



Universiteit
Leiden
The Netherlands

[Bespreking van: Kesteloo, A.N. (2011) Deelneming aan een criminele organisatie]

Voorde, J.M. ten

Citation

Voorde, J. M. ten. (2012). [Bespreking van: Kesteloo, A.N. (2011) Deelneming aan een criminele organisatie]. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 173(2), 109-112. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/42813>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/42813>

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

A.N. Kesteloo, Deelneming aan een criminele organisatie. Een onderzoek naar de strafbaarstellingen in artikel 140 Sr

*Diss. Heerlen, promotor prof.
mr. E.F. Stambuis, Nijmegen:
Wolf Legal Publishers 2011,
ISBN 9789058506290.*

1. Deelneming aan een criminele organisatie, zoals strafbaar gesteld in art. 140 Sr, en in art. 140a Sr en art. 11a Opiumwet, vormt een tot de verbeelding sprekend strafbaar feit. Er is weer veel debat over de strafrechtelijke aanpak van organisaties die strafbare feiten plegen. Daaruit blijkt ook het stuitende gebrek aan kennis over art. 140 Sr bij media en politici. Volgens A.N. Kesteloo, die op 18 januari 2011 promoveerde op een proefschrift over art. 140 Sr, is dat bij opsporingsinstanties niet anders. Dat is een opvallende en prikkelende stellingname, omdat art. 140 Sr in de jaren tachtig van de vorige eeuw juist door diezelfde opsporingsinstanties nieuw leven is ingeblazen. Zij vormt het begin van een boek waarin art. 140 Sr vanuit verschillende kanten wordt belicht: materieel en formeelrechtelijk, beleidsmatig en rechtsvergelijkend. De auteur heeft een schat aan informatie samengebracht in een handzaam boek van bijna 400 pagina's. De aanleiding heeft de toon van het boek bepaald:

het lijkt vooral de insteek te hebben voorlichting te geven over de ruime mogelijkheden art. 140 Sr in te zetten in de strijd tegen georganiseerde misdaad. Opmerkingen die de auteur soms richting de lezer maakt, lijken direct tot de leden van het OM gericht (bijv. p. 125). Ik kan mij voorstellen dat vanuit de opsporing dankbaar van de resultaten uit het proefschrift gebruik zal worden gemaakt.

2. Een uitgebreide bespreking is door de grote variëteit van onderwerpen niet goed mogelijk. Ik zal mij daarom beperken tot enkele observaties. Die betreffen de vraagstelling en methode, de bespreking van de materieelrechtelijke en formeelrechtelijke invalshoek en de uiteindelijke beoordeling van art. 140 Sr in het licht van het legaliteitsbeginsel. Kesteloo omschrijft art. 140 als een zelfstandig abstract gevaarzettingsdelict. Dat geldt wat minder voor art. 140a Sr en art. 11a Opiumwet, die in hoofdstuk 6 van het boek worden

besproken, waarin de misdrijven concreter afgebakend zijn. Het benadrukken van het gevaarzettende karakter maakt duidelijk dat van voltooide misdrijven nog geen sprake hoeft te zijn. Zo'n ruim geformuleerde strafbepaling is op zichzelf wel begrijpelijk; van misdrijven die door meer personen worden begaan gaat immers een grotere dreiging uit. Anderzijds is een dergelijke strafbaarstelling niet zo heel erg vanzelfsprekend: 'de grenzen van wat kan en mag worden strafbaar gesteld, komen eerder in zicht.' Zorgvuldige omgang met dergelijke bepalingen is dus gewenst.¹

Op het eerste gezicht lijkt Kesteloo deze opvatting te onderschrijven. De probleemstelling wijst daar in ieder geval op. Die luidt (p. 6): 'Is artikel 140 Sr als zelfstandig gevaarzettingsdelict in het licht van doelmatigheid en legaliteit nog adequaat genoeg voor de bestrijding van moderne risico's van georganiseerde criminaliteit?' Oppervlakkige lezing zou de indruk wekken dat op zoek wordt

gegaan naar een afgewogen omschrijving van art. 140 Sr, waarbij Kesteloo kennelijk vrij kritisch staat tegenover de gekozen omschrijving van deze bepaling. De probleemstelling is op dit punt ietwat misleidend. Zij moet worden gezien in het licht van de aanloop naar de probleemstelling. Dan wordt duidelijk dat de vaagheid van art. 140 Sr aan 'een succesvolle strafvervolgung' in de weg kan staan en de 'effectiviteit van het strafrecht' onder druk kan zetten. Vage delictsomschrijvingen kunnen ook tot rechtsonzekerheid leiden nu de voorzienbaarheid en kenbaarheid van wat strafbaar is gesteld niet onmiddellijk duidelijk zijn (p. 4). Dat laatste zou in termen van rechtsbescherming voor de verdachte problematisch kunnen zijn, maar op deze wijze moet deze parafrase niet worden gelezen. Rechtsonzekerheid is vooral voor opsporingsinstanties problematisch, nu deze niet goed weten wanneer bepaalde gedragingen onder de reikwijdte van art. 140 Sr vallen en daardoor te weinig gebruik zouden maken van de mogelijkheden die art. 140 Sr biedt. Kesteloo onderscheidt zich hiermee van de in de wetenschappelijke literatuur meer gangbare opvatting over art. 140 Sr, waarin dit perspectief veelal minder wordt belicht.

In de keuze voor een andere benadering, lijkt de auteur rechtsbescherming voor de verdachte wel eens opzij te zetten (uitzondering, p. 274). Anderzijds wijst de probleemstelling doelmatigheid en legaliteit aan als afzonderlijke elementen voor een adequate bestrijding van georganiseerde criminaliteit, waarbij legaliteit kennelijk met rechtsbescherming wordt bedoeld. Maar is dat wel acceptabel? Met het legaliteitsbeginsel wordt toch ook doelmatigheid beoogd? Door van legaliteit en doelmatigheid te spreken, wordt een onderscheid gecreëerd dat ideeënhistorisch gezien niet juist is.² Is legaliteit dan van ondergeschikt belang is ten opzichte van doelmatigheid? De opbouw van het proefschrift wekt althans die indruk. Eerst in hoofdstuk 11 wordt duidelijk dat het legaliteitsbeginsel meerdere kanten heeft (p. 274). Dit levert een onhandige opbouw op, die verwarrend uitpakt voor een lezer die zich niet vanuit de strafrechtspraktijk maar vanuit

een wetenschappelijk-theoretisch kader in dit boek verdiept. Anderzijds blijkt uit de deelvragen dat veel belang wordt gehecht aan legaliteit. Die deelvragen luiden: leidt de materieelrechtelijke inhoud van art. 140 in de praktische toepassing tot grote problemen of leemten, is er sprake van een legaliteitsprobleem dat dwingt voor een andere delictsvorm te kiezen, lost een gewijzigd karakter een mogelijk delictsprobleem op of zou art. 140 Sr volgens de huidige stand van zaken behouden kunnen blijven als zelfstandig gevaarzettingsdelict? Je zou verwachten dat daarna de kaders van het legaliteitsbeginsel worden neergelegd, aan de hand waarvan vervolgens art. 140 Sr wordt getoetst. Dat gebeurt dus pas in hoofdstuk 11, wat de betekenis van de deelvragen voor het vervolg van het onderzoek minder goed duidelijk maakt. De aanpak van de auteur sluit wel goed aan op de in de inleiding van het boek omschreven bedoeling te bezien of 'nieuwe fenomenen, zoals losse of fluïde netwerken ('fuzzy networks'), die vooral een rol spelen in de wereld van terrorisme' (p. 6-7) onder het bereik van art. 140 Sr zouden kunnen worden gebracht. De probleemstelling en deelvragen zijn in zoverre consistent: het gaat er in het onderzoek steeds om een doelmatiger inzet van art. 140 Sr in de strijd tegen de steeds complexer wordende georganiseerde misdaad te bevorderen. Zulk een beschrijving en analyse kan, mag en moet zijn plaats hebben in het wetenschappelijk debat, zeker waar de opvattingen over art. 140 Sr juist veelal in omgekeerde richting gaan. Maar die vanuit doelmatigheid geïnspireerde analyse moet dan ook vanuit ideeënhistorisch en methodologisch perspectief wel zo valide zijn dat zij de lezer kunnen overtuigen.

3. Voor de beantwoording van de eerste deelvraag, de materieelrechtelijke inhoud van art. 140 Sr, stelt Kesteloo gebruik te maken van *De methode van het materiële strafrecht* van Rozemond. Met behulp van standaard- en variatie-arresten kan getracht worden de betekenis van een bestanddeel te bepalen. Vervolgens kan literatuur en (nieuwe) wetgeving worden geduid. De literatuur kan worden gebruikt om de betekenis van het criterium van standaard-

arresten te verhelderen en te verduidelijken wat de gevolgen zijn van bepaalde variatie-arresten op de ontwikkeling van het criterium en de betekenis van het bestanddeel van een delictsoomschrijving. Nieuwe wetgeving helpt de implicaties van standaardarresten uiteen te zetten. Zo bezien moet deze methode niet te beperkt, slechts betrekking hebbend op rechtspraak van de Hoge Raad, worden uitgelegd. Kesteloo lijkt dat echter wel te doen. Dat kan ertoe leiden dat hij het belang van wetenschappelijke commentaren minder hoog acht dan Rozemond volgens mij wenselijk acht. Tevens lijkt Kesteloo de jurisprudentie op een voetstuk te plaatsen, als 'normatief kader' (p. 8), terwijl ik bij Rozemond een veel kritischer houding meen waar te nemen.

Hoofdstuk 3 is overeenkomstig de methode van Rozemond opgebouwd en uitgewerkt. Op andere plaatsen in het proefschrift wordt daarvan geen gebruik gemaakt (bijv. hoofdstuk 4 en 5) terwijl andere hoofdstukken zich minder goed lenen voor het gebruik ervan (hoofdstuk 8, 9 en 10). Eigenlijk is op een vrij klassieke wijze juridisch onderzoek gedaan, door te beginnen met de opvattingen van de wetgever (hoofdstuk 2), om vervolgens aan de hand van (Nederlandse en buitenlandse) jurisprudentie en literatuur de betekenis van de onderdelen van art. 140 Sr uiteen te zetten (hoofdstuk 3 tot en met 7). De verantwoording van de auteur over het gebruik van de methode van Rozemond wekt dan ook meer verwachtingen dan wordt waargemaakt. Kesteloo erkent overigens dat hij de methode beperkt gebruikt, maar waarom dan voor de methode van Rozemond gekozen?

4. Een belangrijk deel van het proefschrift is ingeruimd om de verschillende onderdelen van art. 140 Sr, art. 140a Sr en art. 10a Opiumwet te bespreken. De auteur verdient waardering dat hij in de hoofdstukken 2 tot en met 6 een veelheid aan jurisprudentie en andere bronnen nauwgezet bespreekt. Onvermijdelijk wordt vaak verwezen naar het proefschrift van De Vries-Leemans over dit onderwerp, met wier beschouwingen over art. 140 Sr en haar voorstellen tot beperkte uitleg ervan Kesteloo het overigens niet vaak

eens is (uitzonderingen, zie p. 290 en 291). De weerlegging van de opvattingen van De Vries-Leemans zijn vrij exemplarisch voor de wijze waarop Kesteloo art. 140 Sr bespreekt. Hij omarmt de recentste wetwijzigingen meestal vrij kritiekloos (uitzonderingen, zie p. 75 en 96) en neemt de interpretatie van de Hoge Raad veelal als het juiste ('normatieve') kader over. Kritiek daarop in de literatuur wordt nogal eens expliciet of impliciet onder verwijzing naar de wil van de wetgever (bijv. p. 40 en 52) en de uitleg van de Hoge Raad (bijv. p. 50 en 221 met betrekking tot de wijze van ten laste leggen) afgewezen. De literatuur wordt overigens veelal per auteur behandeld, terwijl niet altijd duidelijk is wat Kesteloo met die informatie doet. Dat blijkt bijvoorbeeld uit hoofdstuk 5 waar wordt begonnen met opvattingen in de literatuur, maar daarnaar wordt in de rest van het betoog, waaronder de conclusie (op p. 113-114), niet meer duidelijk verwezen. In het geval jurisprudentie (nog) geen uitsluitsel geeft over de betekenis van een bestanddeel, blijft de auteur voorzichtig in zijn analyse. In hoofdstuk 6 signaleert de auteur het gebrek aan jurisprudentie en op sommige punten onduidelijkheid daarbinnen, maar levert vervolgens niet echt handvatten voor nadere afbakening. Een aspect dat minder aandacht heeft gekregen, is de omstandigheid dat art. 140 (en art. 140a) Sr een misdrijf tegen de openbare orde is. Kesteloo omschrijft de ratio van art. 140 Sr als 'bescherming van de samenleving tegen het gevaar dat uitgaat van criminele organisaties, zonder dat beoogde misdrijven nader geconcretiseerd zijn' (p. 30). De rechtvaardiging ervan luidt: het kunnen optreden tegen 'de grotere dreiging die uitgaat van het beramen of plegen van misdrijven door een organisatie dan door een afzonderlijk individu' (p. 31). Wellicht dat de auteur met bescherming van de samenleving een verbinding beoogt te maken met de openbare orde. Dat begrip maakt naar mijn mening duidelijk dat politieke belangen een rol kunnen spelen in de omschrijving van de reikwijdte van een strafbepaling. Art. 140 Sr is geen neutraal artikel. Die politieke geladenheid had in het proefschrift wat explicieter

voor het voetlicht kunnen worden gebracht, zeker nu in het legaliteitsbeginsel ook crimineel-politieke belangen verscholen liggen.

5. Kesteloo onderzoekt in hoofdstuk 8, 9 en 10 aan de hand van de verschillende fasen van het strafproces de aanpak van criminele organisaties en de problemen waarmee opsporingsinstanties en de rechter te maken kunnen krijgen. Ik beperk mij tot enkele opmerkingen over hoofdstuk 8 en 10, die gaan over de opsporing en berechting. De auteur is van oordeel dat opsporingsinstanties te weinig gebruikmaken van de mogelijkheden die art. 140 Sr biedt (volgens de wetgever en de Hoge Raad). Art. 140 zou als strafverzwarringsgrond, accessoir delict (en daarmee een vorm van deelneming) of vangnet worden gebruikt. Volgens Kesteloo gaan opsporingsinstanties ouderwets te werk, namelijk in reactie op gepleegde strafbare feiten, terwijl met behulp van art. 140 Sr opsporing kan worden verricht ter voorkoming daarvan (in de voorfase dus) (p. 212 en 271). Analyse van feitenrechtspraak zou erop wijzen dat '(d)e betekenis van artikel 140 Sr in de praktijk moet gevonden worden in de inzet als middel voor uitbreiding vanaderschap, uitbreiding van strafbare feiten, als deelnemingsvorm, als grond voor strafverhoging en als vangnet' (p. 249). Dat zou opnieuw de mogelijkheden om met behulp van art. 140 Sr in de voorfase op te treden miskennen. Dit terughoudend optreden verklaart Kesteloo door de wettelijke criteria en de ruime interpretatie daarvan door de Hoge Raad. Die dwingen de feitenrechter 'steeds opnieuw de ruime dan wel beperkende criteria van de Hoge Raad zelfstandig in te vullen.' Daar is hij kennelijk zo mee bezig, dat hij de mogelijkheden die art. 140 Sr biedt niet volledig zou weten te benutten. Dit is een erg interessante conclusie, waar Kesteloo (ook in termen van legaliteit) vervolgens jammer genoeg niet veel mee doet. In ieder geval wordt volgens Kesteloo een kans gemist om effectief van art. 140 Sr gebruik te maken. Hij pleit dan ook voor een 'grensverlegging van de methode van opsporen en vervolgen van artikel 140 Sr mede naar de voorfase' (p. 271).

Kesteloo lijkt te pleiten voor een Aanwijzing toepassing art. 140 Sr waarin een door hem voorgestane gretige toepassing van art. 140 Sr wordt bepleit, in het bijzonder waar het gaat om de voorfase. Een en ander zou nu te veel in handen van individuele officieren liggen. Dat roept het gevaar van onvoorspelbaarheid en ongelijkheid op, wat ten koste gaat van de rechtszekerheid (p. 198-199), en een effectieve aanpak van de georganiseerde misdaad in de weg staat. Kesteloo lijkt er weinig moeite mee te hebben dat met een ruime interpretatie van art. 140 lid 1 Sr opsporingsbevoegdheden vrij snel kunnen worden ingezet: gevaar moet immers worden bestreden (p. 200 en 214). Dat die uitbreiding van art. 140 lid 1 Sr ertoe kan leiden dat veel eerder opsporingsbevoegdheden (als bedoeld in titel V van Boek 1 Sv) kunnen worden ingezet, wordt gesignaleerd maar niet geïmplementeerd omdat in de praktijk nauwelijks op grond van titel V wordt opgespoord (p. 211). Dat moge zo zijn, maar daarmee is het principiële punt (in welk stadium mag al heimelijk in het leven van burgers worden ingetreden?) nog niet van tafel. Kesteloo wijst er in dit verband op dat voorzienbaarheid en kenbaarheid 'in de praktijk soms moeilijk te garanderen' zijn (p. 270). Een terugkoppeling naar legaliteit valt daarin terug te vinden, maar eigenlijk luidt daarmee het antwoord op alle onderzoeksvragen dat er geen problemen zijn met art. 140 Sr in het licht van het legaliteitsbeginsel. Het probleem is dat opsporingsinstanties en rechters onvoldoende gebruikmaken van de mogelijkheden die art. 140 Sr biedt.

6. Hoofdstuk 11 gaat op deze toer door, zij het dat wel wat gas wordt teruggenomen. De auteur erkent, dat art. 140 Sr een zeer vaag omschreven delictomschrijving is, die op gespannen voet kan staan met het legaliteitsbeginsel. Maar Kesteloo stelt terecht dat de vraag niet is of vage delictomschrijvingen an sich acceptabel zijn, maar hoeveel vaagheid op grond van het legaliteitsbeginsel nog acceptabel is. Daarbij is van belang dat art. 140 Sr een abstract gevaarzettingsdelict is, waarover is opgemerkt dat dergelijke delicten extra rechtvaardiging behoeven. Daardoor zou je kunnen

verwachten dat de auteur op zoek gaat naar die extra gronden voor rechtvaardiging. Die worden niet echt uitgewerkt. Het blijft bij de opmerking dat doordat ‘niet alleen dreiging uitgaat van het in georganiseerd verband beramen van misdrijven, maar ook uit het blijven voortduren van het daadwerkelijk plegen van misdrijven’ een rechtvaardiging voor het vaag omschreven art. 140 Sr kan bestaan (p. 295). Deze rechtvaardiging kan ik op zichzelf wel volgen, maar zonder een nauwkeuriger afbakening van daderschap, van aard van de deelneming en van het bereik van het oogmerk blijft zij toch nog vrij vaag en ietwat onbestemd.

Kesteloo lijkt zich dit te realiseren nu hij in het tweede deel van hoofdstuk 11 op zoek gaat naar meer rechtvaardigingen. Hij stelt zichzelf de vraag of er alternatieven kunnen bestaan voor art. 140 Sr in het kader van de aanpak van strafbare gedragingen in de voorfase. Hij bespreekt achtereenvolgens de samenspanning, voorbereidingshandelingen en de poging. De lezer weet dan echter al dat de auteur aan art. 140 Sr veel waarde hecht en er geen redenen zijn om daaraan een meer accessoir karakter te geven of te reduceren tot een strafverzwaringsgrond. Het antwoord op de vraag is dus niet verrassend: ‘artikel 140 lid 1 Sr [heeft] in de “voorfase” een geheel eigen plaats en vooral een geheel eigen betekenis’ (p. 307). Die conclusie maakt duidelijk hoe waardevol Kesteloo een zo intensief mogelijk gebruik van art. 140 Sr voorstaat. Waarom dat nu zo nodig is, en aan welke grenzen die aanpak zou moeten zijn gebonden en hoe de rechter dat op een zo goed mogelijke manier kan doen zonder steeds opnieuw het wiel uit te moeten vinden, dat blijkt niet zo heel erg duidelijk. Daar zal de praktisch ingestelde lezer wellicht minder moeite mee hebben, voor de wetenschapper is de zoektocht naar de grenzen van gerechtvaardigd strafrechtelijk optreden in de voorfase ook met dit proefschrift nog niet ten einde.

*J.M. ten Voorde*³
Leiden, februari 2012

ke aansprakelijkheid naar Nederlands recht, Deventer: Kluwer 2009, p. 73. Zie ook 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. L. Dupont, *Beginselen van behoorlijke strafrechtsbedeling. Bijdrage tot het grondslagenonderzoek van het strafrecht*, Antwerpen/Arnhem: Kluwer/Gouda Quint 1979, p. 49 e.v.
3. **Mr. J.M. ten Voorde is universitair hoofddocent straf(proces)recht aan de Universiteit Leiden.**

1. J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijk*