

LJN: AR8250, Hoge Raad , 01198/04

Datum uitspraak: 15-02-2005

Datum publicatie: 15-02-2005

Rechtsgebied: Straf

Soort procedure: Cassatie

Inhoudsindicatie: Aan gezag en opzicht onttrekken ex art. 279 Sr. Degene die (mede) het gezag over een minderjarig kind uitoefent kan dit kind desondanks aan het gezag en/of het opzicht van een ander onttrekken, bijvoorbeeld door zich niet te houden aan een bij rechterlijke beslissing vastgestelde (voorlopige) omgangsregeling.

Uitspraak

15 februari 2005

Strafkamer

nr. 01198/04

AGJ/SM

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Amsterdam, zitting houdende te Arnhem, van 7 november 2003, nummer 21/001763-03, in de strafzaak tegen: [verdachte], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1965, wonende te [woonplaats].

1. De bestreden uitspraak

Het Hof heeft in hoger beroep - met vernietiging van een vonnis van de Politierechter in de Rechtbank te Utrecht van 25 november 2002 - de verdachte ter zake van "onttrekking van een minderjarige aan het wettig gezag/bevoegd opzicht" veroordeeld tot een taakstraf bestaande uit een werkstraf voor de duur van dertig uren, subsidiair vijftien dagen hechtenis, voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren.

2. Geding in cassatie

Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze heeft mr. T.C. ten Rouwelaar, advocaat te Amsterdam, bij schriftuur middelen van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Advocaat-Generaal Machielse heeft geconcludeerd dat de Hoge Raad het beroep zal verwerpen.

Bij de Hoge Raad is binnengekomen een brief van de raadsman met daaraan gehecht een brief van de verdachte.

3. Beoordeling van het eerste en het tweede middel

3.1. In de middelen wordt onder meer geklaagd dat het Hof ten onrechte bewezen heeft verklaard dat de verdachte het kind aan het ouderlijk gezag of aan het opzicht van de moeder heeft onttrokken in de zin van art. 279 Sr.

3.2. De aan het proces-verbaal van de terechtzitting van het Hof gehechte pleitnotities houden in dat namens de verdachte het verweer strekkende tot niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie in de vervolging dan wel tot vrijspraak, is gevoerd, waartoe is gesteld dat de verdachte zich niet schuldig heeft gemaakt aan overtreding van art. 279 Sr, omdat de verdachte samen met de moeder het gezag over het minderjarige kind uitoefende.

3.3. Het Hof heeft onder het kopje 'Verweer betreffende de ontvankelijkheid van het openbaar ministerie' in de bestreden uitspraak als volgt overwogen en beslist:

"Anders dan de raadsman stelt is het hof van oordeel dat een ouder die formeel nog wel het gezag heeft over zijn minderjarig kind dat kind aan het ouderlijke gezag/opzicht van de andere ouder kan onttrekken. Verdachte heeft zijn dochter niet teruggebracht naar haar moeder nadat de omgangsregeling ten einde was gekomen. Het verweer wordt dan ook verworpen."

3.4. Voorzover in de middelen het standpunt wordt ingenomen dat de verdachte het kind niet aan het gezag en het opzicht van de moeder kan onttrekken in de zin van art. 279 Sr, omdat ook de verdachte het gezag over het kind had, wordt miskend dat degene die (mede) het gezag over een minderjarig kind uitoefent, dit kind desondanks aan het gezag en/of het opzicht van een ander kan onttrekken bijvoorbeeld door zich niet te houden aan een bij rechterlijke beslissing vastgestelde (voorlopige) omgangsregeling. 's Hof's onder 3.3 weergegeven oordeel getuigt derhalve niet van een onjuiste rechtsopvatting.

3.5. De overige klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beoordeling van het derde middel

Het middel kan niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu het middel niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

5. Slotsom

Nu de middelen niet tot cassatie kunnen leiden, terwijl de Hoge Raad ook geen grond aanwezig oordeelt waarop de bestreden uitspraak ambtshalve zou behoren te worden vernietigd, moet het beroep worden verworpen.

6. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Dit arrest is gewezen door de vice-president C.J.G. Bleichrodt als voorzitter, en de raadsheren J.P. Balkema en A.J.A. van Dorst, in bijzijn van de waarnemend-griffier J.D.M. Hart, en uitgesproken op 15 februari 2005.

—
Conclusie

Nr. 01198/04

Mr Machielse

Zitting 21 december 2004

Conclusie inzake:

[verdachte]

1. Het Gerechtshof te Amsterdam, zitting houdend te Arnhem, heeft de verdachte bij arrest van 7 november 2003 ter zake van "onttrekking van een minderjarige aan het wettig gezag/bevoegd opzicht" veroordeeld tot een taakstraf bestaande uit een werkstraf voor de duur van 30 uren, subsidiair 15 dagen hechtenis, voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar.

2. Namens verdachte heeft mr T.C. ten Rouwelaar, advocaat te Amsterdam, bij schriftuur drie middelen van cassatie voorgesteld.

3.1 Het eerste middel bestrijdt, blijkens de toelichting daarop, het bewezenverklarde opzet. Ten laste van verdachte is bewezenverklaard dat:

"hij in de periode van 17 mei 2001 tot en met 8 juni 2001 te Bilthoven en/of IJsselstein, in elk geval in Nederland, opzettelijk een minderjarige, te weten [betrokkene 1] (geboren op [geboortedatum] 1999) heeft onttrokken aan het wettig gezag over hem/haar gesteld of aan het opzicht van degene die dit desbevoegd over hem/haar uitoefent, terwijl die minderjarige ten tijde van het plegen van dit feit beneden de twaalf jaar oud is, immers heeft verdachte toen daar:

- zijn dochter [betrokkene 1] in het kader van een omgangsregeling opgehaald bij de moeder en vervolgens die [betrokkene 1] niet teruggebracht op de afgesproken tijd en die [betrokkene 1] gebracht naar een voor de moeder onbekende plaats"

Het middel wijst op een vonnis in kort geding van de rechtbank te Utrecht van 18 mei 2001, waarin is bepaald dat de dochter haar hoofdverblijf heeft bij haar moeder. Aangevoerd wordt dat verdachte op het moment dat hij zijn dochter meenam van de inhoud van dit vonnis niet op de hoogte was. Pas na zijn aanhouding is hij daarmee bekend geworden.

3.2 Uit de bewijsmiddelen blijkt dat tussen verdachte en de moeder van [betrokkene 1] sinds 25 november 2000 een omgangsregeling van kracht was. Deze hield in dat verdachte eenmaal per veertien dagen van zaterdag 11.00 uur tot zondag 17.00 uur en op de daarop volgende donderdag van 12.00 uur tot 17.00 uur recht had op omgang met zijn dochter. Deze omgangsregeling is neergelegd in een tot de stukken van het geding behorende tussenbeschikking van de rechtbank te Utrecht van 24 oktober 2000. Verder blijkt uit de bewijsmiddelen dat de moeder van [betrokkene 1], [betrokkene 2], aangifte heeft gedaan nadat verdachte [betrokkene 1] op donderdag 17 mei 2000 had opgehaald en hij haar op vrijdag 18 mei 2001 om 18.08 uur nog niet had teruggebracht. Op dezelfde vrijdag heeft [betrokkene 2] verdachte in kort geding gedagvaard. De president van de rechtbank heeft in zijn beslissing van 18 mei 2001 op de vordering van [betrokkene 2] bepaald dat het hoofdverblijf van [betrokkene 1] bij haar moeder zal zijn en verdachte bevolen het kind

binnen een uur na de betekening van het vonnis aan de moeder af te geven. Deze en de overige beslissingen van de president van de rechtbank heeft het hof aan het bewijs laten bijdragen, evenals de mededeling dat het vonnis op 18 mei 2001 om 18.35 uur aan verdachte is betekend door dit achter te laten in zijn woning. Op 19 mei 2001 heeft verdachte de politie gebeld. Hij is toen geweest op de sinds 25 november 2000 van kracht zijnde omgangsregeling en op het vonnis van 18 mei 2001, met name op het bevel om [betrokkene 1] terstond terug te brengen naar haar moeder. Verdachte heeft toen gezegd dat hij het kind bewust niet had teruggebracht en dat hij niet zou voldoen aan het bevel (bewijsmiddel 1). Bewijsmiddel 3 bevat de verklaring van verdachte dat hij zijn dochttertje van 17 mei 2001 tot en met 8 juni 2001 bij zich had en dat hij haar niet op tijd bij de moeder heeft teruggebracht.

3.3 Voor een goed begrip van de zaak schets ik enige achtergrond. Verdachte en [betrokkene 2] waren niet getrouwd toen hun dochter [betrokkene 1] op [geboortedatum] 1999 werd geboren. Verdachte heeft het kind erkend. Hij en de moeder zijn sinds de geboorte, dus ook ten tijde van het bewezenverklaarde, gezamenlijk belast met het ouderlijk gezag. Niet lang na de geboorte zijn verdachte en [betrokkene 2] uit elkaar gegaan. Zij zijn eerst in onderling overleg en medio februari 2001 door tussenkomst van hun advocaten een voorlopige bezoeksregeling voor hun kind overeengekomen. Deze hield in dat [betrokkene 1] bij haar moeder zou verblijven en dat verdachte haar een dag en een middag per week zou krijgen (bewijsmiddel 2). Op 29 maart 2000 heeft [betrokkene 2] bij de rechtbank een verzoek ingediend dat strekte tot toewijzing van het ouderlijk gezag aan haar en tot vaststelling van een omgangsregeling tussen de vader en [betrokkene 1]. Verdachte heeft zich hiertegen verweerd en op zijn beurt verzocht om toewijzing van het ouderlijk gezag aan hem en om vaststelling van een omgangsregeling tussen moeder en dochter. Bij tussenbeschikking van 24 oktober 2000 heeft de rechtbank overwogen dat het een omgangsregeling tussen vader en dochter in haar belang achtte en beslist dat verdachte met ingang van 25 november 2000 op de hier boven vermelde tijdstippen recht heeft op omgang met zijn dochter. Bij beslissing van 24 juli 2002 zijn de verzoeken van [betrokkene 2] en verdachte om exclusieve toewijzing van het ouderlijk gezag afgewezen. Ten tijde van de bestreden uitspraak was nog geen definitieve omgangsregeling tot stand gekomen.

3.4 De klacht dat verdachte niet opzettelijk heeft gehandeld omdat hij onbekend was met het vonnis van 18 mei 2001 is, gezien in het licht van de bewezenverklaring, irrelevant. De tenlastelegging en bewezenverklaring houden immers in dat verdachte zijn dochter in strijd met de omgangsregeling niet heeft teruggebracht. Die omgangsregeling bestond al in 2000, dus ruim voor het kort gedingvonnis van 18 mei 2001. Overigens faalt de klacht ook, omdat deze een feitelijke vaststelling van het hof bestrijdt. Het hof heeft immers vastgesteld dat, na de rechtsgeldige betekening van het kort gedingvonnis aan verdachte, de in dit vonnis neergelegde beslissingen op 19 mei 2001 telefonisch aan verdachte zijn meegedeeld en dat hij zijn dochter toen niet heeft teruggebracht. Voor bestrijding van die vaststelling op feitelijke gronden is in cassatie geen ruimte. Voor zover het middel erover bedoelt te klagen dat verdachte op 17 mei 2001 niet wist dat het hoofdverblijf van zijn dochter bij haar moeder was faalt het eveneens. Het hof heeft uit de bewijsmiddelen kunnen afleiden dat verdachte met de omgangsregeling van 24 oktober 2000 bekend was. Voor de beantwoording van de vraag of de omgangsregeling inderdaad inhield dat het hoofdverblijf van het kind bij de moeder was, zie onder 4.3.

4.1 Het eerste en het tweede middel voeren verder beide aan dat in de gegeven omstandigheden geen sprake is van onttrekking aan het wettig gezag of aan het opzicht van de degene die dit desbevoegd uitoefende. Dit verweer is ook voor het hof gevoerd en strekte tot

niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie dan wel tot vrijspraak. Het hof heeft in respons op het niet-ontvankelijkheidsverweer overwogen:

"Anders dan de raadsman stelt is het hof van oordeel dat een ouder die formeel nog wel het gezag heeft over zijn minderjarige kind dat kind aan het ouderlijk gezag/opzicht van de andere ouder kan onttrekken. Verdachte heeft zijn dochter niet teruggebracht naar haar moeder nadat de omgangsregeling ten einde was gekomen. Het verweer wordt dan ook verworpen."

De klacht dat het hof bij de vorming van dit oordeel ervan zou zijn uitgegaan dat ten tijde van het bewezenverklaarde alleen de moeder belast was met het ouderlijk gezag over [betrokkene 1] faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag.

4.2 In de rechtspraak zijn situaties als deze eerder aan de orde geweest. In HR NJ 1970, 266 ging het om een echtpaar dat in scheiding lag. Bij beschikking van de president van de rechtbank was beslist dat hangende het echtscheidingsgeding de kinderen bij de moeder zouden verblijven. De Hoge Raad oordeelde dat, ook al leidt een dergelijke voorziening niet tot opheffing van de ouderlijke macht, deze tot gevolg heeft dat de kinderen in ieder geval worden gesteld onder het opzicht, in de zin van art. 279 lid 1 Sr, van de ouder aan wie zij voorlopig zijn toegewezen.(1) Iets vergelijkbaars speelde in de arresten HR NJ 1991, 9 en HR NJ 1991, 824. In beide zaken waren de onttrokken kinderen in afwachting van de uitkomst van de echtscheidingsprocedure aan de moeder toevertrouwd. Het zonder haar toestemming wegnemen van de kinderen leverde een onttrekking aan het wettig gezag en het bevoegdlijk uitgeoefende opzicht op. De in het middel bedoelde uitspraken NJ 1950, 833 en 834 werpen geen ander licht op de zaak, alleen al omdat deze uitspraken een niet goed vergelijkbaar feitencomplex betroffen, de uitspraken van eerder datum zijn en deze niet zijn gedaan door de Hoge Raad, zoals het middel veronderstelt, maar door respectievelijk de Krijgsraad voor de zeemacht en het Hoog Militair Gerechtshof.

4.3 In dit geval ligt het in zoverre anders dat hier niet sprake is van een exclusieve toewijzing van het kind aan de moeder. Bij haar tussenbeschikking van 24 oktober 2000 heeft de rechtbank immers, in afwachting van een definitieve beslissing, bepaald dat verdachte een beperkt omgangsrecht met het kind heeft. Anders dan de klacht lijkt te veronderstellen is in het vonnis van 18 mei 2001 in deze omgangsregeling geen wijziging aangebracht doordat daarin is beslist dat [betrokkene 1]'s hoofdverblijf bij haar moeder was. Zoals uit de bewijsmiddelen blijkt was dit de feitelijke situatie sinds verdachte en [betrokkene 2] uit elkaar waren. Dit lag ook al in de omgangsregeling van 24 oktober 2000 besloten. Daarvan is ook de president van de rechtbank uitgegaan blijkens overweging 3.5 van zijn vonnis, dat voor zover van belang luidt:

"Op grond van deze feiten en omstandigheden moet het, mede gezien de leeftijd van [betrokkene 1], in haar belang worden geacht dat zij haar hoofdverblijf bij de moeder heeft totdat in de onder 3.3 bedoelde procedure over de gezagsvoorziening zal zijn beslist. Bij dit oordeel is mede van belang dat de rechtbank dat in die procedure klaarblijkelijk ook heeft bedoeld, gezien de regeling die voor de omgang tussen de vader en [betrokkene 1] is vastgesteld in de genoemde tussenbeschikking van 24 oktober 2000 ()."

Het vonnis houdt wel een andere wijziging in ten opzichte van de omgangsregeling van 24 oktober 2000. Namelijk dat het verdachte verboden was het kind zonder schriftelijke toestemming van de moeder mee te nemen. Ook deze beslissing is op 19 mei 2001 telefonisch

aan verdachte meegedeeld (bewijsmiddel 1).

4.4 Of het kind nou wordt onttrokken terwijl het exclusief aan een ouder is toevertrouwd of door zich niet te houden aan een bij rechterlijke beslissing vastgestelde omgangsregeling levert in mijn ogen geen relevant verschil op. Zowel het wettig gezag als het opzicht berustten ten tijde van het bewezenverklaarde bij de moeder krachtens de omgangsregeling van 24 oktober 2000. Verdachte heeft het kind aan dat gezag en opzicht onttrokken door haar op donderdag 17 mei 2001 niet op het overeengekomen tijdstip terug te brengen. Hij heeft die situatie tot 8 juni 2001 laten voortbestaan ook nadat hem de inhoud van het vonnis van 18 mei 2001 was meegedeeld. Het oordeel van het hof dat verdachte in de bewezenverklaarde periode het kind aan het wettig gezag en het opzicht van de moeder heeft onttrokken geeft naar mijn mening geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De klachten falen voor zover deze uitgaan van een andere opvatting.

4.5 De klacht dat het hof heeft aangenomen dat was aangevoerd dat dit verweer tot ontslag van rechtsvervolging zou moeten leiden, berust op een onjuiste lezing van de bestreden uitspraak. Ook deze klacht faalt dus.

4.6 Het tweede middel bestrijdt verder de verwerping door het hof van een beroep op overmacht. Het hof heeft dit verweer als volgt samengevat en verworpen:

"De verdediging heeft aangevoerd dat er een noodsituatie was ontstaan omdat verdachtes dochtertje door haar moeder, die het wettig gezag over haar uitoefende, niet goed zou worden verzorgd.

Het hof is van oordeel dat het gevoerde verweer dient te worden verworpen. Het hof overweegt hierbij dat er geen omstandigheden aannemelijk zijn geworden die het acuut handelen van verdachte rechtvaardigden en dat voorts niet is gebleken dat - indien er al sprake zou zijn geweest van een noodsituatie - er voor verdachte geen andere mogelijkheid open stond, nu hij zich had kunnen wenden tot een bevoegde instantie, zoals de Raad voor Kinderbescherming, de politie of de officier van justitie, in geval van een noodtoestand."

De klacht is dat het hof geen acht heeft geslagen op ter ondersteuning van dit verweer overgelegde bewijsstukken. Deze klacht faalt. Het hof heeft geoordeeld dat niet aannemelijk is geworden dat [betrokkene 1] slecht werd verzorgd door haar moeder. Dat is een oordeel van feitelijke aard dat in cassatie slechts beperkt kan worden getoetst. De waardering van het door de verdediging overgelegde bewijsmateriaal is aan het hof voorbehouden. Uit het procesverbaal van de terechtzitting van 24 oktober 2003 blijkt verder dat het hof de korte inhoud van de stukken van eerste aanleg en van de nadien aan het dossier toegevoegde stukken heeft voorgehouden, waaronder de brieven van verdachte van 22 september 2003 en 17 oktober 2003 met bijlagen. Het moet er dus voor worden gehouden dat door het hof ook op de door het middel bedoelde stukken acht is geslagen. Dit geldt temeer nu het middel niet vermeldt welke bewijsstukken het hof zou hebben gemist.

Ook de klacht dat het hof er geen rekening mee heeft gehouden dat verdachte geen vertrouwen had in de Raad voor de Kinderbescherming faalt, reeds omdat niet blijkt dat die stelling voor het hof is ingenomen.

5.1 Het derde middel betreft de afwijzing door het hof van een verzoek om getuigen te horen. In de bestreden uitspraak heeft het hof overwogen dat de verdediging subsidiair heeft verzocht het onderzoek aan te houden om enkele getuigen te horen. Het hof heeft dit verzoek

afgewezen omdat het zich voldoende voorgelicht achtte, zodat van een noodzaak tot het horen van die getuigen niet was gebleken.

5.2 Noch uit het proces-verbaal van de zitting van 24 oktober 2003, noch uit de daaraan gehechte pleitnota noch uit enig ander stuk in het procesdossier blijkt dat door de verdediging aan het hof is verzocht om getuigen te horen. Dat betekent dat hetzij het hof door een vergissing de in het middel aangevochten beslissing in zijn uitspraak heeft opgenomen hetzij het verzoek wel is gedaan maar dit niet in het proces-verbaal is opgenomen.

5.3 Ik meen dat dit in het midden kan blijven. Volgens het middel betrof het ter zitting gedane verzoek getuigen van wie eerder verklaringen aan het hof werden toegezonden. Ik neem aan dat hiermee wordt bedoeld op de brief van 5 september 2003 van de raadsman van verdachte. Het middel voert als klacht aan dat het hof het getuigenverhoor niet heeft toegestaan en dat het derhalve van belang is dat de getuigen alsnog worden gehoord. Die klacht kan, ook als ervan wordt uitgegaan dat het verzoek wel is gedaan, in ieder geval niet slagen. Het valt niet in te zien dat uit de afwijzing van het verzoek volgt dat verdachte een belang had bij toewijzing van het verzoek. Laat staan dat die opmerking iets afdoet aan de begrijpelijkheid van 's hofs oordeel dat de noodzaak tot het horen van de getuigen in zijn ogen niet bestond. Het middel geeft eigenlijk alleen maar aan dat verdachte het niet eens is met de beslissing van het hof, maar betwist niet dat het hof het juiste criterium heeft gehanteerd en geeft evenmin aan waarom de beslissing van het hof onbegrijpelijk zou zijn.

5.4 Tot slot bevat het middel de klacht dat het hof geen acht heeft geslagen op een aantal door verdachte aan het hof ter beschikking gestelde stukken. Ook deze klacht faalt, reeds omdat het middel niet verduidelijkt op welke stukken het doelt.

6. De middelen zijn tevergeefs voorgesteld en kunnen, met uitzondering van de in 4.1 tot en met 4.4 besproken klachten, met de aan artikel 81 RO ontleende motivering worden verworpen. Gronden waarop de Hoge Raad gebruik zou moeten maken van zijn bevoegdheid de bestreden uitspraak ambtshalve te vernietigen heb ik niet aangetroffen.

7. Deze conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

De Procureur-Generaal
bij de Hoge Raad der Nederlanden

1 Zie ook NLR, aant. 2 bij art. 279.