A strafbaar stellen voor gedrag dat door het op basis daarvan verder handelen van B tot schade kan leiden? De strafbaarstelling van het gedrag van A uitsluitend rechtvaardigen op grond van de preventiegedachte, miskent dat strafbaarstelling moet uitgaan van een autonoom handelend subject dat verantwoordelijk kan worden gesteld voor de door hem begane wederrechtelijke gedraging.⁴³ Tegelijkertijd kan een te beperkte uitleg van preventie, bijvoorbeeld door voor te stellen dat slechts de laatste handeling voordat de schade optreedt strafbaar zou moeten worden gesteld (Wallerstein spreekt in dit verband van de *last effective point of intervention*),⁴⁴ ertoe leiden dat inmiddels aanvaarde strafbaarstellingen, zoals de strafbare voorbereidingshandelingen, buiten het bereik van de discussie worden geplaatst. Dat betekent niet dat het voorgaande nutteloos is, wel dat voor strafbaarstelling van dergelijke gedragingen nog andere argumenten moeten worden geformuleerd.

4.2 'Fair imputation' en zorgplichten

Strafbaarstelling van gedragingen in de voorfase kan dus niet slechts op grond van preventie worden gerechtvaardigd. Juist om te voorkomen dat te makkelijk over individuele aansprakelijkheid wordt heen gestapt (of te weinig oog is voor de rol van individuen bij de totstandkoming van schade), is het noodzakelijk na te denken waarom voor een op zichzelf nog geen schade veroorzakende handeling individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid denkbaar zou zijn. Vervolgens is de vraag op welke wijze die aansprakelijkheid in een strafbaarstelling tot uitdrukking zou moeten komen? Von Hirsch heeft daarvoor het fair imputation beginsel ontwikkeld. De vragen die dan moeten worden beantwoord zijn: 'how, and why, can the supposed eventual harm fairly be imputed to the actor?'⁴⁵ Door het begrip *imputation* te gebruiken wordt voorkomen dat het hier enkel gaat om opzet (of culpa): zelfs al is de gedraging met opzet begaan of zou empirisch kunnen worden vastgesteld dat het risico op schade is toegenomen, dan nog moet volgens het beginsel van *fair imputation* worden bepaald of en waarom dit de dader kan worden aangerekend.⁴⁶ Volgens Simester en Von Hirsch is dit een kwestie van zorgplichten. Zij lijken twee typen zorgplichten te onderscheiden: sociale en politieke zorgplichten. Sociale zorgplichten vinden we op het specifieke niveau van de handeling en de context waarbinnen die handeling plaatsvindt, politieke zorgplichten liggen op het niveau van de samenleving,

43 Vgl. Simester en Von Hirsch 2011, p. 81. Zie ook M.A. Loth, 'Schuld en solidariteit. Over de collectivisering van aansprakelijkheid', in: A.M. Hol & M.A. Loth (red.), *Dilemma's van aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 35.

44 Wallerstein 2007, p. 2710-2712.

45 Simester en Von Hirsch 2011, p. 63; Von Hirsch 1996, p. 269.

46 Zie Von Hirsch 1996, p. 269.

waarbij criteria voor burgerschap richtinggevend zijn voor het hoe en waarom van de strafbaarstelling.⁴⁷ Simester en Von Hirsch werken dit nauwelijks uit, behalve dat dat strafbaarstellingen in de voorfase op nogal wat politieke belangstelling mogen rekenen. Strafbaarstellingen in de voorfase worden volgens Simester en Von Hirsch door de afstand tot schade minder gerechtvaardigd door neutrale doelstellingen zoals schade, maar juist door politieke (dat wil voor nu zeggen ethisch of moreel geladen) opvattingen. Die constatering zou echter voor het opstellen van criteria voor strafbaarstelling geen berustend eindpunt moeten zijn, maar het beginpunt voor een nadere doordenking van wat onder *fair imputation* moet worden verstaan. Daarvoor kan het concept zorgplichten aanknopingspunten bieden.

Simester en Von Hirsch onderscheiden zorgplichten dus in sociale en politieke zorgplichten.⁴⁸ Sociale zorgplichten houden verband met de handeling zelf en de context waarbinnen de handeling plaatsvindt. Zij bepalen aan welke eisen een justitiabele in de context van de handeling moet voldoen. Die eisen kunnen geschreven zijn (protocollen, richtlijnen of wetgeving), maar ook ongeschreven (eisen van maatschappelijke betamelijkheid) en richten zich tot ofwel iemand die op grond van een bepaalde hoedanigheid handelt, bijvoorbeeld ambtenaar (we zouden ten aanzien van deze categorie ook wel kunnen spreken van functionele zorgplichten), ofwel iemand die op zichzelf een bijzondere hoedanigheid ontbeert, maar die als gevolg van het handelen in een specifieke context zich wel aan die eisen van maatschappelijke betamelijkheid heeft te houden, bijvoorbeeld een verkoper die geen winkelier is (en dus veelal niet gebonden is aan tussen al dan niet tussen winkeliers tot stand gekomen protocollen of richtlijnen) maar via een digitale verkoopsite iets verkoopt en daarbij kopersbedrog pleegt (art. 329 Sr). De wetgever kan door het al dan niet expliciet benoemen van die hoedanigheid in de strafbaarstelling de daarbij horende (on)geschreven eisen van zorgvuldigheid onderdeel van die strafbaarstelling laten worden en die daarmee verduidelijken. Zo kan door een strikte omschrijving van de functie in de strafbepaling het bereik daarvan worden beperkt (want beperken tot de eerste categorie). Beperking is ook mogelijk door verduidelijking van de eisen van maatschappelijke betamelijkheid via regulering en protocollering.

⁴⁷ Zie Simester en Von Hirsch 2011, p. 64, 68.

⁴⁸ Visser omschrijft zorgplichten als 'een algemene verplichting tot het in acht nemen van een bepaalde graad van zorgvuldigheid met het oog op het door de desbetreffende wet te beschermen belang, en kan zowel betrekking hebben op een handelen als een nalaten van een normadressaat' en 'een vrij algemeen geformuleerde, tot de burger gerichte (zorg) verplichting die een bepaalde verantwoordelijkheid van de burger markeert en waarvan het de bedoeling is deze juridisch te handhaven' (M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Gouda Quint 2000, p. 3). Hoewel Visser in het vervolg geen nadere onderscheiding lijkt aan te brengen in typen zorgplichten, gaat het ook volgens haar om burgerlijke verantwoordelijkheden en bepaalde, door een wet (betreffende een speciale context) gereguleerde, verantwoordelijkheden.

De ervaring leert echter dat die verduidelijking niet slechts tot beperking, maar ook tot uitbreiding van een strafbaarstelling kan leiden. Sociale verplichtingen kunnen complexer worden en zich tot steeds meer personen uitstrekken, zonder dat de wetgever volledige controle heeft over de inhoud van deze verplichtingen (bijvoorbeeld door private regelgeving).⁴⁹ Dat betekent niet dat dus geen *fair imputation* meer bereikt kan worden, wel dat van de wetgever nog meer zorgvuldigheid mag worden verwacht bij het opstellen van strafbaarstellingen en zich rekenschap geeft van de inhoud en (potentiële) reikwijdte van sociale zorgplichten.

Politieke verplichtingen houden verband met eisen van burgerschap. De laatste jaren is getracht onder verwijzing naar eisen van verantwoord burgerschap de grenzen van het strafrecht (in de voorfase) te verhelderen.⁵⁰ Een verwijzing naar burgerschap betekent in het strafrecht vanouds een verwijzing naar vrijheid en beperking van overheidsmacht. De vraag of een bepaalde gedraging strafbaar moet worden gesteld, mag in deze liberale burgerschapsconceptie slechts met de nodige terughoudendheid positief worden beantwoord. De burger, aldus Pompe, is immers 'fier op zijn vrijheid en steeds bekommerd om deze vrijheid, zich verzekerend van politieke waarborgen tegen de overheidspersonen die zijn onafhankelijkheid kunnen bedreigen.'⁵¹

Peters stelde in zijn in 1972 uitgesproken oratie dat 'het voornaamste doel van het toen geconcipeerde en in codes neergelegde [klassieke] strafrecht was het veilig stellen van de rechtspositie van de burgers tegenover de staat.' De door het recht geboden bescherming van burgers betekent het garanderen van 'individuele autonomie, persoonlijke integriteit en juridische competentie van burgers tegen wie de staat strafrechtelijke acties onderneemt'.⁵² Uit deze citaten blijkt het belang dat Peters aan burgerschap

49 Uit zorgplichten kan ook een rechtvaardiging voor bepaald handelen worden afgeleid. Verschillende zorgplichten kunnen natuurlijk ook botsen. De wetgever heeft ook daarmee rekening te houden en bij voorkeur een preferentie te rechtvaardigen (vgl. Ashworth en Zedner 2011, p. 291).

50 Zie bijv. R.A. Duff, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing 2007, p. 166-172; P. Ramsay, 'The Responsible Subject As Citizen: Criminal Law, Democracy And the Welfare State', *The Modern Law Review* 2006, p. 29-58. Kritisch hierover is M.D. Dubber, 'Citizenship and Penal Law', *New Criminal Law Review* 2010, p. 190-215. Dubber stelt dat het strafrecht niets met burgerschap te maken heeft, omdat het strafrecht niet burgers aanspreekt. Dat moge zo zijn (zie art. 2 Sr), maar mijns inziens mist Dubber hier een punt, namelijk dat de conceptie burgerschap helpt argumenten te vinden om strafbaarheid af te bakenen. De gedachte is dat met behulp van politieke filosofie (en onder verwijzing naar burgerschap) wellicht argumenten kunnen worden geformuleerd met behulp waarvan de grenzen van strafbaarstellingen (in de voorfase) wellicht meer kunnen worden verhelderd (vgl. Ramsay 2011).

51 W.P.J. Pompe, 'De mens in het strafrecht', in: W.P.J. Pompe, *Vijf opstellen van Willem Pompe*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 18.

52 A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1972, p. 3, 11.

hecht: het stelt niet alleen grenzen aan overheidsmacht als zodanig, maar onderstreept ook de wijze waarop de burger in het strafrecht moet worden bejegend: met respect voor zijn autonomie, integriteit en juridische competentie. Vertaald naar criteria voor strafbaarstelling en *fair imputation* zouden deze begrippen het volgende kunnen betekenen. Autonomie verwijst naar menselijke verantwoordelijkheid voor het eigen handelen. Strafbaarstellingen waarin het subjectieve bestanddeel ontbreekt (of aan de betekenis ervan minder waarde wordt gehecht), mogen niet leiden tot het volledig terzijde schuiven van schuld als element van strafbaarheid. Integriteit verwijst naar het voorkomen van al te ingrijpende inbreuken op de persoonlijke levenssfeer door aan strafbaarstellingen al te drastische sancties te verbinden,⁵³ juridische competentie verwijst naar mijn mening naar de eis dat strafbaarstelling niet mag betekenen dat de rechten die een burger binnen het strafproces toekomen, al te veel worden beperkt.⁵⁴ Zo bezien helpt burgerschap niet alleen al te ingrijpende strafbaarstellingen te voorkomen, maar ook om in het geval gedrag wel strafbaar te stellen, aan de inhoud van een strafbaarstelling eisen te stellen.

Op grond van deze algemene notie over de relatie tussen overheid en burger kan een rem worden gezet op de uitbreiding van strafbaarstellingen in de voorfase, omdat zij een al te grote inbreuk maken op de vrijheid en onafhankelijkheid van burgers. Simester en Von Hirsch gebruiken burgerschap echter niet alleen, of beter gezegd niet zozeer, als middel om *fair imputation* af te bakenen, maar ook om argumenten te formuleren om te voorkomen dat *fair imputation* wordt verengd tot een politieke vertaling van de ultimum reme-

53 We zien sporen hiervan terug in art. 45 lid 2 en 3 Sr en art. 46 lid 2 en 3 Sr, maar in veel mindere mate bij de strafmaxima die zijn ingevoerd bij de uitbreiding van de strafbare samenspanning in de Wet terroristische misdrijven. Het daarbij gekozen strafmaximum is nogal fors, namelijk tien jaar (zie o.a. art. 114b en 120b en 289b Sr), in sommige gevallen zelfs hoger dan het strafmaximum dat op voorbereiding van het misdrijf is gesteld (zie bijvoorbeeld art. 108 Sr: art. 114b j° art. 108 Sr levert maximaal tien jaar gevangenisstraf op, art. 108 j°. 46 Sr levert maximaal 7,5 jaar gevangenisstraf op). Deze ontwikkeling heeft zich voortgezet. Zie bijvoorbeeld art. 141a (voorbereiding van geweldpleging): maximaal drie jaar gevangenisstraf, poging tot openlijke geweldpleging (art. 141 lid 1 j° art. 45 Sr): eveneens maximaal drie jaar gevangenisstraf. De wetgever zou mijns inziens (ook) het bij een voorfasedelict gekozen strafmaximum beter mogen rechtvaardigen.

54 We zouden de verwijzing naar competentie aldus kunnen opvatten dat bij strafbaarstellingen ook moet worden gekeken naar de mogelijke consequenties ervan voor het strafproces (en meer in zijn algemeenheid voor de wijze waarop een burger deelneemt aan het publieke en politieke debat). Zo kan in de discussie over strafbaarstellingen worden betrokken de gevolgen ervan voor de inzet van dwangmiddelen en andere opsporingsmethoden. Zie C.P.M. Cleiren, "Aanwijzingen" voor de wetgeving bij veiligheidsvraagstukken en terrorismebestrijding. Grenzen aan de dynamische wisselwerking tussen formeel en materieel strafrecht', in: W. Huisman, L.M. Moerings, G. Suurmond (red.), *Veiligheid en recht. Nieuwe doelwitten en strategieën*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 175-192.

dium gedachte.⁵⁵ Burgerschap beperkt zich niet alleen tot vrijheid en onafhankelijkheid, maar betekent ook verantwoordelijkheid ten opzichte van de gemeenschap. De vraag is hoe ver die verantwoordelijkheid strekt. Binnen een liberale conceptie is zij per definitie beperkt, nu daarin wordt uitgegaan van rechten, niet van plichten. In andere burgerschapsconcepties ligt de nadruk veel meer op verplichtingen van de burger jegens de gemeenschap.⁵⁶ Dat maakt een intensiever gebruik van het strafrecht goed mogelijk. Strafbbaarstellingen kunnen worden gerechtvaardigd in het belang van de gemeenschap en de burger die wordt beperkt in zijn vrijheden wordt geacht daarmee te hebben ingestemd, omdat daarmee democratisch genomen beslissingen worden bevorderd.⁵⁷ Iedere burger zou hebben ingestemd met het afstaan van vrijheden ten behoeve van gemeenschappelijke belangen. Daardoor kan de ultimatum remedium gedachte als algemene politieke notie op de achtergrond geraken, want te veel in verband gebracht worden met individuele vrijheden. Simester en Von Hirsch besteden hieraan nauwelijks aandacht, maar erkennen de disciplinerende mogelijkheden van burgerschap. Daardoor miskennen zij *op dit punt* de waarde van de liberale burgerschapsnotie die de strafwetgever voor al te vergaande strafbaarstellingen zou kunnen behoeden.

Deze nadere omschrijving van zorgplichten leidt dus niet zonder meer tot beperking van strafbaarstelling, al heb ik geprobeerd een aanzet te geven tot het doordenken van de notie van burgerschap in het kader van criteria voor strafbaarstelling. Maar deze notie kan ook ten behoeve van meer strafbaarstellingen worden gebruikt. Noch sociale noch politieke verplichtingen beperken bij voorbaat de wetgever in zijn drang tot strafbaarstelling van gedragingen in de voorfase. Dat laat zich verklaren door de veelzijdigheid waarin zorgplichten kunnen worden uitgelegd, alsmede het bijzondere karakter van strafbaarstellingen in de voorfase. Dat betekent niet dat afbakening niet mogelijk is. Dit punt verdient elders nadere uitwerking, maar enkele algemene opmerkingen kunnen hier reeds worden gemaakt.

Allereerst zou de wetgever bij het opstellen van strafbaarstellingen zich ervan kunnen vergewissen wie precies normadressaat is en aan welke algemene en bijzondere zorgplichten die zou moeten voldoen. Daarnaast zou de wetgever zich ook wat het strafrecht betreft duidelijker kunnen uitlaten over de verhouding tussen overheid en burger. Daarmee is de overheid in

55 Simester en Von Hirsch 2011, p. 64. Zie ook Duff 2007, p. 171-172; Ramsay 2006, p. 39 e.v. De ultimatum remedium gedachte lag ook aan het Wetboek van Strafrecht ten grondslag en vormt voor veel auteurs een belangrijk desideratum bij de vraag of bepaald gedrag strafbaar moet worden gesteld.

56 Zie H.R. van Gunsteren, *A Theory of Citizenship. Organizing Plurality in Contemporary Democracies*, Oxford en Boulder, Colorado: Westview Press 1998, p. 18-21.

57 Zie H. van Gunsteren, *Bouwen op burgers. Cultuur, preventie en de eigenzinnige burger*, Amsterdam: Van Gennep 2008, i.h.b. hfdst 2 en 3.

zijn algemeenheid al jaren bezig,⁵⁸ maar voor zover van een eenduidige uitwerking sprake is, zijn de opvattingen over burgerschap nog onvoldoende geoperationaliseerd in het kader van het ontwikkelen van strafbaarstellingen. De wetgever zou kunnen beginnen in wetsvoorstellen aan te geven op welke wijze recht wordt gedaan aan autonomie, integriteit en juridische competentie van burgers bij de strafbaarstellingen in de voorfase. De wetgever moet zich namelijk realiseren dat het kolonialisieren van het voorveld, nogal eens mede gerechtvaardigd omwille van het garanderen van fundamentele vrijheden van burgers (met name in de strijd tegen terrorisme is dit argument wel aangevoerd), diezelfde vrijheden door strafbaarstellingen vrij eenvoudig overboord zouden kunnen worden gezet.⁵⁹ Dat kan tot meer onveiligheid(sgevoelens) leiden nu het er voor burgers nauwelijks duidelijker op wordt wat wel en niet strafbaar is.⁶⁰ Van deze paradox lijkt de wetgever zich nauwelijks te bewust en zo die zich daarvan bewust is, wordt onder verwijzing naar het belang van de 'criminele intentie' in de strafbepaling deze problematiek weggemasseerd, zoals blijkt uit de discussies over de invoering van een nieuw art. 11a Opiumwet (strafbaarstelling van voorbereiding of vergemakkelijking van illegale hennepcultuur).⁶¹ Daarmee is het probleem van te ruim opgestelde strafbaarstellingen evenwel niet opgelost. Al te grote nadruk op de intentie is in ons strafrecht niet vanzelfsprekend. Het vraagt om nadere beschouwingen over de plaats van de intentie (meer in het algemeen controle) bij strafbaarstellingen in de voorfase.

4.3 De plaats van controle

Welke criteria voor strafbaarstelling precies moeten worden geformuleerd, houdt in niet onbelangrijke mate verband met het type gedraging. We kunnen onderscheid maken tussen gedragingen waar een bepaalde handeling pas tot schade leidt door interventie van anderen (of door voortgezette handelingen van de dader), en gedragingen waar een bepaalde handeling op zichzelf niet schadelijk is, maar doordat zij ook (veelvuldig) door anderen wordt begaan tot schade leidt (veel milieudelicten vallen onder deze categorie). Omwille van de omvang van deze bijdrage, richt ik mij op de eerste categorie.

De vraag bij dit type gedragingen is of het legitiem is dat A wordt gedwongen bepaalde handelingen niet te doen, enkel omdat A of anderen later eventueel schade zouden veroorzaken.⁶² Op het eerste gezicht zou dit

58 Zie recent *Kamerstukken II* 2010/11, 32 824, nr. 1, p. 16-20.

59 Vgl. Ramsay 2011, p. 228.

60 Zie M. Borgers en E. van Sliedregt, 'The Meaning of the Precautionary Principle for the Assessment of Criminal Measures in the Fight Against Terrorism', *Erasmus Law Review* 2009, p. 187.

61 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 842, nr. 5, p. 5 en *Kamerstukken II* 2011/12, 32 842, nr. 6, p. 2-4.

62 Simester en Von Hirsch 2011, p. 81.

antwoord negatief moeten luiden, omdat daarmee een te diepe inbreuk wordt gemaakt op de fundamentele vrijheden van burgers. Anders gezegd, strafbaarstelling van dit type gedragingen tast de autonomie van burgers te zeer aan. Dat zou slechts anders zijn wanneer A een zekere *normatieve betrokkenheid* betoont bij de gedragingen die na en als gevolg van de gedraging van A plaatsvinden.⁶³ Wanneer is daar sprake van? Simester en Von Hirsch wijzen onder andere op de deelnemingsvormen uitlokking en medeplichtigheid. Van beide deelnemingsvormen is uitlokking de minst problematische, niet alleen als algemene deelnemingsvorm maar ook als bijzonder strafbaar feit (zie bijvoorbeeld art. 203 en 204 Sr). Bij uitlokking geldt dat A B beweegt tot het plegen van een strafbaar feit. Wanneer B dat feit begaat, wordt ervan uitgegaan dat A zich met dat feit heeft verbonden (benevens zijn gevolgen, art. 47 lid 2 Sr). Strafbaarstelling van uitlokking is denkbaar gelet op het opzet van A op het strafbare gedraging van B en gelet op de gedraging van A om B tot het delict te bewegen.⁶⁴

Bij medeplichtigheid (althans de consecutieve variant) liggen de zaken minder duidelijk. Het ligt in de rede dat medeplichtigheid strafbaar kan worden gesteld wanneer de kans op schade door het verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen tot het plegen van het feit door de medeplichtige aanmerkelijker wordt. Het door A enkel verschaffen van een mes waarmee door B een moord wordt gepleegd levert (wanneer A op de hoogte was van het voornemen van B) medeplichtigheid aan die moord op, waarbij ik mij kan voorstellen dat de medeplichtige ook aangesproken kan worden op de door hem niet uitdrukkelijk gewilde gevolgen (art. 49 lid 4 Sr). Hoe duidelijker de criminele bestemming van de verschaftte gelegenheid, middelen of inlichtingen, hoe vanzelfsprekender strafbaarstelling van het voorbereidende gedrag. Hoe minder eenduidig dat in een wettekst tot uitdrukking kan worden gebracht, hoe meer redenen bestaan om dergelijk gedrag niet strafbaar te stellen. Als wel duidelijk is wat wordt verschaft, is de vraag of dat wat wordt geboden op zichzelf legitiem is. Het verkopen van een auto waarmee nadien een verkeersongeval met dodelijke afloop wordt begaan, levert geen medeplichtigheid op, omdat een auto op zichzelf een wat wel wordt genoemd 'standaard legitiem gebruik' heeft. Soms is dat minder evident: het verschaffen van een vuurwapen zal naar Nederlands recht sneller strafbaar worden geacht dan in de Verenigde Staten, waar het recht wapens te dragen als bekend constitutioneel is verankerd.⁶⁵ Maatschappelijke en politieke opvattingen zullen – zoals vaker bij voorfasedelicten – bijdragen aan het antwoord op de vraag of het verschaftte middel op een zichzelf standaard legitiem gebruik heeft. Maar die onzekerheid kan ook afhangen van de aard van

63 Vgl. Von Hirsch 1996, p. 268.

64 Simester en Von Hirsch 2011, p. 82. Dat geldt des te meer wanneer de strafbaarstelling zo is opgesteld dat accessoriteit wordt vereist, al hoeft het ontbreken daarvan niet aan strafbaarstelling in de weg te staan (vgl. art. 133 Sr).

65 Simester en Von Hirsch 2011, p. 84-85.

de gelegenheid, middelen of inlichtingen: een bivakmuts aan een ander geven is meestal niet wederrechtelijk, in sommige gevallen wel. De vraag of deze gedraging strafbaar zou mogen worden gesteld zouden we kunnen laten afhangen van de vraag of het voorwerp *voornamelijk* voor legitieme doeleinden wordt gebruikt of niet. Is dat het geval, dan ligt strafbaarstelling minder in de rede.⁶⁶

Daarbij kan het wenselijk zijn dat in de strafbaarstelling een subjectief bestanddeel wordt opgenomen.⁶⁷ Daaraan kunnen zwaardere eisen (geen culpa, maar opzet, eventueel zelfs in de vorm van de zwaardere gradatie oogmerk) worden gesteld naarmate de gelegenheid, middelen of inlichtingen die worden verschaft onduidelijker, of op het eerste gezicht niet of minder wederrechtelijk zijn (anders gezegd: de criminele bestemming op het eerste gezicht niet zo heel evident is). Er zou in dit verband gesproken kunnen worden van communicerende vaten: hoe minder vanzelfsprekend bepaald gedrag als wederrechtelijk valt aan te merken en hoe minder aanmerkelijk de kans op schade, hoe meer waarde mag worden gehecht aan een bepaalde doelgerichtheid, hoe evidentier de wederrechtelijkheid van de gedragingen en hoe aanmerkelijker de kans op schade, hoe minder aan het opzet getild hoeft te worden.⁶⁸ Aan het opzetvereiste dient echter niet te veel waarde worden gehecht in het kader van een strafbaarstelling. Immers, al te veel nadruk op het subjectieve bestanddeel kan ertoe leiden dat de intentionele gerichtheid van de dader, gebaseerd op diens religieuze, maatschappelijke of politieke overtuiging, te veel op de voorgrond komt te staan.⁶⁹ Een strafbaarstelling die al te veel op een intentie wordt gebaseerd, roept lastig te beantwoorden vragen voor de rechter op die hem ertoe kunnen dwingen keuzes te maken met als gevolg dat bepaalde groepen mensen worden uitgesloten.

Op zichzelf zijn kwade intenties zeker bij voorfasedelicten van belang; nu de gedragingen niet al te problematisch hoeven te zijn is de aanwezigheid van een kwade intentie nodig om dat gedrag te problematiseren en strafrechtelijke relevantie te geven. Anders wordt het wanneer 'strafbaarheid nog wordt bepaald door de intentie en het derhalve niet meer gaat om een *uit enige handeling kenbare* intentie.'⁷⁰ Dan stuiten we op de grenzen van het geldende strafrecht. Veel auteurs hebben bezwaar gemaakt tegen ontwikkelingen naar een zogeheten *Gesinnungsstrafrecht*, al zijn niet alle auteurs het erover eens wanneer daarvan precies sprake is. Dat blijkt uit de discussie over de strafbare voorbereidingshandelingen en de strafbare samenspanning, maar bijvoorbeeld ook uit de discussie over art. 134a Sr en art. 11a

66 Simester en Von Hirsch 2011, p. 84.

67 D.J. Baker, 'The Moral Limits of Criminalizing Remote Harms', *New Criminal Law Review* 2007, p. 370-391.

68 Vgl. Keulen 2011, p. 331.

69 S.I. Politoff en F.A.J. Koopmans, *Schuld*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 22 e.v.

70 Borgers 2005, p. 40-41.

(nieuw) Opiumwet.⁷¹ Een heldere grens valt nauwelijks te trekken, een en ander zal mede afhangen van het rechtens te beschermen belang. Eén hoofdregel zou wel kunnen worden aangenomen: als de gedraging op zichzelf niet wederrechtelijk is en de kans op schade door het gedrag verwaarloosbaar klein, zou de strafbaarstelling daarvan niet vanzelfsprekend in de rede mogen liggen ook al is het opzet op het toebrengen van (ernstige) schade gericht.

5 SLOTOPMERKINGEN

In het voorgaande zijn aanzetten gegeven tot criteria voor strafbaarstelling van de voorfase. Het is onrealistisch te denken dat de voorfase nog steeds een randverschijnsel van het strafrecht vormt. Het is vooral zaak te werken aan een helder kader op grond waarvan gedragingen in de voorfase strafbaar zouden kunnen worden gesteld. Dat kader is nodig om enige consistentie in strafbaarstellingen in de voorfase te verkrijgen. Allereerst kunnen op basis van de zogeheten standaard schade analyse ook die gedragingen strafbaar worden gesteld die een aanmerkelijke kans op schade opleveren. Moeilijker wordt het wanneer die aanmerkelijke kans er niet is. Ook dan is strafbaarstelling denkbaar bij het in acht nemen van enkele randvoorwaarden. In de eerste plaats is daarbij gewezen op het zogeheten minimalisatiebeginsel en het beginsel van *fair imputation*. Ten aanzien van dat laatste is erop gewezen dat bij strafbaarstelling van voorfasedelicten goed moet worden gekeken naar zorgplichten, die ik heb onderscheiden in sociale en politieke zorgplichten. De laatstgenoemde zorgplichten verwijzen naar eisen van burgerschap. We hebben gezien dat de strafwetgever rekening moet houden met eisen van autonomie, persoonlijke integriteit en juridische competentie. Die eisen beletten niet gedragingen in de voorfase strafbaar te stellen maar vergen wel een nadere motivering van de keuze tot strafbaarstelling. Tot slot zou de wetgever er goed aan doen de plaats van controle helder uiteen te zetten. Te vaak bestaat onduidelijkheid over de plaats en betekenis van het subjectieve bestanddeel in een strafbepaling. Voorkomen moet worden dat de wetgever denkt onduidelijkheid over de grenzen van een straf-

71 Borgers 2005, p. 41-43; Ten Voorde 2012, p. 110-111. In het kader van de invoering van art. 11a Opiumwet wijzen de ministers van Veiligheid en Justitie en Volksgezondheid, Welzijn en Sport erop dat strafbaarheid niet in de rede ligt bij 'verkoop van alledaagse voorwerpen in een bouwmarkt of tuincentrum' (*Kamerstukken II* 2011/12, 32 842, nr. 6, p. 3). Zij stellen dat de 'criminele intentie' (waaronder zij opzet en culpa verstaan) hier een corrigerende werking vervult. Hoe duidelijker de intentie is gericht op illegale hennepcultuur, hoe sneller alledaagse handelingen onder de strafbaarstelling vallen. Probleem is echter dat de intentie veelal uit het gedrag moet worden afgeleid (voor Opiumwetdelicten geldt dat in het bijzonder), zodat we hier te maken hebben met een cirkelredenering die niet kan uitsluiten dat alledaags handelen strafbaar wordt. Juist hierom moet worden opgepast al te veel waarde te hechten aan de mogelijke begrenzingen door het subjectieve bestanddeel in een strafbaarstelling. Vgl. Borgers en Van Poecke 2012.

baarstelling te kunnen oplossen door al te zeer nadruk te leggen op kwade intenties. Het gevaar van een cirkelredenering ligt dan op de loer: de gedraging zelf is nauwelijks problematisch, de kwade intentie compenseert dat gebrek aan (evidente) wederrechtelijkheid, terwijl de kwade intentie vaak slechts te achterhalen valt door de (zichtbare) gedragingen, waardoor te makkelijk nauwelijks problematische gedragingen ineens toch strafbaar worden. Onduidelijke wetgeving vormt dan de voorfase voor een rechtspraktijk die nauwelijks zekerheid aan burgers kan bieden en die daardoor het aanzien van de democratische rechtsstaat kan schaden.