

Absoluut ondeugdelijke poging gerelativeerd

Prof.dr. J.M. ten Voorde

HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2761

De rechtsgang in eerste aanleg en hoger beroep

Aan het hier te bespreken arrest liggen bijzonder trieste feiten ten grondslag. De verdachte, ten tijde van haar berechting in eerste aanleg 36 jaar oud, is in de periode 2002 tot en met 2009 twee keer bevallen van een kind. De vrouw bemerkte pas in een laat stadium van de beide zwangerschappen, dat zij zwanger was. Ze heeft deze zwangerschappen telkens verzwegen, kennelijk uit schaamte. In beide gevallen beviel ze alleen op het toilet. Tegenover de politie en tijdens het onderzoek ter terechtzitting verklaarde zij dat ze na de bevalling beide keren de baby niet heeft gehoord en ook niet heeft zien bewegen. De baby waarvan ze in 2002 beviel, voelde koud aan toen ze deze uit het toilet haalde. Ze heeft de baby's beide keren verborgen, respectievelijk in een beautycase en een koekblik.

Nadat de stoffelijke overschotten jaren later door de politie werden aangetroffen, zijn deze door verschillende deskundigen onderzocht. Deze konden niet vaststellen of de baby's levend ter wereld zijn gekomen. Ook de doodsoorzaak konden deze deskundigen niet meer vaststellen.

Verdachte werd in eerste aanleg vervolgd wegens primair kindermoord (art. 291 Sr), subsidiair kinderdoodslag (art. 290 Sr), meer subsidiair doodslag (art. 287 Sr) en meest subsidiair het opzettelijk in hulpeloze toestand brengen/laten, de dood ten gevolge hebbende (art. 255 jo. 257 Sr). Voor al deze feiten wordt de verdachte door de Rechtbank Midden-Nederland vrijgesproken. Deze komt tot het oordeel dat 'niet met een voldoende mate van zekerheid is vast te stellen, dat één of beide baby's geleefd hebben tijdens of kort na de bevalling'.¹ Tegen deze beslissing gaat het Openbaar Ministerie in hoger beroep.

Tijdens het hoger beroep wordt de tenlastelegging gewijzigd. Aan de verdachte worden twee feiten ten laste gelegd, namelijk twee keer primair poging tot kinderdoodslag, subsidiair poging tot doodslag, meer subsidiair kinderdoodslag en meest subsidiair doodslag. Over kindermoord en het opzettelijk in hulpeloze toestand brengen/laten, de dood ten gevolge hebbend, wordt in hoger beroep niet meer gerept. De advocaat-generaal bij het hof rekwireert tot bewezenverklaring van het voor beide feiten primair ten laste gelegde (poging tot kinderdoodslag). Daarbij neemt de advocaat-generaal de conclusie van de rechtbank, dat 'niet met voldoende mate van zekerheid kan worden vastgesteld dat de baby's bij of kort na de geboorte hebben geleefd' over. De advocaat-generaal meent dat die omstandigheid er niet aan in de weg staat verdachte wegens poging tot kinderdoodslag te veroordelen, omdat 'de verschillende handelingen van verdachte – ieder voor zich, maar zeker in onderlinge samenhang bezien – (...) naar hun uiterlijke verschijningsvorm [zijn] gericht op levensberoving en (...) daarvan om die reden een begin van uitvoering [vormen], in welk geval geen sprake is van een absoluut ondeugdelijke poging'.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden spreekt de verdachte vrij. Volgens het hof kan niet worden vastgesteld of de gedragingen van de verdachte geschikt waren de slachtoffers van het leven te beroven, nu niet met zekerheid is komen vast te staan of de baby's tijdens en/of kort na de bevalling leefden. Het hof lijkt om die reden aan te nemen dat er sprake is van een absoluut ondeugdelijke poging. Daarom komt het hof niet toe aan de vraag 'of de handelingen van de verdachte naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op voltooiing van het misdrijf'.² Daarop besluit het Openbaar Ministerie beroep in cassatie in te stellen.

¹ Rb. Midden-Nederland 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4603.

² Hof Arnhem-Leeuwarden 14 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9462, *NJFS* 2016/41.

Het oordeel van de Hoge Raad

Er wordt één middel in cassatie voorgesteld. Dat middel keert zich tegen de beslissing van het hof dat geen sprake is van strafbare poging tot (kinder)doodslag omdat niet met zekerheid kan worden vastgesteld dat de baby's ten tijde van het handelen van de verdachte nog leefden. De advocaat-generaal bij de Hoge Raad concludeert tot vernietiging van het arrest. Volgens hem hanteert het hof een verkeerde maatstaf voor wat heeft te gelden als een absoluut ondeugdelijke poging en heeft het hof onjuiste toepassing gegeven aan het door de advocaat-generaal bij het hof genoemde *Groninger HIV-arrest*,³ althans voor zover in dat arrest wordt verwezen naar het leerstuk van de strafbare poging.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en verwijst de zaak naar een ander hof. De belangrijkste rechtsoverweging van het arrest (3.2.3) luidt als volgt:

'Voor de vraag of in een geval als het onderhavige de tenlastegelegde poging tot (kinder)doodslag kan worden bewezen, is van belang of is gehandeld "ter uitvoering van het door de verdachte voorgenomen misdrijf" op de grond dat de in de tenlastelegging omschreven en mitsdien te bewijzen gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van dat misdrijf (vgl. HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, NJ 1979/52). Anders dan waarvan het Hof kennelijk is uitgegaan, doet de enkele omstandigheid dat onzekerheid bestaat omtrent het antwoord op de vraag of de baby's tijdens of kort na de geboorte leefden, niet af aan de mogelijkheid dat de aan de verdachte tenlastegelegde gedragingen zijn begaan "ter uitvoering van het door de verdachte voorgenomen misdrijf" in de hiervoor bedoelde zin. Van die mogelijkheid is echter geen sprake indien de rechter aannemelijk acht dat de baby's dood ter wereld zijn gekomen.'

Absoluut en relatief ondeugdelijke poging

Gedragingen waardoor een delictsomschrijving wordt vervuld, worden voltooid delicten genoemd. Zonder het vervullen van de bestanddelen van een delictsomschrijving is bestraffing ter zake het voltooid delict niet mogelijk. Wie ernaar streeft een ander van het leven te beroven, maar daarin niet slaagt, pleegt geen doodslag of moord en is voor het plegen van het voltooid delict dus niet strafbaar. Afhankelijk van de gedragingen, is strafbaarheid niettemin mogelijk. Wie voorwerpen verzamelt met als doel daarmee een ander van het leven te beroven, bereidt een moord of doodslag voor en kan op grond van strafbare voorbereidingshandelingen strafbaar zijn (art. 46 Sr). Wie iemand ernstig verwondt met een mes, maar het slachtoffer blijft door adequaat medisch ingrijpen in leven, kan strafbaar zijn op grond van een strafbare poging tot doodslag of moord (art. 45 Sr). Voorbereiding en poging (respectievelijk van en tot een bepaald (ernstig) misdrijf) worden onvoltooid delictsvormen genoemd en kunnen, wanneer voldaan is aan in de wet omschreven omstandigheden, strafbaar zijn.

De wet omschrijft poging als volgt: 'Poging tot misdrijf is strafbaar wanneer het voornemen van de dader zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard' (art. 45 lid 1 Sr). Uit deze omschrijving blijkt reeds dat aansluiting wordt gezocht bij het voltooid delict. Slechts strafbaar is poging tot een *bepaald* misdrijf, wanneer het voornemen erop is gericht *dat* misdrijf te begaan en het voornemen daartoe zich heeft geopenbaard in handelingen die als een begin van uitvoering daarvan moeten worden beschouwd.

Of sprake is van een poging of een voltooid delict, hangt af van het misdrijf. Een formeel omschreven misdrijf is voltooid indien de in de delictsomschrijving opgenomen gedraging is begaan (en de overige bestanddelen zijn vervuld). Een materieel omschreven misdrijf is slechts voltooid wanneer het in de wet aangeduide door de gedraging in het leven geroepen gevolg is ontstaan. Materiële delicten kennen uiteenlopende gevolgen. De aard van het in de delictsomschrijving opgenomen gevolg bepaalt mede of het delict voltooid of onvoltooid is. Het ernstig verwonden met een mes waarbij het slachtoffer blijft leven, kan zowel een voltooid delict (zware mishandeling) als een onvoltooid delict (poging tot doodslag) opleveren. Denkbaar is ook dat de poging als zelfstandig delict strafbaar wordt gesteld.⁴ In dat geval is er geen sprake van een onvoltooid delict, maar wordt van een voltooid delict gesproken. Iets gelijkaardigs geldt voor de strafbare voorbereidingshandelingen.

Tijdens de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht werd aangenomen dat niet elk streven een delictsomschrijving te vervullen strafbare poging oplevert. Het streven kan falen omdat het is gericht op een ondeugdelijk object of door het gebruik van een ondeugdelijk middel. In beide gevallen is denkbaar dat is gefaald omdat het doel nooit kon worden bereikt, of omdat het doel slechts in het betreffende geval niet kon worden bereikt. We spreken dan van een absoluut respectievelijk relatief ondeugdelijke poging. De minister van Justitie, Modderman, was bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht stellig in het ontkennen van strafbaarheid van de absoluut ondeugdelijke poging, zowel voor wat betreft het middel als het object. 'Dan is er a priori geen mogelijkheid van resultaat en ook geen begin van uitvoering', aldus de minister, die voor deze opvatting steun kreeg van het parlement.⁵ In de memorie van toelichting bij het Wetboek wordt bij wijze van voorbeeld een lijk een absoluut ondeugdelijk object genoemd in geval van een poging tot 'misdrijf tegen het leven of tegen de persoonlijke vrijheid', 'mishandeling', 'verkrachting' en 'feitelijke aanranding van de eerbaarheid'.⁶

De straffeloosheid van een absoluut ondeugdelijke poging kan worden begrepen in het licht van de objectieve pogingsleer, waarbij wordt aangenomen dat niet het

3 HR 27 maart 2012, NJ 2012/301, m.nt. N. Keijzer.

4 Een voorbeeld daarvan vinden we in de Visserijwet 1963. Art. 1 lid 3 onder a van deze wet verstaat onder vissen ook poging om vis uit het water te halen. Het verbod in een water te vissen voor zover een ander rechthebbende is op het

visrecht van dat water (art. 7 lid 1) omvat dus ook de poging om vis uit dat water te halen.

5 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen enz.* (eerste deel), Haarlem: H.D. Tjeenk

Willink 1881, p. 399, 396. De relatief ondeugdelijke poging (van middel of object) achtte de wetgever wel strafbaar.

6 Smidt 1881, p. 393.

gevaarlijk voornemen, maar de gevaarlijke gedragingen bepalend zijn voor strafbaarheid. Poging tot misdrijf is slechts strafbaar wanneer het voornemen zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard. Wanneer in alle gevallen het doel niet kon worden bereikt (door de ondeugdelijkheid van het middel of van het object), geldt een ‘onmogelijkheid van een begin van uitvoering’, zo vat Van Hamel de opvatting binnen de objectieve pogingsleer met betrekking tot de absoluut ondeugdelijke poging samen.⁷ Binnen de subjectieve leer staat niet de objectieve gevaarlijkheid van de gedraging centraal, maar ‘de betekenis der handeling als handeling van den dader, als uiting, “manifestatie” van zijn opzet’. Het gaat om de gevaarlijke dader, wiens voornemen erop gericht was door bepaalde gedragingen een misdrijf te voltooien. Op grond hiervan wordt aangenomen dat elke poging strafbaar is, omdat van ondergeschikt belang is of de gedragingen wel of niet tot voltooiing van het misdrijf hadden kunnen leiden, behoudens die gevallen waarin het ‘onverstand’ van de dader zo groot is dat hij ongevaarlijk is.⁸

In de literatuur wordt aangenomen dat in Nederland een zekere neiging naar de objectieve pogingsleer heeft bestaan, zodat (met de wetgever) werd aanvaard dat een absoluut ondeugdelijke poging niet strafbaar is.⁹ Inmiddels worden subjectieve elementen bij de beoordeling van de poging niet langer uitgesloten, hetgeen ook van invloed is op het oordeel of een absoluut ondeugdelijke poging zonder meer niet strafbaar is. Dat blijkt onder meer uit de omschrijving van Van Veen, instemmend aangehaald door De Hullu en de advocaat-generaal in het onderhavige arrest, die stelt: ‘van straffeloze, absoluut ondeugdelijke poging wordt pas gesproken als de uitvoeringshandeling zo kinderlijk, zo ondoeltreffend, zo ongerijmd is, dat zij nimmer tot het door de verdachte beoogde doel had kunnen leiden, zelfs onder voor hem zeer gunstige omstandigheden’.¹⁰ Niet alleen de beoordeling van de gevaarlijkheid van de handelingen, ook inzicht in de gevaarlijkheid van de dader en diens voornemen helpt bij het bepalen van de (absolute of relatieve) ondeugdelijkheid van de poging en bijgevolg het ontbreken van strafbaarheid.

Absoluut ondeugdelijke poging en uiterlijke verschijningsvorm

We zagen dat de vraag naar ondeugdelijkheid van de poging door verschillende auteurs wordt geplaatst bij de vraag of sprake is van een begin van uitvoering.¹¹ De Hoge Raad heeft zich ten aanzien van dit punt in algemene zin

nooit heel expliciet uitgelaten. Uit een arrest uit 1987 kan worden afgeleid dat absolute ondeugdelijkheid (van het middel) wordt beoordeeld bij de vraag of sprake is van een begin van uitvoering. De Hoge Raad oordeelde als volgt: de ‘bewezen verklaarde gedraging van de verdachte was immers naar haar uiterlijke verschijningsvorm gericht op de voltooiing van het misdrijf doodslag, is daartoe geëigend en is derhalve aan te merken als een begin van uitvoering van dat misdrijf’.¹² De term ‘daartoe geëigend’ verwijst naar de deugdelijkheid van het in de onderhavige zaak gehanteerde middel. Hieruit kan worden afgeleid dat de beoordeling van de (on)deugdelijkheid van het middel bij de tweede vraag van artikel 350 Sv (de kwalificatievraag) aan de orde moet worden gesteld. Op grond van dit arrest valt niet uit te sluiten dat ook de ondeugdelijkheid van het object moet worden betrokken bij de vraag of de bewezenverklaarde gedragingen een begin van uitvoering opleveren.¹³

Volgt de Hoge Raad in het onderhavige arrest deze lijn? Daarbij moet allereerst worden gezien of de Hoge Raad de beoordeling van de ondeugdelijkheid (in casu van het object) plaatst bij het begin van uitvoering, of bij de poging als zodanig. Hier ontstaat enige verwarring. De Hoge Raad stelt in het arrest de vraag aldus of ‘is gehandeld “ter uitvoering van het door de verdachte voorgenomen misdrijf”’. Het tussen aanhalingstekens geplaatste deel uit het citaat is overgenomen uit de tenlastelegging, overigens een frase die steevast in een tenlastelegging van poging wordt gehanteerd. Het citaat zouden we op twee manieren kunnen lezen. Aan de ene kant zouden we ‘ter uitvoering’ als het kernonderdeel van het citaat kunnen beschouwen. Daarvoor pleit de nadruk op de tenlastegelegde handelingen, als ook de ‘uiterlijke verschijningsvorm’ die wordt gebruikt bij de beoordeling van de vraag of de bewezenverklaarde gedragingen een begin van uitvoering opleveren.¹⁴ In dat geval lijkt de overweging van de Hoge Raad niet te duiden op een andere opvatting dan die uit het eerdere arrest.

Aan de andere kant blijkt nergens uit het arrest dat ‘ter uitvoering’ het kernonderdeel van het citaat vormt, terwijl de wijze waarop de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm in de overweging bezigt afwijkt van andere arresten over poging. In andere arresten wordt de uiterlijke verschijningsvorm namelijk slechts toegepast bij de vraag of de bewezenverklaarde gedragingen een begin van uitvoering opleveren.¹⁵ Die uitdrukkelijke koppeling met het begin van uitvoering ontbreekt in het onderhavige arrest. Aldus is niet zonder meer duidelijk of de deugdelijkheid

7 Zie ook G. Knigge & H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 229.

8 G.A. van Hamel/J.V. van Dijck, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Haarlem/s-Gravenhage: De erven F. Bohn/Belinfante 1927, p. 370-371.

9 Th.J.B. Buiting, *Strafbare poging* (diss. Utrecht), Utrecht: Schotanus & Jens 1965, p. 77. Zie ook C. Kelk/F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 419. De objectieve pogingsleer werd door minister van Justitie Hirsch Ballin nog onderschreven in

het wetsvoorstel tot invoering van de strafbare voorbereidingshandelingen. Zie m.n. verschillende passages in *Kamerstukken II* 1991/92, 22268, 5.

10 Th.W. van Veen onder HR 15 januari 1980, *NJ* 1980/245; J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 395-396; ECLI:NL:PHR:2016:1109, overweging 3.4.

11 Andere auteurs zagen dit anders. Zie Buiting 1965, p. 79.

12 HR 23 juni 1987, *NJ* 1988/420, m.nt. G.E. Mulder.

13 Zie ook HR 7 oktober 2003, *NJ* 2004/63. Gezegd moet worden dat de Hoge Raad niet altijd even duidelijk is. In HR 23 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3587 wordt de koppeling met begin van uitvoering door de Hoge Raad veel minder duidelijk gemaakt.

14 HR 24 oktober 1978, *NJ* 1979/52, m.nt. Th.W. van Veen.

15 Zie bijv. HR 30 juni 2015, *NJ* 2015/403, m.nt. N. Rozemond; HR 5 april 2016, *NJ* 2016/318, m.nt. N. Rozemond.

(van middel of object) bij de beoordeling van het begin van uitvoering moet worden beoordeeld. Of de lijn die de Hoge Raad volgde in 1987, ook in dit arrest is gevolgd, kan dus niet met zekerheid met ja worden beantwoord.¹⁶

In het onderhavige arrest maakt de Hoge Raad niet zo goed duidelijk waar in het beslissingsmodel begin van uitvoering nu precies aan de orde moet komen en wanneer de uiterlijke verschijningsvorm (in het kader waarvan) moet worden gebruikt. Enerzijds is dit voor de feitenrechter, die moet weten op welke plaats in het beslissingsmodel waarover moet worden beslist, niet erg praktisch. Tot nu toe moest de feitenrechter over het begin van uitvoering beslissen bij de tweede vraag.¹⁷ Indien de beoordeling van de deugdelijkheid deel uitmaakt van het oordeel over het begin van uitvoering, is ook de beoordeling van de deugdelijkheid bij de tweede vraag van artikel 350 Sv aan de orde. Het onderhavige arrest biedt hiervoor niet zonder meer steun, omdat de Hoge Raad niet spreekt over bewezenverklarde gedragingen maar over te bewijzen gedragingen. Daardoor is het voor de feitenrechter niet duidelijk op welke plaats in het beslissingsmodel hij nu waarover een beslissing moet nemen ten aanzien van de poging, indien een poging tot misdrijf is tenlastegelegd.

Anderzijds moeten we dit punt misschien niet groter maken dan het is. De precieze plaats van de uiterlijke verschijningsvorm in de beoordeling van de poging is niet het vraagpunt waar de Hoge Raad zich in dit arrest mee bezighoudt. Wat de Hoge Raad lijkt te willen zeggen is dat in het geval de ‘te bewijzen gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf’, de vraag naar ondeugdelijkheid (van middel of object) is beantwoord en dus niet nog eens apart aan de orde hoeft te worden gesteld. Het komt erop neer dat bij de vraag naar de uiterlijke verschijningsvorm ook de (on)deugdelijkheid (van middel of object) moet worden betrokken. Als we ervan uit mogen blijven gaan dat de uiterlijke verschijningsvorm primair bij de beoordeling van het begin van uitvoering wordt (en moet worden) betrokken,¹⁸ dan loopt het onderhavige arrest niet uit de pas ten opzichte van het arrest uit 1987 (en sommige andere arresten).

Voor de opvatting dat de (on)deugdelijkheid (van middel of object) bij de uiterlijke verschijningsvorm aan de orde moet komen, kan steun worden gevonden in de literatuur. De Hullu stelt bijvoorbeeld: ‘ondeugdelijkheid tast immers meestal de uiterlijke verschijningsvorm niet aan’.¹⁹ Waarom dat ‘immers’ zo is, wordt niet vermeld. In andere

bronnen vinden we de stelling dat de uiterlijke verschijningsvorm veelal ‘duidelijke taal’ spreekt: als te zien is waar de dader mee bezig is en de toeschouwer begrijpt waar dit op kan uitdraaien, zijn de gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm gericht op de voltooiing van het misdrijf en is er dus sprake van een strafbare poging.²⁰ Daarbij maakt het volgens sommige auteurs niet uit of we te maken hebben met ‘volstrekt “kansloze gedragingen”’, terwijl andere auteurs niet zover willen gaan om poging ook in die gevallen aan te nemen.²¹

De Hoge Raad kiest voor een middenweg. Niet of er daadwerkelijk sprake is van een begin van uitvoering, maar in hoeverre de ‘gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf’ bepaalt of er sprake is van een strafbare poging. Een zekere hang naar de objectieve theorie blijft herkenbaar, maar niet zodanig dat elke kansloze gedraging geen poging oplevert. Het gaat er immers om of de gedragingen zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf, niet of zij tot het misdrijf zullen leiden. In dat geval zou namelijk een causaliteitseis worden gesteld die bij de poging als onvoltooid delict onbekend en zelfs ondenkbaar is. Op het grensvlak tussen voltooid en onvoltooid delict wordt hierna ingegaan.

Dat het hof in de onderhavige zaak heeft daargelaten ‘de vraag of de handelingen van verdachte naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op voltooiing van het misdrijf’ is al met al precies wat het hof niet had mogen doen. De beoordeling van de vraag of sprake is van een ondeugdelijke poging, valt samen met het beantwoorden van de vraag of de gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf.²² Daarmee lijkt het leerstuk van de absoluut ondeugdelijke poging te worden gerelativeerd. Naar hun uiterlijke verschijningsvorm kunnen gedragingen zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf, ook al is voltooiing van het misdrijf objectief niet mogelijk. Wanneer de gedragingen bij een gemiddelde derde de indruk wekken dat een ander van het leven wordt beroofd, waarbij die gemiddelde derde kon aannemen dat de ander ten tijde van de bewezenverklarde gedragingen nog leefde, leveren deze gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm een begin van uitvoering op en is er dus (bij aanwezigheid van de overige vereisten) sprake van een strafbare poging. In het geval een gemiddelde derde kon aannemen dat de ander ten tijde van de bewezenverklarde gedragingen reeds was overleden, leveren zij

16 Vgl. J. R Emmelink, *Mr. D Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 404 die opmerkt dat bij het vraagstuk van de ondeugdelijke poging moet worden gekeken ‘naar de gehele door de verdachte opgezette criminele onderneming’.

17 HR 24 oktober 1978, *NJ* 1979/52, m.nt. Th.W. van Veen. Zie reeds HR 19 maart 1934, *NJ* 1934/450, m.nt. B.M. Taverne.

18 Primair, omdat dit aansluit bij de (meeste) rechtspraak van de Hoge Raad. Tegelijkertijd valt niet te ontkennen dat ook subjectieve gegevens van belang kunnen zijn bij de vraag of de gedragingen

naar hun uiterlijke verschijningsvorm zijn gericht op een begin van uitvoering. Met de uiterlijke verschijningsvorm vindt in zoverre een vereniging van de objectieve en subjectieve pogingsleer plaats. Vandaar dat primair tussen haakjes staat. Vgl. A. Machielse, ‘De opmars van de uiterlijke verschijningsvorm’, in: A.A. Franken, M. de Langen & M. Moerings (red.), *Constate waarden* (Kelk-bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008, p. 238.

19 De Hullu 2015, p. 396.

20 Resp. A-G Meijers in zijn conclusie vóór dit

Mulder in zijn annotatie onder HR 23 juni 1987,

NJ 1988/420. De indruk die de handelingen op de loyale toeschouwer wekken is kennelijk nog wel van belang voor de beoordeling van de deugdelijkheid van de poging, aldus H. Drion, ‘Een hergroepering der elementen van art. 45 Wetboek van Strafrecht’, *Tijdschrift voor Strafrecht* 1946, p. 42.

21 Knigge & Wolswijk 2015, p. 230.

22 Zie ook A-G Harteveld in zijn conclusie vóór dit arrest: ECLI:NL:PHR:2016:1109, overweging 3.10.

naar hun uiterlijke verschijningsvorm geen begin van uitvoering op en is er (zelfs bij aanwezigheid van het vereiste voornemen) geen sprake van een strafbare poging. Een absoluut ondeugdelijke poging is dus nog steeds straffeloos. De objectieve pogingsleer is niet, althans niet helemaal verlaten.²³

Poging versus causaliteit

Het onderscheid tussen voltooid delict en poging daartoe, is veelal niet moeilijk, al is de precieze grens slechts van geval tot geval te bepalen.²⁴ In de onderhavige zaak kon geen van de in deze zaak ingeschakelde deskundigen vaststellen of de baby's tijdens en/of kort na de geboorte in leven waren. Het hof sprak de verdachte vrij van poging tot (kinder)doodslag. De overwegingen van het hof die aan dat oordeel ten grondslag liggen, blinken niet uit in helderheid. Het hof stelt dat de handelingen 'slechts geschikt' waren om een ander het leven te benemen 'indien voldoende vaststaat dat ten tijde van het verrichten van die handelingen (telkens) sprake was van een slachtoffer aan wie het leven (nog) kon worden ontnomen'. In een eerdere overweging nam het hof 'met voldoende mate van zekerheid' aan als criterium om te bepalen of de baby's tijdens/kort na de geboorte hebben geleefd. Nog los van de omstandigheid dat beide criteria qua zwaarte van elkaar verschillen (voldoende vaststaan lijkt mij een zwaarder criterium dan met voldoende mate van zekerheid), is de vraag of het hof deze maatstaven had moeten aanleggen. De Hoge Raad is van oordeel van niet. Volgens de Hoge Raad moet de feitenrechter enkel aannemelijk achten dat de baby's dood ter wereld zijn gekomen.

Het probleem in 's hofs overweging is niet alleen gelegen in het criterium dat moet worden aangelegd. Problematisch is ook de indruk die het hof wekt met betrekking tot de verhouding tussen voltooid en onvoltooid delict. De advocaat-generaal bij de Hoge Raad duidt het gebied tussen een voltooid en een onvoltooid delict aan als 'niemandsland'. Het hof lijkt er (volgens de advocaat-generaal) van uit te gaan dat het strafrecht in het niemandsland tussen onvoltooid en voltooid delict niets te zoeken heeft, indien te veel onzekerheid bestaat over het al dan niet ingetreden zijn van het gevolg voorafgaand aan de gedragingen van de verdachte. Op zichzelf is dat geen verkeerde gedachte; zeker bij delicten waar gevangenisstraf in de regel in het verschieft ligt, is een zorgvuldige afweging vereist en mag strafbaarheid niet worden verondersteld. Tegelijkertijd is het, gelet op de in het strafrecht te beschermen rechtsbelangen, soms wenselijk om de lat niet al te hoog te leggen. In die afweging van belangen heeft de Hoge Raad een andere keuze gemaakt dan het hof, door geen zekerheid van het overlijden van de baby's ten tijde van verdachtes gedragingen te verlangen, maar aannemelijkheid.

Die keuze is te verklaren, niet op basis van eerdere rechtspraak over poging, maar door de rechtspraak van de Hoge Raad over causaliteit. Bij het bepalen van het causaal verband kan onzekerheid bestaan of de gedraging van de verdachte in de keten van gebeurtenissen een noodzakelijke factor is geweest voor het ingetreden gevolg. In het *Groninger HIV*-arrest heeft de Hoge Raad hierop twee uitwegen geformuleerd: de onzekerheid hoeft aan het aannemen van een causaal verband niet in de weg te staan (r.o. 2.4.3-2.4.4) en de onzekerheid hoeft aan het aannemen van een poging tot misdrijf niet in de weg te staan (r.o. 2.4.5).²⁵ Het niemandsland tussen voltooid en onvoltooid delict wordt dus ook tot het terrein van het strafrecht gerekend, ook al bestaat er onzekerheid wanneer het gevolg is ingetreden. Ten aanzien van die onzekerheid en de strafbare poging stelt de Hoge Raad in het *Groninger HIV*-arrest het volgende (r.o. 2.4.5):

'onzekerheid over het noodzakelijke oorzakelijke verband tussen de gedraging van de verdachte en het voltooide delict [zal] in het algemeen niet in de weg (...) staan aan het aannemen van een poging tot het desbetreffende misdrijf. Dat het intreden van het gevolg mogelijk-kerwijs niet is veroorzaakt door de gedraging van de verdachte komt overeen met het wezen van een strafbare poging. Dat de mogelijkheid niet is uitgesloten dat het gevolg daadwerkelijk is veroorzaakt door de gedraging van de verdachte, behoeft aan een bewezenverklaring van een poging tot dat misdrijf niet in de weg te staan, nu voor strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van een poging geen wettelijk vereiste is dat wordt vastgesteld dat de uitvoering van het misdrijf niet door de verdachte is voltooid.'

De advocaat-generaal bij het hof had op het *Groninger HIV*-arrest gewezen om zijn standpunt te onderbouwen dat, in de woorden van het hof, een gedraging die naar haar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het misdrijf (in casu (kinder)doodslag) een begin van uitvoering daarvan oplevert en er in dat geval niet van een absoluut ondeugdelijke poging kan worden gesproken. Het hof is van oordeel dat het *Groninger HIV*-arrest niet met de onderhavige zaak op één lijn kan worden gesteld. In casu gaat het volgens het hof om 'levensbeneming'. De gedragingen van de verdachte waren 'daartoe slechts geschikt indien voldoende vaststaat dat ten tijde van het verrichten van die handelingen (telkens) sprake was van een slachtoffer aan wie het leven (nog) kon worden ontnomen'.

Hoe het hof tot dit oordeel heeft kunnen komen, is niet duidelijk. Dat de casus van het *Groninger HIV*-arrest niet op één lijn kan worden gesteld met de onderhavige zaak, is evident, maar het *Groninger HIV*-arrest is in zodanig algemene termen geformuleerd, dat het wel toepasbaar is op de onderhavige zaak. Indien het hof heeft willen aannemen dat met enige zekerheid moet worden vastgesteld of de baby's tijdens en kort na de geboorte leefden, dan lijkt het hof (impliciet) de criteria voor het vaststellen van causaal verband in het achterhoofd te hebben en bij het

²³ Vgl. T.J. Noyon, G.E. Langemeijer & J. Remmelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online, bewerkt door A.J. Machielse tot en met 1 mei 2016), aant. 2.6.2 bij art. 45.

²⁴ J.M. van Bemmelen & W.F.C. van Hattum, *Handelen leerboek van het Nederlandse strafrecht. Deel I Algemene leerstukken* (door W.F.C. van Hattum), Arnhem/s-Gravenhage: S. Gouda Quint, D. Brou-

wer en Zoon/Martinus Nijhoff 1954, p. 480. 25 HR 27 maart 2012, NJ 2012/301, m.nt. N. Keijzer.

ontbreken van een causaal verband tot de conclusie te komen dat er geen sprake is van een poging. Het gebruiken van criteria voor het vaststellen van het causaal verband bij de beoordeling van poging, is in de literatuur wel betoogd,²⁶ maar daarin ook afgewezen. In het *Groninger HIV*-arrest probeert de Hoge Raad niet alleen aan te geven dat het vaststellen van een causaal verband langs verschillende wegen mogelijk is, ook als in de keten der gebeurtenissen niet met zekerheid kan worden vastgesteld dat de gedragingen van de verdachte een noodzakelijke factor waren voor het intreden van het gevolg. In de gevallen waarin ook langs andere wegen een causaal verband niet kan worden vastgesteld, kan toch strafbaarheid volgen.

De Hoge Raad ziet de strafbare poging als oplossing voor de situatie dat een causaal verband niet kan worden vastgesteld. De Hoge Raad ziet deze oplossing ook voor gevallen waarin een gevolg wel is ingetreden. Op het eerste gezicht komt dat vreemd voor, hetgeen wellicht verklaart waarom het hof die optie niet heeft onderkend. Poging is immers een onvoltooid delict. Dat kan op meerdere manieren worden uitgelegd. Een onvoltooid delict kan worden beschouwd als de zuivere tegenstelling van een voltooid delict, zodat in het geval het beoogde gevolg is ingetreden, het delict nooit onvoltooid kan zijn.²⁷ Poging wordt echter in de wet op een specifieke wijze omschreven en die omschrijving ontbeert het onvoltooid-zijn van het voorgenomen misdrijf als voorwaarde.²⁸ Van een poging kan daarom ook sprake zijn indien het gevolg is ingetreden, mits het gevolg niet redelijkerwijs aan de gedraging van de verdachte kan worden toegerekend. De tegenstelling tussen voltooid en onvoltooid delict ligt in de aanwezigheid van het causale verband tussen gevolg en gedraging, niet in al of niet zijn ingetreden van het gevolg. De Hoge Raad lijkt van deze opvatting uit te gaan. Dat betekent niet dat, bij onzekerheid van de relatie tussen het ingetreden gevolg en de gedragingen van de verdachte, eerst moet worden beoordeeld of een causaal verband moet worden vastgesteld. Voor die optie kan worden gekozen in het kader van een primair-subsidiaire tenlastelegging waarbij het voltooide delict primair en het onvoltooid delict subsidiair ten laste is gelegd.²⁹ De Hoge Raad wijst er echter in het onderhavige arrest op dat ook zonder dat het voltooide delict is tenlastegelegd kan worden bepaald of er sprake is van een strafbare poging in het geval een gevolg is ingetreden. In de eerder geciteerde rechtsoverweging 3.2.3 van het onderhavige arrest lezen we immers dat ‘de enkele omstandigheid dat onzekerheid bestaat omtrent het antwoord op de vraag of de baby’s tijdens of kort na de geboorte leefden, niet af[doet] aan de mogelijkheid dat de aan de verdachte tenlastegelegde gedragingen zijn begaan

“ter uitvoering van het door de verdachte voorgenomen misdrijf” in de hiervoor bedoelde zin’. De gang naar een veroordeling wegens een poging tot misdrijf hoeft niet de langs een beoordeling van het (ontbrekende) causale verband. Samenvattend: ook zonder dat uitdrukkelijk is komen vast te staan dat een causaal verband tussen gevolg en de gedragingen van de verdachte ontbreekt, kan de strafbare poging worden aangenomen, zelfs wanneer blijkt dat het beoogde gevolg is ingetreden.

Anders dan in het *Groninger HIV*-arrest, geeft de Hoge Raad aan welk criterium moet worden gebruikt om te beoordelen dat sprake kan zijn van een strafbare poging wanneer het gevolg is ingetreden. De Hoge Raad stelt namelijk: ‘Van die mogelijkheid is echter geen sprake indien de rechter aannemelijk acht dat de baby’s dood ter wereld zijn gekomen.’ Hiermee wordt duidelijk gemaakt dat de Hoge Raad niet zover wil gaan poging tot misdrijf onder alle omstandigheden strafbaar te stellen. Gedragingen van de verdachte na het overlijden van de baby’s kunnen niet als poging tot doodslag worden gekwalificeerd. We kunnen aannemen dat de aannemelijkheidstoets deel uitmaakt van de vraag of de gedragingen ‘ter uitvoering van het door de verdachte voorgenomen misdrijf’ waren, waarbij de vraag is of zij naar hun uiterlijke verschijningsvorm waren gericht op de voltooiing van het misdrijf’. Zo bezien is bij de vraag of er sprake is van een strafbare poging, in het geval het gevolg is ingetreden, niet irrelevant wanneer het gevolg is ingetreden. Wanneer het gevolg is ingetreden hoeft echter niet met zekerheid vast zijn komen te staan; een aannemelijkheidstoets volstaat. De rechter zal niet vrij eenvoudig mogen aannemen dat het gevolg is ingetreden vóór de gedragingen van de verdachte. Enige motivering van dat oordeel mag worden geëist. Zonder een degelijk gemotiveerd rechterlijk oordeel over de aannemelijkheid zal het oordeel dat naar uiterlijke verschijningsvorm de gedragingen waren gericht op de voltooiing van het misdrijf niet (zonder meer) begrijpelijk zijn.

Slot

Het onderkennen dat onvoltooidheid geen voorwaarde is voor poging en de gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd, geeft ruimte om bij onzekerheid over wat het gevolg heeft doen intreden toch tot strafbaarheid van een feit te concluderen, zij het als poging tot een bepaald misdrijf. Materieelrechtelijk lijkt deze oplossing niet onrechtvaardig doordat poging tot misdrijf met een lager strafmaximum wordt bedreigd dan het voltooide delict (art. 45 lid 2 Sr). Op die manier vindt onzekerheid over de feiten haar weg in een gematigd rechterlijk oordeel over de straf. ■

²⁶ Van Bemmelen & Van Hattum 1954, p. 507-514; W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959,

p. 210.
²⁷ Van Hamel/Van Dijk 1927, p. 354.
²⁸ Drion 1946, p. 17-18.

²⁹ Zie de advocaat-generaal in de onderhavige zaak: ECLI:NL:PHR:2016:1109, overweging 3.14.