

HR 24 oktober 1978, NJ 1979, 52 (uitzendbureau Cito)

HOGE RAAD (Strafkamer) 24 oktober 1978, nr. 69900.
(Mrs. Moons, Van der Ven, Royer, Van den Blink, Wijnholt).

De Hoge Raad,

Op het beroep van Ronald G, geboren te Amsterdam op 6 aug. 1954, wonende te Amsterdam, req. van cassatie tegen een bij verstek gewezen arrest van het Hof te Amsterdam van 12 dec. 1977, waarbij in hoger beroep een vonnis van de Rb. te Amsterdam van 28 jan. 1977 is bevestigd t.a.v. de bewezenverklaring, strafbaarverklaring en kwalificatie van het onder II en III ten laste gelegde, de strafbaarverklaring van verdachte deswege, en de vrijspraak van hetgeen onder II en III meer of anders is ten laste gelegd dan in dat vonnis als bewezen is aangenomen en voorts, met vernietiging van evengenoemd vonnis voor het overige, de verdachte ter zake van I. "poging tot diefstal, voorafgegaan en/of vergezeld van bedreiging met geweld tegen personen, gepleegd met het oogmerk om die diefstal voor te bereiden en/of gemakkelijk te maken, gepleegd door twee of meer verenigde personen", II. en III. "diefstal, waarbij de schuldige zich de toegang tot de plaats des misdrijs heeft verschafte door middel van braak, meermalen gepleegd", is veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de tijd van een jaar met verbeurdverklaring van de in het arrest nader omschreven voorwerpen:

Gehoord het verslag van de raadsheer-rapporteur;

Gezien het gerechtelijk schrijven namens de Proc. Gen. aan de req. uitgereikt ter kennisgeving van de dag voor de behandeling van deze zaak bepaald;

Gelet op het middel van cassatie, namens de req. door Mr. R.L. Heukels, adv. te Amsterdam voorgesteld bij schriftuur, luidende:

"Schending van het recht en de Nederlandse wet, in het bijzonder van de artt. 116 jo. 94 en 95, 338, 344, 345, 350, 359, 421, 422 en 423 Sv. en 45, 310, 311 en 312 Sr., aangezien de feitelijke rechter uit de gebezigde bewijsmiddelen niet heeft kunnen c.q. mogen afleiden, dat req. zich heeft schuldig gemaakt aan het hem sub 1 in de dagvaarding ten laste gelegde en t.a.v. hem bewezen verklaard feit. Toelichting.

In deze zaak betreft het wederom het geschil of hier sprake is van een voorbereidingshandeling of een uitvoeringshandeling.

Afgezien van het feit, dat req. aan een employee van het Uitzendbureau Cito zou gezegd hebben nadat hij reeds op vrije voeten was gesteld, dat hij met zijn mededader om geld was gekomen, hetgeen hij uiteraard als een soort bluff tegen deze getuige geruime tijd na het voorval, nadat hij reeds lang op vrije voeten was gesteld door de politie, hetgeen niet tot bewijs kan dienen, dat hij zich met zijn vriend aan de uitvoering van het door hen voorgenomen misdrijf - zij het dan ook op termijn - had gezet.

Het Hof heeft niet willen aannemen, dat req. en zijn vriend op 27 febr. 1976 een generale repetitie van het door hen voorgenomen misdrijf hebben gehouden.

Req. en zijn vriend zijn naar het perceel Leidsekade 70 te Amsterdam gegaan en na hun aanbellen zijn zij terstond overmeesterd door de politie, die tevoren gewaarschuwd was.

Het optreden van req. verkeerde nog steeds in de fase van voorbereiding en niet in die van uitvoering van het voorgenomen misdrijf.

In mijn mening, dat het door req. verrichte niet strafbaar is, vind ik steun in het arrest van Uw Raad van 13 juli 1928, W 11885, waarin uitdrukkelijk is vastgesteld, dat het gaan naar een woning en zelfs naar de daarin gelegen slaapkamer niet aangemerkt wordt als een handeling, die met het voorgenomen misdrijf in het vereiste rechtstreeks verband stond".

Gehoord de Adv.-Gen. Remmelink, enz.;

O. omtrent de vraag of tegen het voormelde arrest van het Hof regelmatig beroep in cassatie is ingesteld:

dat zich bij de aan de Griffier van de HR gezonden stukken o.m. bevinden:

1. een mededeling van de Proc.-Gen. bij voormeld Hof van 15 febr. 1978, geadresseerd aan req., inhoudende dat deze bij voormeld arrest is veroordeeld als hiervoor weergegeven;
2. een aan voormelde verstekmededeling gehechte akte van uitreiking, inhoudende dat die verstekmededeling op 11 maart 1978 te Straubing, Justizvollzugsanstalt, in persoon aan de geadresseerde is uitgereikt;
3. een ongedateerde uit Duitsland verzonden brief van de navolgende inhoud:

"Geachte Heer.

Ik wil op het schrijven van U aan mijn van 15 febr. 1978 antwoorden dat ik in deze zaak in beroep cassatie ga.

Ik hoop dat dit schrijven U op tijd bereikt want het word eerst vertaalt plus gelezen.

Met vriendelijke Groet",

ondertekend: "R.G.", op welke brief is gestempeld:

"Ingekomen ter Griffie van Hof te Amsterdam 21 april 1978";

dat niet uit een akte als bedoeld in art. 451, eerste lid, Sv. blijkt dat de req. op de wijze als voorgeschreven in art. 449, eerste lid, van dat wetboek heeft verklaard tegen 's Hofs arrest beroep in cassatie in te stellen;

dat de HR het er nochtans voor houdt dat zodanig beroep op regelmatige wijze namens de req. is ingesteld, nu diens voormelde, voor afloop van de cassatietermijn ter griffie van het Hof ingekomen brief - gelet op de inhoud ervan en het feit dat de req. tijdens het schrijven ervan verbleef in een in het buitenland gevestigde detentie-inrichting - redelijkerwijs moet worden opgevat als een bijzondere volmacht in de zin van art. 450, eerste lid, onder b, van meergemeld wetboek, terwijl de omstandigheid dat het opmaken ter griffie van een cassatieakte achterwege is gebleven, ofschoon een daartoe strekkende bijzondere volmacht tijdig te dier griffie is ingekomen, niet mag strekken ten nadele van degene die deze volmacht had afgegeven;

O. dat bij het bestreden arrest ten laste van req. bewezen is verklaard:

"dat hij op 27 febr. 1976 te Amsterdam, ter uitvoering van zijn voornemen en van het misdrijf om tezamen en in vereniging met een ander uit een perceel gelegen aan de Leidsekade, met het oogmerk van wederrechtelijke toeigening weg te nemen geld, toebehorende aan het uitzendbureau "Cito", en die diefstal te doen voorafgaan en/of te doen vergezellen van bedreiging met geweld, te plegen tegen in dat uitzendbureau aanwezige personen met het oogmerk om die diefstal voor te bereiden en/of gemakkelijk te maken, opzettelijk tezamen en in vereniging met een ander, nadat hij en zijn mededader redelijke zekerheid hadden dat door personeel van een geldauto een bedrag aan geld bij genoemd uitzendbureau was afgeleverd en nadat hij en zijn mededader zich moeilijk herkenbaar hadden gemaakt door een bromfietshelm op te zetten en hun gezicht gedeeltelijk te bedekken met een shawl of een stuk trui, en terwijl zijn mededader in het bezit was van een met scherpe patronen geladen schietklaar pistool en hij, verdachte van een lege tas, de stenen toegangstrap naar de voordeur van genoemd uitzendbureau is opgelopen en aan die gesloten voordeur heeft gebeld, zijnde de uitvoering van bovenomschreven voorgenomen misdrijf niet voltooid alleen tengevolge van de van zijn, verdachtes wil en de wil van zijn mededader onafhankelijke omstandigheden dat die voordeur niet werd opengedaan en hij en zijn mededader ter plaatse door politieambtenaren werden aangehouden";

O. dat deze bewezenverklaring steunt op de navolgende bewijsmiddelen: (enz. Red.);

O. omtrent het middel;

dat wanneer - zoals ten laste van req. bewezen is verklaard - iemand het voornemen heeft opgevat om in een kantoor het misdrijf voorzien bij art. 312, eerste lid, Sr. te plegen, en teneinde tot uitvoering daarvan te geraken, aan dat kantoor aanbelt met gedeeltelijk afgedekt gelaat, een schietklaar vuurwapen en lege weekendtas, deze gedragingen zijn aan te merken als een begin van uitvoering van het voorgenomen misdrijf, daar zij naar haar uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf;

dat het middel derhalve faalt;

Verwerpt het beroep.

Conclusie Adv.-Gen. Mr. R Emmelink.

In deze zaak waarin het Hof in appel req. op 12 dec. 1977 heeft veroordeeld terzake van poging tot diefstal voorafgegaan en/of vergezeld van bedreiging met geweld tegen personen, gepleegd met het oogmerk om die diefstal voor te bereiden en/of gemakkelijk te maken, gepleegd door twee of meer verenigde personen, heeft req. zich van beroep in cassatie voorzien doordien hij aan de Griffier van het Hof te Amsterdam een brief heeft doen toekomen, waarin hij een desbetreffende mededeling heeft gedaan, welke op 21 april 1978 door de griffie is ontvangen. Deze mededeling is door de Griffier aangemerkt als een "cassatiemelding", waarmee zal zijn bedoeld een "cassatieberoep". Aangezien volgens art. 449, lid 1, Sv. beroep in cassatie moet worden ingesteld door een verklaring af te leggen ter griffie van het gerecht, dat de beslissing heeft gegeven (eventueel door middel van een gemachtigde), terwijl van omstandigheden als waarvan sprake is in HR 11 jan. 1977, NJ 1977, 222 en 223 (betrokkene is wellicht door onjuiste informatie van de kant van de overheid in dwaling gebracht) niet blijkt, integendeel, het blijkt mij bij nader onderzoek, dat op 11 april 1978 aan req., die toen in een "Justizvollzugenstalt" in de BRD zat, een verstekmededeling in persoon is betekend, waarin hij werd geattendeerd op de wijze waarop hij eventueel cassatieberoep zou moeten aantekenen (ik moge U de betreffende stukken overleggen), moet ik het ervoor houden, dat req. niet op tijd bij de wet voorgeschreven wijze zijn cassatieberoep heeft ingesteld, en zal hij daarin niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.

Vgl. ook de Proc.-Gen. van Oosten in diens conclusie in de zaak Giesberts (no. 1044/513).

Mocht Uw Raad hierover anders denken en toch de cassatiemiddelen willen behandelen, dan moge ik onder verwijzing naar de conclusie genomen in de gelieerde zaak B (no. 69 769 zie hieronder. Red.) stellen, dat deze niet aannemelijk zijn enz.

Ik concludeer dat Uw Raad req. in zijn cassatieberoep niet zal ontvangen.

Conclusie in de hierboven genoemde, verwante zaak no. 69769, die niet wordt gepubliceerd.

In deze zaak (no. 69769. Red.) waarin het Hof in appel req. heeft veroordeeld terzake van poging tot diefstal voorafgegaan en/of vergezeld van bedreiging met geweld tegen personen, gepleegd met het oogmerk om die diefstal voor te bereiden en/of gemakkelijk te maken, gepleegd door twee of meer verenigde personen (req. heeft zich samen met een ander gewapend en gemaskerd met het voornemen een overval te plegen vervoegd aan de deur van een uitzendbureau, maar op hun bellen werd niet opengedaan, terwijl zij door de gereedstaande politie werden aangehouden) tegen welk arrest hij zich van beroep in cassatie heeft voorzien, is namens hem een middel in cassatie voorgesteld, waarin wordt betoogd, dat het voormelde optreden van req. nog in de fase van voorbereiding verkeerde, en nog niet van de uitvoering van het gekwalificeerde misdrijf gesproken kon worden. Toegegeven moet worden, dat het hier inderdaad een grensgeval betreft. Zo verwijst de geeerde steller van het middel naar het bekende arrest van Uw Raad van 13 juli 1928, NJ 1928, p. 1576, W. 11885, waarin het gaan naar een woning en naar de daarin gelegen slaapkamer met het voornemen aldaar geld weg te nemen, nog niet als een uitvoeringshandeling werd aangemerkt. Deze feiten, aldus Uw Raad destijds, stonden nog niet in zodanig rechtstreeks verband met het voorgenomen misdrijf, dat de uitvoering daarvan gezegd kon worden te zijn aangevangen. Hiertegenover kan men echter weer stellen HR 4 april 1932, NJ 1932, p. 786, waar wel poging werd aangenomen, toen de aspirant-dief 's nachts werd aangetroffen in de slaapkamer, liggend onder het bed, voorzien van een revolver en een paar handschoenen. Hier werd kennelijk een hechter verband met het te voltooien delict aanwezig geacht, o.m. omdat de man zich gewapend had. Ook in ons geval was hetgeen in de voorfase was verricht zoveel, was men ogenschijnlijk het doel al zo dicht genaderd, dat het redelijkerwijs niet meer te verwachten was, dat de overval niet meer zou worden uitgevoerd. Zou de overval gelukt zijn, en zou men haar moeten omschrijven, dan zou men ongetwijfeld het zich aldus aan de deur vervoegen tot een onderdeel van het totale strafrechtelijk relevante gebeuren mogen rekenen. "Geld wegnemen" van deze orde is nu eenmaal een gecompliceerde, "uitgebreide" onderneming, waartoe men meer mag rekenen dan het enkele wegpakken van het geld. Het BGH heeft op 16 sept. 1975 (Eis 26, band no. 47) in een soortgelijk geval eveneens poging aangenomen. Het betrof hier een poging tot overval van een benzinstation. Ook hier stond men gemaskerd en gewapend bij de deur, belde, en werd er niet opengedaan. Het BGH stelt: Sie (de daders, R.) hatten subjektiv die Schwelle zum "jetzt geht es los" ... überschritten und objektiv zur tatbestandsmassigen Angriffshandlung angesetzt, weil ihr Tun ohne Zwischenakte in die Tatbestandverwirklichung (bedreiging van degene die zou komen met de pistool) einmünden sollte ... Zo bekend, was de Duitse jurisprudentie op het terrein van de poging vroeger nogal subjectief, maar met name na de oorlog is er een objectiverende tendens gekomen (vgl. Rudolphi, c.s. 1975, p. 171 ad p 22 StGB. n.f., die van een "gemischt subjektive-objektive Einddruckstheorie" spreekt; vgl. ook Jescheck, derde druk, 1978, p.p. 414 en 416), waarvan dit arrest m.i. een mooie demonstratie is. Ik meen derhalve, dat dit standpunt ook door Uw Raad zou kunnen worden ingenomen, zonder dat van een afwijking van de in de rechtspraak tegenwoordig aan te wijzen hoofdlijn gesproken kan worden. (Voor verdere beschouwingen moge ik verwijzen naar Noyon-Langemeijer, zevende druk, I, p. 300 en Hazewinkel-Suringa, zevende druk, p. 340.) Het gevaar om te dezen een te enge grens aan te houden (ik laat hier even de naam "Eindhoven", NJ 1934, p. 450, vallen) is met name heden ook, dat de politie in zo'n moeilijk parket komt om, zo zij van het voornemen lucht heeft gekregen, overvallers e.d. op heter daad te betrappen. Zij wordt dan in de verleiding gebracht de aspirant-overvallers heel ver te laten gaan, teneinde het gevaar te vermijden, dat de rechter naderhand zal zeggen, dat deze nog slechts aan het voorbereiden waren. Vermoedelijk hangt het te late ingrijpen van de politie bij de in 1972 te Schiedam gepleegde overval op de beheerder van een winkelbedrijf, die hierbij om het leven kwam, eveneens met deze grondgedachte samen, al waren er ook beoordelingsfouten.

Vgl. het antwoord van minister van Agt op vragen van de kamerleden De Ruiters en Haas-Berger (H. 2e K. 1971/72, Aanhangsel, no. 1844; ik leg een fotokopie over). Als reactie hierop trad de politie enige tijd later bij een overval van een bank te Nieuwe Pekela ver in het voorstadium op, zodat ik vrees, dat hier wel niet ter zake van poging zal zijn vervolgd (dit is inderdaad niet geschied, zoals mij bij informatie is gebleken). Vgl. het verslag in De Tel. van 11 aug. 1972. Het zelfde geldt voor een door de politie in de kiem gesmoorde overval van een postkantoor in Roosendaal in 1967. De Tel. 22 mei 1967. Ik leg fotokopieën over.

Ik geef toe, dat het verschil tussen uitvoeren en voorbereiden niet haarscherp is aan te geven, een mathematisch exacte grens is niet te trekken; zij zullen het niet verder kunnen brengen dan binnen een formule die wezenlijk niet meer is dan een regulatief beginsel, telkens aan de hand van de concrete feiten vast te stellen de strafrechtelijke Sinnzusammenhang tussen de gemanifesteerde voorfase en de ontbrekende rest. Daarbij zal aan de rechter een zekere waarderingsvrijheid gelaten moeten worden. Vgl. ook de conclusie van het OM voor HR 19 sept. 1977, NJ 1978, 126, in een zaak (een sterk op "Eindhoven" lijkende brandstichtingsaffaire), waar de rechter aan de hand van de gebleken feiten juist niet voor poging opteerde, schoon een andere keuze ook niet onmogelijk geweest zou zijn. Daarbij dient bedacht te worden, dat deze vaststellingen geschieden binnen een normatief systeem, waar in grensgevallen meetelt het legitieme verlangen tot een oplossing te geraken, welke beantwoordt aan het gevoel voor "billijkheid".

Het middel niet aannemelijk achtend concludeer ik tot verwerping van het beroep.