

chen: Verlag C. H. Beck 2006, p. 2041). Het onttrekken van elektrische energie is apart strafbaar gesteld in art. 248c StGB. En recent heeft een Amerikaans Hof in een zaak over het transporteren van een met een inbreuk op het intellectuele eigendomsrecht verkregen broncode van Goldman Sachs, geoordeeld dat de tastbare eigenschap van de bestanddelen "goods", "wares" en "merchandise" in de National Stolen Property Act (NSPA), 18 U.S.C. par. 2314, niet losgelaten kan worden (United States Court of Appeals for the Second Circuit 11 april 2012, *United States of America v. Sergey Aleynikov*, docket no. 11-1126, p. 18): "We decline to stretch or update statutory words of plain and ordinary meaning in order to better accommodate the digital age." En zo is het, of zou het moeten zijn.

7. Waar elektriciteit wellicht nog enigszins tastbaar is voor te stellen, is dat met items in een computerspel uiteraard niet meer het geval. Sprake is alleen van een unieke (bron)code waarover het slachtoffer de beschikking in het spel is kwijtgeraakt. Fysiek zijn dat virtuele amulet en masker helemaal niet verplaatst (ook de belminuten en sms-berichten zijn nergens heen). Gelet op de oorspronkelijke invulling die door de wetgever aan het delict werd gegeven, kan worden betoogd dat de huidige uitleg die de Hoge Raad aan het bestanddeel goed geeft, daarmee nu *echt* niet meer strookt.

8. Toepasselijk blijft daarom, tot slot, de tiende stelling van het Leidse proefschrift van B.W. Schermer, *Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance* (2007): 'Virtuele goederen bestaan niet.'

Mr. dr. J.S. Nan

152

Hoge Raad

28 februari 2012, nr. 3772.10 M, LJN BR2342
(Mrs. Van Schendel, De Hullu, Splinter-Van Kan, Groos, Buruma)
Noot mr. R.E. van Zijl

Het in enkele delictomschrijvingen voorkomende bestanddeel met "voorbodachten rade" kan voldoende feitelijke betekenis in de zin van art. 261 Sv niet worden ontzegd. Voor een bewezenverklaring van dit bestanddeel moet komen vast te staan dat de verdachte zich gedurende enige tijd heeft kunnen beraden op het te nemen of het genomen besluit en hij niet heeft gehandeld in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling, zodat hij de gelegenheid heeft gehad na te denken over de betekenis en de gevolgen van zijn voorgenomen daad en zich daarvan rekenschap te geven. Bij de vraag of sprake is van voorbedachte raad gaat het bij uitstek om een weging en waardering van de omstandigheden van het concrete geval door de rechter, waarbij deze het gewicht moet bepalen van de aanwijzingen die voor of tegen het bewezen verklaren van voorbedachte raad pleiten. De vaststelling dat de verdachte voldoende tijd had om zich te beraden op het te nemen of het genomen besluit vormt weliswaar een belangrijke objectieve aanwijzing dat met voorbedachte raad is gehandeld, maar behoeft de rechter niet ervan te weerhouden aan contra-indicaties een zwaarder gewicht toe te kennen.

[Sr art. 289; Sv art. 261]

Zie voor de volledige uitspraak NbSr 2012, 152 (afl. 5), www.nieuwsbriefstrafrecht.nl (incl. noot) en OpMaat Strafrecht (incl. noot).

NOOT

1. In deze OM-cassatie was de vraag aan de orde of het oordeel van het hof dat de verdachte diende te worden vrijgesproken van het bestanddeel 'met voorbedachten rade' in stand kon blijven. In zijn beoordeling herhaalt de Hoge Raad

allereerst het standpunt dat voor een bewezenverklaring van voorbedachte raad moet komen vast te staan dat de verdachte zich gedurende enige tijd heeft kunnen beraden op het te nemen of het genomen besluit en hij niet heeft gehandeld in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling, zodat hij de gelegenheid heeft gehad na te denken over de betekenis en de gevolgen van zijn voorgenomen daad en zich daarvan rekenschap te geven (zie HR 27 juni 2000, *NJ* 2000, 605; HR 5 februari 2008, *NJ* 2008, 97). Tot zover niets nieuws.

Daarnaast heeft de Hoge Raad nu echter uitdrukkelijk bepaald dat – omgekeerd – die gelegenheid tot kalm beraad en rustig overleg voorafgaand aan het plegen van een delict niet per definitie leidt tot een bewezenverklaring van voorbedachte raad. In casu kon weliswaar de mogelijkheid tot bezinning worden vastgesteld, maar konden andere feitelijke omstandigheden tot de conclusie leiden dat de daadwerkelijke bezinning niet had plaatsgevonden.

2. De toegevoegde overweging houdt een belangrijke nuancering in van eerdere jurisprudentie. Voorbedachte raad was geobjectiveerd: het kon worden afgeleid uit de omstandigheden waaronder of de wijze waarop het feit was gepleegd (HR 25 januari 2000, *NJ* 2000, 580). Aan de hand van bijv. de verwondingen van het slachtoffer kon worden vastgesteld dat de verdachte zoveel handelingen had verricht die gericht waren op het doden van het slachtoffer dat hij gelegenheid had gehad tot een moment van bezinning (HR 22 februari 2005, *NbSr* 2005, 128, met een afwijkende conclusie van advocaat-generaal Vellinga). Hieruit werd doorgaans afgeleid dat het niet zozeer ging om de daadwerkelijke bezinning, maar om de gelegenheid daartoe (HR 30 juni 2009, LJN BI4070; HR 8 september 2009, *NJ* 2009, 423).

3. In deze zaak had de verdachte de tijd zich te beraden op zijn besluit. Hij was na een confrontatie met het latere slachtoffer teruggelopen naar het vakantiehuisje waar hij zelf met zijn vrienden verbleef, had aan diverse personen verteld wat er was gebeurd, had zijn autosleutels gezocht, was naar zijn auto toegelopen, had daar een mes gepakt en was daarna richting het slachtoffer gesprint om hem in één keer neer te steken.

Niettemin sprak het hof vrij van de voorbedachte raad. Het hof nam op basis van de feitelijke omstandigheden aan dat sprake was van een "doorlopende drift bij verdachte als gevolg van de eerste confrontatie met C. en M. [de slachtoffers; RZ], waarbij verdachte een klap op zijn hoofd, boven zijn oog, kreeg met een fles en waarbij verdachte een hevig bloedende wond opliep".

Dat de verdachte in een continue hevige emotie handelde, lijkt (ook) te zijn afgeleid uit de getuigenverklaringen waaruit blijkt dat de gebeurtenissen erg snel verliepen en dat de verdachte zich gedurende dat tijdsverloop in een hevige gemoedsbeweging bevond. Gesteld had echter ook kunnen worden dat verdachte zelf (mede) debet was aan die doorlopende drift, nu hij veel had gedronken en wist dat hij van veel alcohol 'druk' werd. Het hof laat het bij het bovenvermelde citaat, en specificceert niet verder hoe en waarom de feitelijke omstandigheden tot de doorlopende drift hebben geleid.

De Hoge Raad gaat hiermee akkoord. Hij houdt vast aan het principe dat voldoende tijd voor een verdachte om zich te beraden op een besluit, een belangrijke objectieve aanwijzing vormt voor voorbedachte raad. Nieuw is de expliciete erkenning van het (daarnaast) mogelijke bestaan van (andere) concrete feitelijke omstandigheden die contra-indicaties vormen voor voorbedachte raad. Het staat de feitenrechter vrij daaraan een zwaarder gewicht toe te kennen.

Dergelijke contra-indicaties kunnen worden gevonden in de omstandigheid dat de besluitvorming en uitvoering in plotselinge hevige drift plaatsvinden (zoals in casu), in een korte tijdspanne tussen besluit en uitvoering (zoals in casu) of in een pas tijdens de uitvoering van het besluit ontstane gelegenheid tot bezinning (zoals niet in casu).

4. De beweegredenen van de Hoge Raad voor deze nieuwe invalshoek kunnen uit twee andere opmerkingen in r.o. 2.7.3. worden afgeleid. Ten eerste wordt aangegeven dat aan het bestanddeel met 'voorbodachten rade' voldoende feitelijke betekenis in de zin van art. 261 Sv niet kan worden ontzegd. In de tenlastelegging behoeft dit bestanddeel dus niet nader feitelijk te worden omschreven. Ten tweede wordt met voorbedachte raad het wettelijk strafmaximum aanzienlijk verzwaaard in vergelijking met delicten waarin

dat bestanddeel niet is opgenomen. Dat betekent dat met een niet gespecificeerde, niet onderbouwde en eenvoudige toevoeging aan de tenlastelegging, de inzet van de strafprocedure aanzienlijk wordt verzwaard. De Hoge Raad koppelt deze twee omstandigheden niet expliciet aan elkaar, maar verbindt wel aan het strafverzwarende gevolg de consequentie dat aan de vaststelling dat de voor voorbedachte raad vereiste gelegenheid heeft bestaan, 'bepaaldelijk' eisen worden gesteld. De rechter dient, zeker indien de voorbedachte raad niet rechtstreeks uit de bewijsmiddelen volgt, daaraan in zijn motivering van de bezwezenverklaring nadere aandacht te geven. Of dit beginsel is ingegeven door het strafverzwarende gevolg *an sich*, of door het strafverzwarende gevolg in combinatie met de eenvoudige mogelijkheid dit strafverzwarende bestanddeel ten laste te leggen, laat de Hoge Raad in het midden.

Wat daar ook van zij, het motiveringsprincipe is op zichzelf al een nieuw uitgangspunt en luidt – zoals de Hoge Raad zelf opmerkt – anders dan wat wel uit eerdere rechtspraak werd afgeleid. De enthousiaste lezer zou dit *en passant* geformuleerde principe zelfs een breuk met eerdere jurisprudentie kunnen noemen (hoewel het wel in lijn kan worden geacht met de noot van mr. De Hullu bij HR 7 december 1999, *NJ* 2000, 263, m.nt. De Hullu). Bij dit nieuwe principe past goed het (daarnaast) expliciet openlaten van de mogelijkheid om te bepalen dat – ondanks de objectieve mogelijkheid tot bezinning – van voorbedachte raad geen sprake was.

De eenvoudige wijze van tenlastelegging en het strafverzwarende gevolg van voorbedachte raad leiden dus zowel tot een handreiking aan de feitenrechter om eenvoudiger van voorbedachte raad vrij te spreken als tot een verzwaaring van de taak van de feitenrechter die de voorbedachte raad bewezen wil verklaren.

Mr. R.E. van Zijl

167

Rechtbank Amsterdam

14 maart 2012, nr. 76.12 RK, LJN BV8737

(Mrs. Peeters, Meewisse, De Waal)

Noot mr. dr. M.L.C.C. de Bruijn-Lückers

Zaak Robert M. (zie ook *NbSr* 2011, 291 en *NbSr* 2012, 29 en 47). Noch de omstandigheid dat de Rechtbank heeft besloten de beslissing van 15 december 2011 met betrekking tot het toestaan van het spreekrecht van de ouders, ondanks de uitspraak van de Hoge Raad van 6 maart 2012, *NbSr* 2012, 159, in stand te laten, noch een aantal uitlatingen van de Rechtbank waaraan verzoeker de conclusie verbindt dat daaruit blijkt dat zijn subjectieve oordeel omtrent de vooringenomenheid van de Rechtbank juist is, noch het wijzen op de aard en omvang van de zaak door de Rechtbank, noch een zinsnede uit de motivering die ten grondslag ligt aan het toewijzen van het spreekrecht aan de ouders en noch de uitlating van de voorzitter ten tijde van een persbijeenkomst, leveren feiten of omstandigheden op waardoor de rechterlijke onpartijdigheid van de rechters, of meer in het bijzonder van de voorzitter, schade zou kunnen leiden (zie ook *NbSr* 2012, 166 en 171).

[Sv art. 512]

Zie voor de volledige uitspraak *NbSr* 2012, 167 (afl. 5), www.nieuwsbriefstrafrecht.nl (incl. noot) en *OpMaat Strafrecht* (incl. noot).

NOOT

Het aantal wrakingsverzoeken is de laatste jaren aanzienlijk toegenomen, namelijk van 248 in 2007 naar 557 wrakingsverzoeken in 2011. Op een totaal van 1,8 miljoen rechtszaken is dat een fractie. Van die 557 wrakingsverzoeken zijn er slechts 36 gegrond verklaard (Zie www.rechtspraak.nl: Meer wrakingen past in tijdsbeeld, Nieuwsoverzicht 23 april 2012). De toename in het aantal wrakingsverzoeken past volgens de voorzitter van de Raad van de Rechtspraak Erik van den Emster in het tijdsbeeld. Gezag van insti-