Universiteit Leiden
The Netherlands

De uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht: Een analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad.

Arendse, S.S.

Citation

Arendse, S. S. (2020, November 25). *De uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht: Een analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad*. *Meijers-reeks*. Boom Juridisch. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/138404

Version:	Publisher's Version
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/138404

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

Cover Page

Universiteit Leiden

Leiden University Repository

The handle http://hdl.handle.net/1887/138404 holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Arendse, S.S.
Title: De uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht: Een analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad
Issue date: 2020-11-25

De uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht

De uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht

Een analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op woensdag 25 november 2020
klokke 16.15 uur

door

Sara Sophia Arendse

geboren te Malden

in 1988

Promotoren:	prof. mr. C.P.M. Cleiren prof. mr. J.M. ten Voorde
Promotiecommissie:	prof. mr. J.H. Crijns mr. dr. J. de Hullu (Hoge Raad der Nederlanden) prof. mr. F. de Jong (Universiteit Utrecht) prof. mr. H.D. Wolswijk (Rijksuniversiteit Groningen)

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2020 S.S. Arendse | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-844-4
ISBN 978-90-5931-712-3 (e-book)
NUR 824

www.boomjuridisch.nl

Inhoudsopgave

1 INLEIDING EN METHODOLOGIE 1

1 Introductie 1
2 Een korte geschiedenis van de uiterlijke verschijningsvorm 3
3 Verkenning van de literatuur over de uiterlijke verschijningsvorm 7
3.1 Poging 8
3.1.1 Begin van uitvoering 8
3.1.2 Ondeugdelijke poging 10
3.2 (Voorwaardelijk) opzet 12
3.3 Strafbare voorbereiding 16
3.3.1 Bestemd tot het misdrijf 16
3.3.2 Ondeugdelijke voorbereiding 20
3.4 Noodweer(exces) 21
3.4.1 Ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding 21
3.4.2 Verdediging 22
3.5 Andere leerstukken 25
3.6 Over de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm 26
3.7 Bevindingen op basis van de literatuur 27
4 Het onderzoek: systematisering van de uiterlijke verschijningsvorm 28
5 Rechtspraakanalyse 29
5.1 Werkwijze 30
5.2 Selectie van uitspraken 31
5.2.1 Selectie van relevante uitspraken van de Hoge Raad 33
5.2.2 Beperking van bestudering cassatierechtspraak: toetsing in cassatie is beperkt 33
5.2.3 Beperking tot de leerstukken poging, (voorwaardelijk) opzet, voorbereiding en noodweer(exces) 35
5.2.4 Beperkte beschikbaarheid van arresten 35
5.2.5 Literatuur 36
5.3 Vergelijking tussen de leerstukken 36
6 Plaatsing in de dogmatiek 37
7 Opbouw van dit boek 38
8 Enkele opmerkingen over de gebruikte terminologie 41

2 STRAFBARE POGING 43

1 Inleiding 43
2 Gebruik en de daaruit af te leiden rol van de uiterlijke verschijningsvorm 43
2.1 Bestanddeel 'begin van uitvoering' 44

2.1.1 De te beantwoorden vraag: Is sprake van 'begin van uitvoering' in de zin van artikel 45 Sr? 44
2.1.1.1 Begin van uitvoering 44
2.1.1.2 Gerichtheid op het misdrijf en gerichtheid op voltooiing 45
2.1.2 Object van de uiterlijke verschijningsvorm: de gedraging 46
2.1.3 Gerichtheid op voltooiing van het misdrijf: link met het grondmisdrijf 46
2.1.4 Plaats in het beslissingsschema van artikel 350 Sv: kwalificatie 46
2.1.5 Rol: de uiterlijke verschijningsvorm als methode en standaardcriterium 46
2.1.5.1 De *Cito*-formule 47
2.1.5.2 'Correctie' van de feitenrechter 47
2.1.5.3 Geen beperking tot bepaalde delict(typ)en 50
2.1.6 Samenvattende bevindingen over het gebruik en de rol van de uiterlijke verschijningsvorm bij het bestanddeel 'begin van uitvoering' 51
2.2 Ondeugdelijke poging 51
2.2.1 Ondeugdelijkheid als apart onderdeel van 'begin van uitvoering' 52
2.2.1.1 Jurisprudentie 52
2.2.1.2 Analyse 54
2.2.2 Ondeugdelijkheid als omstandigheid bij de uiterlijke verschijningsvorm 54
2.2.2.1 Jurisprudentie 54
2.2.2.2 Analyse 55
2.2.3 De uiterlijke verschijningsvorm als criterium voor ondeugdelijkheid 57
2.2.3.1 Jurisprudentie 57
2.2.3.2 Analyse 58
2.2.4 Ondeugdelijkheid buiten kader van 'begin van uitvoering' 63
2.2.4.1 Jurisprudentie 63
2.2.4.2 Analyse 64
2.2.5 Verschillende benaderingen bij middel en object? 64
2.2.6 Samenvattende bevindingen over het gebruik en de rol van de uiterlijke verschijningsvorm bij de ondeugdelijke poging 65
2.3 Bestanddeel 'voornemen' 66
2.4 Afbakening onvoltooide en voltooide poging: geen rol voor de uiterlijke verschijningsvorm 66
2.5 Vrijwillige terugtred: geen rol voor de uiterlijke verschijningsvorm 67
3 Invulling van de uiterlijke verschijningsvorm 68
3.1 (Gekwalificeerde) diefstal (310, 311, 312 Sr) 69
3.1.1 Jurisprudentie 69
3.1.2 Analyse 73
3.1.3 Bevindingen 75
3.2 Oplichting (326 Sr) 76
3.2.1 Jurisprudentie 76
3.2.2 Analyse 77
3.2.3 Bevindingen 79

3.3 Bevrijding van een gevangene (191 Sr) 80
3.3.1 Jurisprudentie 80
3.3.2 Analyse 80
3.3.3 Bevindingen 81
3.4 Moord en doodslag (287 en 288 Sr) 81
3.4.1 Jurisprudentie 81
3.4.2 Analyse 83
3.4.3 Bevindingen 85
3.5 Afpersing (317 Sr) 85
3.5.1 Jurisprudentie 85
3.5.2 Analyse 87
3.5.3 Bevindingen 88
3.6 Verboden voorwerpen (Opiumwet, Wet wapens en munitie, Vuurwerkbesluit, Wet milieugevaarlijke stoffen) 88
3.6.1 Voorhanden hebben 89
3.6.1.1 Jurisprudentie 89
3.6.1.2 Analyse 91
3.6.1.3 Bevindingen 93
3.6.2 Vervoeren, afleveren, binnen en buiten het grondgebied brengen 94
3.6.2.1 Jurisprudentie 94
3.6.2.2 Analyse 99
3.6.2.3 Bevindingen 103
3.6.3 Hennepteelt 103
3.6.3.1 Jurisprudentie 103
3.6.3.2 Analyse en bevindingen 104
3.6.4 Overkoepelende bevindingen ten aanzien van de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm bij verboden voorwerpen 105
3.7 Brandstichting/teweegbrengen ontploffing (157 Sr) 106
3.7.1 Jurisprudentie 106
3.7.2 Analyse 108
3.7.3 Bevindingen 110
3.8 Mensenhandel (250ter (oud) Sr, thans: 273f Sr) 110
3.8.1 Jurisprudentie 110
3.8.2 Analyse 111
3.8.3 Bevindingen 112
3.9 Vrijheidsberoving (282 Sr) 112
3.9.1 Jurisprudentie 112
3.9.2 Analyse 113
3.9.3 Bevindingen 114
3.10 Vervalsing (232 Sr) 114
3.10.1 Jurisprudentie 114
3.10.2 Analyse 115
3.10.3 Bevindingen 116
3.11 Verleiding (248a Sr) 116
3.11.1 Jurisprudentie 116
3.11.2 Analyse 116
3.11.3 Bevindingen 117

3.12 Delictoverstijgende bevindingen over de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm 117
3.12.1 Gerichtheid op het misdrijf 118
3.12.1.1 Het voornemen van de verdachte 119
3.12.1.2 De aanwezigheid van middelen om het misdrijf of een kwalificerend bestanddeel te plegen 123
3.12.1.3 De context 125
3.12.1.4 Belang van de omstandigheden en onderlinge verhouding: de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm (1) 126
3.12.2 Gerichtheid op voltooiing 127
3.12.2.1 Het aanwenden van middelen om het misdrijf of een kwalificerend bestanddeel te plegen: (gedeeltelijke) vervulling (kwalificerend) bestanddeel 128
3.12.2.2 Het aanvangen met de eerste stap van het stappenplan 129
3.12.2.3 Het daadwerkelijk benaderen van het object van het misdrijf/het in zijn machtssfeer hebben van verboden voorwerpen 131
3.12.2.4 Het direct in gevaar brengen van personen of goederen 132
3.12.2.5 De voltooiing is alleen uitgebleven vanwege een van de wil van de verdachte niet afhankelijke omstandigheid 133
3.12.2.6 Automatische voltooiing? 134
3.12.2.7 Belang van de omstandigheden en onderlinge verhouding: de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm (2) 135
3.12.3 Overkoepelende noties over de omstandigheden 136
3.12.3.1 Objectieve en subjectieve omstandigheden 136
3.12.3.2 Context 136
3.12.3.3 Niet zichtbare omstandigheden 137
3.12.3.4 Door de rechter vastgestelde omstandigheden 137
3.12.3.5 Criteriumfiguur? 138
3.12.3.6 De drempel van de uiterlijke verschijningsvorm (3) 139
3.12.3.7 Formele delicten 139
4 Samenvattende bevindingen over de uiterlijke verschijningsvorm bij strafbare poging 140

3 OPZET 145
1 Inleiding 145
2 Gebruik en daaruit af te leiden rol van de uiterlijke verschijningsvorm 145
2.1 Voorwaardelijk opzet: het 'aanvaardingsvereiste' 146
2.1.1 De te beantwoorden vraag: Heeft de verdachte de aanmerkelijke kans 'aanvaard'? 146
2.1.2 Object van de uiterlijke verschijningsvorm: de gedraging 148
2.1.3 Gerichtheid op een bepaald gevolg: link met het gronddelict 148
2.1.4 Plaats in het beslissingsschema van artikel 350 Sv: kwalificeren in het kader van de bewijsvraag 148

2.1.5 Rol: de uiterlijke verschijningsvorm als bewijsmethode, bewijsvermoeden en als dwingend minimum (maatstaf) 149
2.1.5.1 Alleen als verklaringen van de verdachte of getuigen 'geen inzicht geven' 149
2.1.5.2 Gebruik geen vrijblijvendheid 153
2.1.5.3 Alleen bij bepaalde gedragingen: beperking tot bepaalde delict(typ)en of hoge drempel? 155
2.1.5.4 Contra-indicaties 156
2.1.5.5 Rol: de uiterlijke verschijningsvorm als methode 156
2.1.5.6 Rol: de uiterlijke verschijningsvorm als bewijsvermoeden 156
2.1.5.7 Rol: de uiterlijke verschijningsvorm als maatstaf (dwingend minimum) 157
2.1.6 Samenvattende bevindingen over het gebruik en de rol van de uiterlijke verschijningsvorm bij het 'aanvaardingsvereiste' 157
2.2 Voorwaardelijk opzet: aanmerkelijke kans en bewustheid 158
2.2.1 De uiterlijke verschijningsvorm en de aanmerkelijke kans 158
2.2.2 De uiterlijke verschijningsvorm en het 'bewustheidsvereiste' 160
2.2.3 Bevindingen: geen rol voor de uiterlijke verschijningsvorm bij het aanmerkelijke kans-vereiste en het bewustheidsvereiste 164
2.3 Andere opzetgradaties 164
3 Invulling van de uiterlijke verschijningsvorm 168
3.1 Moord en doodslag (287 en 289 Sr) 168
3.1.1 *HIV I*-arrest 169
3.1.1.1 Jurisprudentie 169
3.1.1.2 Analyse 170
3.1.1.3 Bevindingen 171
3.1.2 Steek- en schietincidenten 171
3.1.2.1 Afbakening (bewuste) schuld en (voorwaardelijk) opzet 172
3.1.2.2 Alternatief scenario 179
3.1.2.3 Overkoepelend over de omstandigheden bij steek- en schietincidenten 187
3.1.3 Verkeer 188
3.1.3.1 Jurisprudentie 188
3.1.3.2 Analyse 194
3.1.3.3 Bevindingen 198
3.1.4 Het gooien van voorwerpen 199
3.1.4.1 Jurisprudentie 199
3.1.4.2 Analyse 201
3.1.4.3 Bevindingen 202
3.1.5 Overig 202
3.1.5.1 Jurisprudentie 202
3.1.5.2 Analyse 205
3.1.5.3 Bevindingen 208
3.1.6 Overkoepelend over de omstandigheden bij moord en doodslag 208
3.2 (Zware) mishandeling (300 e.v. Sr) 211
3.2.1 Steekincidenten 212
3.2.1.1 Jurisprudentie 212

3.2.1.2 Analyse 215
3.2.1.3 Bevindingen 217
3.2.2 Schoppen en slaan 218
3.2.2.1 Jurisprudentie 218
3.2.2.2 Analyse 221
3.2.2.3 Bevindingen 225
3.2.3 Verkeer 226
3.2.3.1 Jurisprudentie 226
3.2.3.2 Analyse 229
3.2.3.3 Bevindingen 231
3.2.4 Overig 232
3.2.4.1 Jurisprudentie 232
3.2.4.2 Analyse 232
3.2.4.3 Bevindingen 233
3.2.5 Overkoepelend over de omstandigheden bij (zware) mishandeling 234
3.3 Brandstichting (157 Sr) 234
3.3.1 Jurisprudentie 234
3.3.2 Analyse 235
3.3.3 Bevindingen 236
3.4 Beschadiging (350 Sr) 237
3.4.1 Jurisprudentie 237
3.4.2 Analyse 238
3.4.3 Bevindingen 240
3.5 Belastingfraude (68 (oud) en 69 AWR; 225 Sr) 240
3.5.1 Jurisprudentie 240
3.5.2 Analyse 241
3.5.3 Bevindingen 242
3.6 Bedreiging (285 Sr) 242
3.6.1 Jurisprudentie 242
3.6.2 Analyse 243
3.6.3 Bevindingen 244
3.7 Delictoverstijgende bevindingen over de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm 244
3.7.1 De inzet van middelen (wapens) om het misdrijf te plegen 244
3.7.2 Gewelddadige of 'alledaagse' gedraging 246
3.7.3 Gerichtheid tegen een bepaald persoon of goed 247
3.7.4 Volhardendheid van de verdachte 248
3.7.5 Schenden van een zorgplicht 249
3.7.6 Het 'zwakkere' slachtoffer 250
3.7.7 Bewustheid van bepaalde (bijzondere) omstandigheden 251
3.7.8 Intreden gevolg niet doorslaggevend 252
3.7.9 Contra-indicaties 252
3.7.10 De drempel van de uiterlijke verschijningsvorm 253
3.8 Overkoepelende noties over de omstandigheden 255
3.8.1 De uiterlijke verschijningsvorm 255
3.8.1.1 Objectieve omstandigheden 255

3.8.1.2 Context 255
3.8.1.3 Niet zichtbare omstandigheden (criteriumfiguur?) 256
3.8.2 Contra-indicaties en 'negatieve omstandigheden' 256
4 Samenvattende bevindingen over de uiterlijke verschijningsvorm bij (voorwaardelijk) opzet 258

4 STRAFBARE VOORBEREIDING 261
1 Inleiding 261
2 Jurisprudentie 262
3 Gebruik en daaruit af te leiden rol van de uiterlijke verschijningsvorm 273
3.1 Bestanddeel 'bestemd' 273
3.1.1 De te beantwoorden vraag: Zijn de aangetroffen voorwerpen bestemd tot het begaan van het misdrijf? 273
3.1.2 Object van de uiterlijke verschijningsvorm: het voorwerp 274
3.1.3 Bestemd voor plegen van 'dat misdrijf': link met het grondmisdrijf 274
3.1.4 Plaats in het beslissingsschema van artikel 350 Sv: kwalificeren in het kader van de bewijsvraag 277
3.1.5 Rol: de uiterlijke verschijningsvorm als methode, wegingsfactor en criterium 277
3.1.5.1 De uiterlijke verschijningsvorm als methode 277
3.1.5.2 De uiterlijke verschijningsvorm: wegingsfactor of criterium? 278
3.1.5.3 Beperking tot bepaalde gevallen? 281
3.1.6 Samenvattende bevindingen over het gebruik en de rol van de uiterlijke verschijningsvorm bij het bestanddeel 'bestemd' 282
3.2 Misdadig doel 283
3.3 Ondeugdelijke voorbereiding 284
3.3.1 Ondeugdelijke voorbereiding 284
3.3.2 Pril stadium 285
3.3.3 Ondeugdelijk object 286
3.3.4 Samenvattende bevindingen over het gebruik en de rol van de uiterlijke verschijningsvorm bij de ondeugdelijke voorbereiding 288
4 Invulling van de uiterlijke verschijningsvorm 288
4.1 Omstandigheden 289
4.1.1 Misdadige bestemming hoeft niet uit voorwerp zelf te volgen 289
4.1.2 Misdadig doel 289
4.1.3 Dienstig kunnen zijn 292
4.1.4 Voorwerpen in onderlinge samenhang 294
4.1.5 Gebruik dat is gemaakt van de voorwerpen 294
4.1.6 Verrichte gedragingen 295
4.1.7 Geen andere, legitieme verklaring 296
4.1.8 Belang van de omstandigheden en onderlinge verhouding: de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm 296
4.2 Overkoepelende noties over de omstandigheden 298
5 Samenvattende bevindingen over de uiterlijke verschijningsvorm bij strafbare voorbereiding 299

5 NOODWEER(EXCES) 301

1 Inleiding 301
2 Jurisprudentie 302
3 Gebruik en de daaruit af te leiden rol van de uiterlijke verschijningsvorm 311
3.1 Verdediging 311
3.1.1 Bestanddeel 'verdediging' 311
3.1.2 De te beantwoorden vraag: Is er sprake van een aanval? 312
3.1.3 Object van de uiterlijke verschijningsvorm: de gedraging 312
3.1.4 Plaats in het beslissingsschema van artikel 350 Sv: strafuitsluitingsgronden 312
3.1.5 Rol: de uiterlijke verschijningsvorm als methode en (tegen)vermoeden 313
3.1.5.1 Het aanvallende karakter van de gedraging: een correctie op een vermoeden en een verwerpingsgrond 313
3.1.5.2 Verhouding tussen de bedoeling en de uiterlijke verschijningsvorm: de uiterlijke verschijningsvorm centraal 314
3.1.5.3 Rol: de uiterlijke verschijningsvorm als vermoeden 316
3.1.6 Beperking tot bepaalde gevallen? 318
3.1.7 Samenvattende bevindingen over het gebruik en de rol van de uiterlijke verschijningsvorm bij het bestanddeel 'verdediging' 319
3.2 Ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding 320
4 Invulling van de uiterlijke verschijningsvorm 321
4.1 Omstandigheden 321
4.1.1 Alleen vechtpartijen 321
4.1.2 De verdachte benaderde zelf het slachtoffer 322
4.1.3 Het slachtoffer verwijderde zich van de situatie 323
4.1.4 De verdachte gedroeg zich agressief 324
4.1.5 De verdachte deelde de 'eerste klap' uit 324
4.1.6 Disproportionaliteit en subsidiariteit van de gedraging 325
4.1.7 De bedoeling van de verdachte als contra-indicatie? 325
4.1.8 Belang van de omstandigheden en onderlinge verhouding: drempel van de uiterlijke verschijningsvorm 326
4.2 Overkoepelende noties over de omstandigheden 327
4.3 Verhouding tot andere bestanddelen van noodweer 327
4.3.1 Theoretisch onderscheid 328
4.3.2 Praktische meerwaarde 330
4.3.3 Bevindingen over de verhouding tot andere bestanddelen van noodweer 332
5 Samenvattende bevindingen over de uiterlijke verschijningsvorm bij noodweer(exces) 332

6 OVERIGE VERSCHIJNINGSVORMEN VAN DE UITERLIJKE VERSCHIJNINGSVORM 335

1 Inleiding 335
2 Medeplegen 336
2.1 Jurisprudentie 336

2.2 Analyse 339
2.2.1 Uitvoeringshandeling 340
2.2.1.1 Het *Veghel*-arrest 340
2.2.1.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad? 341
2.2.2 Opzet op de delictsbestanddelen (alternatief scenario) 342
2.2.2.1 Het *Vluchtauto*-arrest 342
2.2.2.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad? 342
2.2.3 Nauwe en bewuste samenwerking 343
2.2.3.1 De arresten *Tasjesroof* en *VW Polo* 343
2.2.3.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad? 343
2.2.4 Samenvattende bevindingen over de uiterlijke verschijningsvorm bij medeplegen 344
3 Voorbedachte raad 345
3.1 Jurisprudentie 345
3.2 Analyse 349
3.2.1 Tijdsverloop 350
3.2.1.1 Arresten *Sint Odolphusstraat* en *V.* 350
3.2.1.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad? 351
3.2.2 Het laten varen van het plan 352
3.2.2.1 Het *Garage*-arrest 352
3.2.2.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad? 353
3.2.3 Hevige gemoedsopwelling of kalm beraad 353
3.2.3.1 Arresten *Bar* en *Pilaar* 353
3.2.3.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad? 354
3.2.4 Samenvattende bevindingen over de uiterlijke verschijningsvorm bij voorbedachte raad 355
4 Kwalificatie-uitsluitingsgrond bij witwassen (420bis Sr) 356
4.1 Jurisprudentie 356
4.2 Analyse 357
4.2.1 De witwaszaak 357
4.2.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad? 357
5 Aanduiding van voorwerp, toestand of gedraging 358
5.1 Jurisprudentie en analyse 358
5.1.1 Analyse van de jurisprudentie 358
5.1.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad? 359
5.2 Samenvattende bevindingen over de uiterlijke verschijningsvorm bij de aanduiding van voorwerp, toestand of gedraging 360
6 Samenvattende bevindingen over de overige verschijningsvormen van de uiterlijke verschijningsvorm 360

7 DE UITERLIJKE VERSCHIJNINGSVORM OVERKOEPELEND: VERGELIJKING TUSSEN DE LEERSTUKKEN 363
1 Inleiding 363
2 Gebruik en de daaruit af te leiden rol van de uiterlijke verschijningsvorm 364
2.1 De te beantwoorden vraag: objectieve en subjectieve zijde van het strafbare feit 364
2.1.1 Verschil 364

2.1.2 Problematisering 365
2.1.3 Bevinding: het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm relativeert het verschil tussen de subjectieve en de objectieve zijde van het strafbare feit 365
2.2 Gedragingen en voorwerpen als object van de uiterlijke verschijningsvorm 365
2.2.1 Verschil 365
2.2.2 Relativering 366
2.2.3 Bevinding: de uiterlijke verschijningsvorm om de gerichtheid van het object vast te stellen 366
2.3 Plaats in het beslissingsschema van artikel 350 Sv 367
2.3.1 Verschil 367
2.3.2 Relativering 367
2.3.3 Bevinding: de uiterlijke verschijningsvorm als methode om gedragingen onder een bestanddeel te brengen 368
2.4 Rol van de uiterlijke verschijningsvorm 368
2.4.1 Verschil 369
2.4.2 Bevinding: de uiterlijke verschijningsvorm in verschillende rollen 370
3 Invulling van de uiterlijke verschijningsvorm 371
3.1 Objectieve en subjectieve omstandigheden 371
3.1.1 Verschil 371
3.1.2 Relativering 372
3.1.3 Bevinding: de uiterlijke verschijningsvorm als verbinding tussen de objectieve en subjectieve zijde van het strafbare feit 372
3.2 Relevantie van de context 372
3.3 Omstandigheden die bij de rechter bekend zijn 373
3.4 De drempel 373
3.4.1 De drempel van de uiterlijke verschijningsvorm: verschil of overeenkomst? 373
3.4.1.1 Een vergelijking tussen poging en voorbereiding 374
3.4.1.2 Een vergelijking tussen poging en voorwaardelijk opzet 374
3.4.1.3 De drempel bij noodweer(exces) 375
3.4.2 Bevinding: de ondergrens van de uiterlijke verschijningsvorm ligt hoger bij het voorwaardelijk opzet(?) 376
3.5 Contra-indicaties 377
3.5.1 Alleen bij voorwaardelijk opzet en noodweer(exces) contra-indicaties 377
3.5.2 Vergelijking tussen voorwaardelijk opzet en noodweer(exces) 377
3.5.3 Bevinding: bij de subjectieve zijde zijn contra-indicaties ten opzichte van de uiterlijke verschijningsvorm (in theorie) mogelijk 378
4 Leerstukoverstijgende eigenschappen van de uiterlijke verschijningsvorm, maar ook blijvende verschillen 379
5 De uiterlijke verschijningsvorm en de finale handelingsleer: een opmaat 381

8 VERDIEPING: PROBLEMATISERING VANUIT ANDERE PERSPECTIEVEN 383
1 Inleiding 383
2 Opzet en poging 384
2.1 Voornemen (opzet) en begin van uitvoering 384
2.1.1 Analyse 384
2.1.2 Bevindingen en duiding daarvan: de gedraging vanuit het perspectief van het opzet en het opzet vanuit het perspectief van de gedraging (wanneer dat vanuit het perspectief van bewijs niet anders kan) 387
2.2 Contra-indicaties voor voorwaardelijk opzet en vrijwillige terugtred 387
2.2.1 Analyse 387
2.2.2 Bevindingen en duiding daarvan: het opzet gaat aan de gedraging vooraf, de gedraging is niet zonder meer leidend 389
3 Opzet en voorbereiding 390
3.1 Jurisprudentie (aanvullend) 390
3.2 Analyse 390
3.3 Bevindingen en duiding daarvan: het perspectief van de intentie of het perspectief van de gedraging? 392
4 Poging en voorbereiding 393
4.1 Afbakening poging en voorbereiding 393
4.1.1 Analyse 393
4.1.2 Bevindingen en duiding daarvan: gerichtheid op het misdrijf (intentie leidend) vs. gerichtheid op voltooiing (objectieve omstandigheden leidend) 394
4.2 De ondeugdelijke poging of voorbereiding 395
4.2.1 Analyse 395
4.2.2 Bevindingen en duiding daarvan: objectieve omstandigheden leidend, behalve bij ondeugdelijk object bij voorbereiding 398
5 Opzet en noodweer 398
5.1 Jurisprudentie 398
5.2 Analyse 399
5.3 Bevindingen en duiding daarvan: één gedraging, meerdere gerichtheden 400
6 Overkoepelend: de uiterlijke verschijningsvorm gaat over het opzet, de gedraging en bewijs 401

9 DE FINALE HANDELINGSLEER: WELZEL, PETERS EN FINALE BEWIJSVOERING 403
1 Inleiding 403
2 De finale handelingsleer van Welzel: de gedraging vanuit het perspectief van het opzet 404
2.1 De finale wil: het perspectief van de verdachte 404
2.2 De handeling 407
3 De finale leer van Peters: het opzet bezien vanuit het perspectief van de gedraging 409
4 Finale bewijsvoering 412
5 Bevindingen 415

10 DE UITERLIJKE VERSCHIJNINGSVORM: DE FINALE HANDELINGSLEER OMARMD? 417
1 Inleiding 417
2 De uiterlijke verschijningsvorm bij voorwaardelijk opzet 419
2.1 Inleiding 419
2.2 Algemeen: gerichtheid van de gedraging op een bepaald gevolg 419
2.3 Invulling uiterlijke verschijningsvorm: Peters 420
2.3.1 De gedraging in de context: Peters 420
2.3.2 De hoge drempel van de uiterlijke verschijningsvorm: niet zomaar vertrouwen op de sociale betekenis van de gedraging 420
2.3.3 Contra-indicaties 421
2.4 Gebruik en rol: van de uiterlijke verschijningsvorm: geen volledige omarming van Peters 422
2.5 Andere aspecten van het (voorwaardelijk) opzet en de finale leer 423
2.5.1 De andere vereisten voor voorwaardelijk opzet 423
2.5.2 Opzetgradaties 426
2.6 Bevindingen ten aanzien van de finale handelingsleer bij (voorwaardelijk) opzet: finale bewijsvoering, normatief opzet en de individuele beleving 428
3 De uiterlijke verschijningsvorm bij strafbare poging 429
3.1 Inleiding 429
3.2 De finale handelingsleer en poging 429
3.3 Bestanddeel 'begin van uitvoering' 430
3.3.1 Invulling van de uiterlijke verschijningsvorm: Welzel 430
3.3.1.1 Gerichtheid op het misdrijf 430
3.3.1.2 Gerichtheid op voltooiing 432
3.3.2 Gebruik en rol: de uiterlijke verschijningsvorm als criterium, de finale handelingsleer omarmd? 433
3.4 De ondeugdelijke poging 433
3.4.1 Ondeugdelijke middelen 434
3.4.2 Ondeugdelijke objecten 434
3.5 Bevindingen ten aanzien van de finale handelingsleer en poging: de finale handelingsleer van Welzel met enkele inperkingen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid 435
4 De uiterlijke verschijningsvorm bij strafbare voorbereiding 436
4.1 Inleiding 436
4.2 Bestandeel 'bestemd' 436
4.2.1 Voorwerpen en de finale handelingsleer 436
4.2.2 Invulling van de uiterlijke verschijningsvorm: Welzel 437
4.2.3 Gebruik en rol: de uiterlijke verschijningsvorm als criterium, de finale handelingsleer omarmd? 438
4.3 Ondeugdelijke voorbereiding 438
4.4 Bevindingen ten aanzien van de finale handelingsleer en strafbare voorbereiding: de finale handelingsleer van Welzel met een enkele inperking van de strafrechtelijke aansprakelijkheid 439
5 De uiterlijke verschijningsvorm bij noodweer(exces) 439
5.1 Inleiding 439
5.2 Invulling van de uiterlijke verschijningsvorm: Peters 440
5.3 Gebruik en rol: finale bewijsvoering of toch Peters? 440

5.4 Bevindingen ten aanzien van de finale handelingsleer en noodweer(exces): finale bewijsvoering 441
6 Samenvattende bevindingen over de jurisprudentie van de Hoge Raad: nergens een volledige omarming van de finale handelingsleer 441

SLOTBESCHOUWINGEN 443
1 Inleiding 443
2 Conclusies 444
2.1 Toepassing bij de verschillende leerstukken 444
2.2 Leerstukoverstijgende eigenschappen van de uiterlijke verschijningsvorm 445
2.3 De uiterlijke verschijningsvorm en de finale handelingsleer 447
2.4 Eindconclusie: de uiterlijke verschijningsvorm is in hoofdzaak een 'finale methode' 449
3 Aanbevelingen 450
3.1 Strafbare poging 451
3.1.1 Gerichtheid op het misdrijf en gerichtheid op voltooiing 451
3.1.1.1 Gerichtheid op het misdrijf 452
3.1.1.2 Gerichtheid op voltooiing 452
3.1.2 De ondeugdelijke poging 453
3.1.2.1 Ondeugdelijkheid van het middel 455
3.1.2.2 Ondeugdelijkheid van het object 456
3.2 Opzet 457
3.2.1 Gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van andere opzetgradaties 457
3.2.2 Het aanmerkelijke kans-vereiste 459
3.3 Strafbare voorbereiding 462
3.3.1 De ondeugdelijke voorbereiding: ondeugdelijk middel 462
3.3.2 De ondeugdelijke voorbereiding: ondeugdelijk object 463
3.4 Noodweer(exces) 464
3.4.1 De uiterlijke verschijningsvorm als correctiefactor 464
3.4.1.1 Eigen plaats in het noodweerschema 464
3.4.1.2 Terughoudendheid bij de toepassing 465
3.4.2 De uiterlijke verschijningsvorm en de 'noodweersituatie' 466
3.5 Andere toepassingen van de uiterlijke verschijningsvorm 467
3.6 Tot slot 471

SAMENVATTING 473
SUMMARY 483
AANGEHAALDE LITERATUUR 491
AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE HOGE RAAD 497
AANGEHAALDE LAGERE RECHTSPRAAK 503
ROEPNAMENREGISTER UITSPRAKEN HOGE RAAD 505
BIJLAGE – VRAGENLIJST 513
CURRICULUM VITAE 515

1 Inleiding en methodologie[1]

1 Introductie

In zowel de feitenrechtspraak als de rechtspraak van de Hoge Raad komt de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm voor. Het is de Hoge Raad die deze figuur erkende en verder ontwikkelde, nadat de term in de literatuur werd geïntroduceerd. De ontwikkeling van de figuur speelde zich aanvankelijk af binnen het leerstuk van de poging (artikel 45 Sr). In het *Cito*-arrest uit 1978[2] verscheen de uiterlijke verschijningsvorm voor het eerst in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Sindsdien speelt de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm een belangrijke rol bij de poging. Vanaf 2003 heeft de figuur zich 'verspreid' naar andere leerstukken, waaronder het (voorwaardelijk) opzet,[3] voorbereiding (artikel 46 Sr)[4] en noodweer(exces) (artikel 41 Sr).[5] De figuur van de uiterlijke verschijningsvorm is een van de manieren waarop de Hoge Raad de ruimte die de wetgever aan de rechter heeft gelaten, heeft ingevuld.

Die ruimte had de wetgever de rechter bij een aantal algemene leerstukken bewust gelaten. Bij een aantal leerstukken kunnen in de parlementaire geschiedenis wel enige aanwijzingen worden gevonden ten aanzien van de invulling die de wetgever voor ogen stond. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de strafbare voorbereiding.[6] In andere gevallen heeft de wetgever de invulling volledig overgelaten aan de rechter. Zo heeft de wetgever zich bij het leerstuk van de poging beperkt tot het opnemen van de voorwaarden voor strafbare poging in de wet. De invulling daarvan – en in het bijzonder het moeilijke vraagstuk van de afbakening tussen (de destijds niet strafbare) voorbereiding en poging – werd aan de rechtspraak en de literatuur overgelaten.

---

1 Onderdelen van dit hoofdstuk zijn reeds verschenen in een artikel in *Strafblad*, waarin ik mijn promotieonderzoek introduceer. Zie Arendse 2017(2).

2 HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, *NJ* 1979/52, m.nt. Van Veen (*Cito*).

3 HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003/552, m.nt. Buruma (*HIV I*).

4 HR 18 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ0535 (*Ford Transit I*).

5 HR 8 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4788, *NJ* 2010/339 (*Fietswiel*).

6 Zie voor een overzicht van relevante passages uit de wetsgeschiedenis over de voorbereiding: HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0213 (*Samir A.*), *r.o.* 3.6 en de daarbij behorende conclusie van AG Machielse onder 8.1.

> 'Wettelijke voorschriften dienaangaande zouden alleen leiden tot eene casuïstiek die in de wet niet tehuis behoort, en die de vrije ontwikkeling van het regtsbegrip in het leven meer zouden schaden dan baten.'[7]

De wetgever heeft de rechter bij deze leerstukken dus veel vrijheid en weinig richting gegeven. Bij de hiervoor genoemde leerstukken, maakt de rechter (in bepaalde gevallen) gebruik van de figuur van uiterlijke verschijningsvorm om de hem gelaten ruimte in te vullen. Deze figuur roept vragen op.

De literatuur over de uiterlijke verschijningsvorm beperkt zich veelal tot de toepassing van die figuur bij een bepaald leerstuk. In die literatuur valt op dat de opvattingen uiteenlopen over de rol die de uiterlijke verschijningsvorm bij een bepaald leerstuk heeft. Een aantal bijdragen over de uiterlijke verschijningsvorm is breder georiënteerd.[8] Zij zijn echter slechts verkennend van aard. Een volledige en diepgravende analyse van de jurisprudentie (op dit punt) ontbreekt tot op heden. In de verkennende bijdragen wordt gewezen op de 'diversiteit' van de uiterlijke verschijningsvorm. Daarmee wordt bedoeld dat de uiterlijke verschijningsvorm bij uiteenlopende leerstukken wordt toegepast, waarbij de rol van en de invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm per leerstuk verschilt.[9]

De uiteenlopende opvattingen in de literatuur over de rol van de uiterlijke verschijningsvorm en de geconstateerde 'diversiteit' van de figuur roepen de vraag op of in de jurisprudentie wel sprake is van een doordachte toepassing van de figuur en van een (tot op zekere hoogte) vooropgestelde systematiek. Mocht dat niet het geval zijn, dan rijst de vraag of het aanbrengen van systematiek en/of consistentie in de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm wenselijk is. Op beantwoording van deze vragen richt dit onderzoek zich. Met mijn onderzoek hoop ik bij te dragen aan (verdere) systematisering of betere (kenbare) fundering van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm. Een onderliggende, kenbare systematiek is immers zowel van belang vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid als om de gevolgen van de uiterlijke verschijningsvorm voor de uitleg die aan een aantal kernleerstukken van het materiële strafrecht wordt gegeven te kunnen overzien (en daarmee de eventuele gevolgen van de toepassing van de figuur voor strafrechtelijke aansprakelijkheid). Mijn onderzoek bestaat uit twee delen. Het eerste deel betreft een analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad. Met deze analyse wordt beoogd meer duidelijkheid te bieden over hoe de uiterlijke verschijningsvorm op dit moment wordt toegepast. Op basis hiervan kan een eventuele onderliggende systematiek, evenals eventuele inconsistenties, worden blootgelegd. In de tweede plaats zal dit onderzoek zich richten op de vraag hoe de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm moet worden begrepen. Daartoe

7 Smidt I, p. 421.
8 Pelser 2004; Machielse 2008; Van Kessel 2012.
9 Zie in het bijzonder Van Kessel 2012.

zullen de bevindingen uit mijn rechtspraakanalyse worden geplaatst in de strafrechtelijke dogmatiek, in het bijzonder de finale handelingsleer.

Opbouw van dit hoofdstuk
In dit hoofdstuk beschrijf ik eerst kort de (voor)geschiedenis van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht, om zo een beeld te geven van de achtergrond van de figuur (paragraaf 2). Zoals hiervoor aangegeven speelde de ontwikkeling van de figuur zich aanvankelijk met name af bij het leerstuk van de poging. In hoofdstuk 2 – over de poging – kom ik dan ook terug op deze achtergrond. Daar zal ik bespreken of bij de poging sinds de introductie van de figuur veel is veranderd.[10] Daarna volgt een verkenning van de literatuur over de uiterlijke verschijningsvorm (paragraaf 3). Vervolgens ga ik in op mijn onderzoek (paragrafen 4-6). Ik eindig met een beschrijving van de opbouw van dit boek (paragraaf 7) en enkele opmerkingen over de gebruikte terminologie (paragraaf 8).

2 EEN KORTE GESCHIEDENIS VAN DE UITERLIJKE VERSCHIJNINGSVORM[11]

Zowel in de literatuur als in de rechtspraak ontwikkelt de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm zich aanvankelijk binnen het leerstuk van de poging (artikel 45 Sr), en meer in het bijzonder bij het bestanddeel 'begin van uitvoering'.[12]

De eerste keer dat een formulering wordt gebezigd die sterk doet denken aan de formule met de uiterlijke verschijningsvorm die later door de Hoge Raad zal worden gebruikt, is tijdens de voorbereiding van het huidige Wetboek van Strafrecht. De Staatscommissie voor de Zamenstelling van een Wetboek van Strafrecht vergaderde in de periode tussen 1 oktober 1870 en 30 juni 1875 177 keer. Tijdens de zesde vergadering werd over de poging gesproken. Volgens Modderman – destijds lid van de Staatscommissie[13] – was

> 'een begin van de uitvoering aanwezig, wanneer de rigting op een bepaald misdrijf uit uitwendige handelingen geheel objectief zonder nadere inlichting van den beschuldigde met zekerheid gebleken is'.[14]

10 Zie hfdst. 2, par. 3.12.2.6.
11 Deze paragraaf maakte ook onderdeel uit van een artikel van mijn hand in *Strafblad*, waarin ik mijn promotieonderzoek introduceer. Zie Arendse 2017(2). Ten opzichte van de passage in dat artikel zijn enkele (kleine) wijzigingen aangebracht.
12 Van een strafbare poging is op grond van artikel 45 Sr sprake wanneer het voornemen van de dader zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard.
13 Later zou hij als minister van Justitie een belangrijke rol vervullen bij de totstandkoming van de wet tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafrecht.
14 Van Bemmelen 1936, p. 229.

In de parlementaire stukken komt deze formulering niet terug. In de memorie van toelichting bij artikel 45 Sr wordt als criterium voor 'begin van uitvoering' genoemd een 'zoodanig regtstreeksch verband, dat de uitvoering door haar reeds wordt aangevangen'.[15]

Volgens de wetgever was een scherpe grenslijn tussen voorbereidende handelingen en begin van uitvoering in het algemeen niet te trekken, en kon deze dus ook niet in de wet werden uitgedrukt. De wetgever liet dit dan ook over aan 'het inzigt des rechters'.[16]

Na de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht in 1886 lijkt er – voor zover na te gaan – lange tijd geen eenduidig criterium te worden gebruikt voor de beantwoording van de vraag of sprake is van 'begin van uitvoering' in de zin van artikel 45 Sr. Daarin komt pas verandering met de introductie van de uiterlijke verschijningsvorm in 1978.[17]

Een belangrijk arrest in de aanloop naar de toepassing van de figuur van uiterlijke verschijningsvorm bij de poging was het *Eindhovense brandstichtingsarrest* uit 1934.[18] Hoewel de overwegingen in het arrest op poging tot brandstichting waren toegespitst, kunnen er wel enige algemene uitgangspunten uit de uitspraak worden afgeleid, namelijk dat voor een strafbare poging een begin met het misdrijf zelf moet zijn gemaakt (het gaat om een begin van uitvoering van het *misdrijf*, niet om een begin van uitvoering van het *voornemen*) en dat de gedraging dusdanig moet zijn dat de voltooiing van het misdrijf 'automatisch' zou zijn gevolgd.[19] Deze uitgangspunten leiden ertoe dat weinig ruimte overblijft voor de strafbare poging: tussen de destijds niet strafbare voorbereidingshandelingen en de voltooiing van het misdrijf (brandstichting) zit bijna geen ruimte. Om die reden – en de als onbevredigd ervaren uitkomst in deze zaak (de verdachte werd ontslagen van alle rechtsvervolging) – was er veel kritiek op de uitspraak.[20] Na bestudering van de casus en latere jurisprudentie van de Hoge Raad over poging (tot brandstichting), rijst bij mij overigens de vraag of in die kritiek de specifieke feiten van de casus wel voldoende zijn verdisconteerd en of de uitkomst bij toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm niet dezelfde zou zijn geweest.[21] Dat doet evenwel niet af aan de conclusie dat wanneer als uitgangspunt wordt genomen dat sprake moet zijn van 'automatische voltooiing' er weinig ruimte overblijft voor de pogingsfase, een van de belangrijkste punten van kritiek op dit arrest.

In de eerste jaren na deze uitspraak zijn er nauwelijks uitspraken van de Hoge Raad over poging te vinden. Als verklaring daarvoor is wel genoemd

15 Smidt I, p. 421.
16 Smidt I, p. 420-421.
17 Vgl. De Hullu 2018, p. 394.
18 HR 19 maart 1934, *NJ* 1934/450, m.nt. Schalken.
19 Vgl. De Hullu 2018, p. 394 en Hazewinkel/Remmelink 1996, p. 397-398.
20 Vgl. NLR, art. 45, aant. 2.5.2.
21 Ik kom hierop in hfdst. 2, par. 3.12.2.6 terug.

dat het openbaar ministerie voorzichtiger werd met het voorleggen van grensgevallen aan de rechter.[22] Na de Tweede Wereldoorlog verscheen meer Nederlandse jurisprudentie over de poging, die als minder restrictief dan het *Eindhovense brandstichting*-arrest wordt beschouwd. Om die reden wordt het *Eindhovense Brandstichting*-arrest ook wel als een uitschieter gezien.[23] Dat maakt het arrest niet minder relevant. De discussie waartoe het arrest leidde, vormde de opmaat naar de introductie van de uiterlijke verschijningsvorm.

Met zijn pleidooi om tot een benadering van de poging te komen waarbij meer wordt gekeken naar hoe rechtsgenoten een daad opvatten, legt civilist Drion in zijn artikel 'Een hergroepering der elementen van artikel 45 W.v.S.' uit 1946 de basis voor het gebruik van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm bij de poging.[24] Hij verwijst in dat artikel onder andere naar de hierboven geciteerde uitspraak van Modderman. Zelf noemt hij de term 'uiterlijke verschijningsvorm' niet. Die term wordt voor het eerst – onder verwijzing naar Drion – gebruikt door Röling in zijn annotatie bij het zogenoemde *Poging gasmoord*-arrest (ook wel: *Hamer*-arrest) uit 1951.[25] In deze zaak was er (nog) geen sprake geweest van een daad die (zonder ingrijpen) automatisch zou hebben geleid tot voltooiing van het delict. De verdachte had de echtgenoot van zijn minnares weliswaar een harde klap met een hamer gegeven, maar hij was niet toegekomen aan de volgende stap van het vooropgezette plan – de met de hamer bewusteloos geslagen echtgenoot naar de keuken verslepen, daar de gaskraan opendraaien en hem zo door gasvergiftiging doden – omdat de echtgenoot wakker was geworden toen de hamer afschampte en zich hevig verweerde. Hoewel aan het vereiste van 'automatische voltooiing' uit het *Eindhovense brandstichting*-arrest niet was voldaan, werd de verdachte niettemin veroordeeld. Deze veroordeling werd door de Hoge Raad in cassatie in stand gelaten. Annotator Röling vond het vooral

> 'een tekenende omstandigheid, dat de A-G zulks een lange conclusie behoeft, en de HR zulk een uitvoerige motivering, om tot het resultaat te komen (…) dat zo iemand strafbaar is wegens poging tot moord'.

Nog tekenender is wellicht, aldus Röling,

> 'dat degene, die het arrest voor het eerst leest, met het oog op vroegere jurisprudentie [SA: gedoeld wordt op (o.a.) het *Eindhovense brandstichting*-arrest], in spanning verkeert, en met reden verkeren kan, dat zelfs hier wellicht een ontslag van rechtsvervolging zal gegeven worden'.

22 Hazewinkel/Remmelink 1996, p. 398.
23 Hazewinkel/Remmelink 1996, p. 398; NLR, art. 45, aant. 2.5.1.
24 Drion 1946, p. 14-68.
25 HR 29 mei 1951, *NJ* 1951/480.

Röling pleit in zijn noot bij dit arrest dan ook – in navolging van Drion – voor een (andere) benadering van de poging waarbij meer wordt gekeken naar de vraag hoe rechtsgenoten een daad opvatten:

> 'Als deze daad duidelijk wijst op een komende verwerkelijking van het misdrijf, is de grond van de strafwaardigheid aanwezig. Begin van uitvoering is aanwezig indien de daad naar haar uiterlijke verschijningsvorm gericht is op de voltooiing van het misdrijf.'

Hiermee introduceert Röling de uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht als formule voor het vaststellen van het voor strafbare poging vereiste begin van uitvoering.

In 1978 verschijnt deze formule van Röling voor het eerst in de rechtspraak van de Hoge Raad. In het *Cito*-arrest uit dat jaar overweegt de Hoge Raad:

> '(…) deze gedragingen zijn aan te merken als een begin van de uitvoering van het misdrijf, daar zij naar haar uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf.'[26]

Deze formule verschijnt in de jaren daarna in vele tientallen uitspraken van de Hoge Raad over de poging. De Hoge Raad zelf spreekt over 'bestendige rechtspraak'.[27]

De uiterlijke verschijningsvorm 'verspreidt' zich daarna naar andere leerstukken binnen het strafrecht. Vanaf 2003 – ruim twintig jaar nadat de formule voor het eerst bij de poging wordt gebruikt – introduceert de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm bij het voorwaardelijk opzet. Daar speelt de figuur een rol bij de vaststelling of de verdachte de aanmerkelijke kans op het ten laste gelegde gevolg bewust heeft aanvaard. De formule met de uiterlijke verschijningsvorm uit het *HIV I*-arrest[28] wordt door de Hoge Raad nadien in verschillende arresten over voorwaardelijk opzet herhaald. Ook bij strafbare voorbereidingshandelingen, die sinds 1994 in het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht zijn opgenomen (artikel 46 Sr), speelt de uiterlijke verschijningsvorm vanaf 2003[29] een rol, namelijk bij de beantwoording van de vraag of een voorwerp (kennelijk) is bestemd tot het plegen van een bepaald misdrijf. Bij noodweer(exces) wordt de uiterlijke verschijningsvorm (vanaf 2010[30]) gebruikt in het kader van de beantwoording van de vraag of de bewezenverklaarde gedraging als verdedigend of als aanvallend moet worden

26 HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, *NJ* 1979/52, m.nt. Van Veen (*Cito*).
27 HR 2 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2806, *NJ* 2002/187 (*Liefdesbrieven*).
28 HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2005:AR1860, *NJ* 2003/552, m.nt. Buruma (*HIV I*).
29 HR 18 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ0535 (*Ford Transit I*) en HR 18 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ0517 (*Ford Transit II*).
30 HR 8 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4788, *NJ* 2010/339 (*Fietswiel*).

beschouwd. In de lagere rechtspraak speelt de figuur ook nog een rol bij andere onderwerpen, waaronder medeplegen[31] en de voorbedachte raad.[32]

3 VERKENNING VAN DE LITERATUUR OVER DE UITERLIJKE VERSCHIJNINGSVORM

In de literatuur is wel aandacht besteed aan de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm, maar (steeds) bijna uitsluitend binnen de context van een bepaald leerstuk. Een aantal bijdragen is breder georiënteerd, zoals de bijdrage van Pelser in 'Discretie in het Strafrecht' en het artikel 'De opmars van de uiterlijke verschijningsvorm' dat Machielse schreef voor het liber amicorum voor Kelk, waarin de vraag wordt opgeworpen of de uiterlijke verschijningsvorm ook bij andere leerstukken dan de poging, de voorbereiding en het voorwaardelijk opzet een rol kan spelen.[33] Ook in een artikel van Van Kessel wordt de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm – op verkennende wijze – meer overkoepelend besproken.[34] Een meer omvattend overzicht van het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm in de rechtspraak en een (volledige) systematische doordenking daarvan ontbreken echter tot op heden.

Hierna volgt eerst een verkenning van de literatuur over de uiterlijke verschijningsvorm bij de verschillende leerstukken. Per leerstuk bespreek ik steeds welk gebruik volgens de opvattingen in de literatuur van de uiterlijke verschijningsvorm wordt gemaakt en wat de rol is van de figuur, welke invulling aan de figuur wordt gegeven[35] en waar de uiterlijke verschijningsvorm door verschillende auteurs in de dogmatiek wordt geplaatst. Na de bespreking van de literatuur per leerstuk, ga ik in op de breder georiënteerde bijdragen van Pelser, Machielse en Van Kessel. Het doel van deze verkenning van de literatuur is in beeld brengen wat er reeds bekend is over de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm, welke opvattingen er leven over de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm en waar verschillen van inzicht over bestaan, om zo de rechtspraak zorgvuldig en kritisch te kunnen bestuderen.

---

31 Zie bijv. Rb. Utrecht 11 mei 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW5536 en de uitspraak van het gerechtshof die ten grondslag ligt aan HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, *NJ* 2015/390, m.nt. Mevis (*Overzichtsarrest medeplegen*).

32 Zie bijv. Rb. Den Haag 8 juni 2012, ELCI:NL:HR:BW7864, Hof Den Haag 23 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:4813, Hof Arnhem-Leeuwarden 26 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8947 en ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8949.

33 Pelser 2004; Machielse 2008.

34 Van Kessel 2012.

35 Zie voor wat ik versta onder 'gebruik', 'rol' en 'invulling' par. 8.

3.1 Poging

Bij de poging wordt de uiterlijke verschijningsvorm in de literatuur zowel in verband gebracht met het bestanddeel 'begin van uitvoering' van artikel 45 Sr als met het leerstuk van de ondeugdelijke poging.

3.1.1 Begin van uitvoering

Algemeen beeld van de literatuur
Over de uiterlijke verschijningsvorm bij het bestanddeel 'begin van uitvoering' is redelijk wat recente literatuur beschikbaar. Daarin wordt echter veelal slechts verwezen naar een beperkt aantal (oudere) arresten van de Hoge Raad,[36] terwijl er inmiddels toch tientallen uitspraken van de Hoge Raad beschikbaar zijn.

Gebruik en rol
In de literatuur wordt de uiterlijke verschijningsvorm bij de poging (eensluidend) aangemerkt als het standaard of algemene criterium aan de hand waarvan sinds het *Cito*-arrest uit 1978 wordt bepaald of sprake is van 'begin van uitvoering'.[37]

Invulling: algemeen
Door verschillende auteurs wordt aangenomen dat de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm mede afhankelijk is van het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf.[38] In de woorden van Pelser:

> 'Aangezien het [SA: het *Cito*-criterium] weinig houvast biedt, zal echter nog steeds per delict moeten worden vastgesteld wat de karakteristieke handelingen zijn die voldoende zijn voor een begin van uitvoering.'[39]

Knigge en Wolswijk menen eveneens dat elk misdrijf zijn eigen beginhandelingen kent. Daarom zou het *Cito*-criterium slechts een beperkte houvast bieden en niet meer zijn dan een 'regulatieve formule'.[40] Volgens Nieboer geeft het

36 Over het algemeen gaat het om de uitspraken HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, m.nt. Van Veen *NJ* 1979/52 (*Cito*), HR 8 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0501, *NJ* 1988/612, m.nt. 't Hart (*GWK*) en HR 8 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC8475, *NJ* 1993/321 (*Videodozen*).
37 Zie o.a. Rozemond 2011, p. 132-137; Knigge & Wolswijk 2015, p. 225-226; De Hullu 2018, p. 395-396.
38 Zie o.a. De Hullu 2018, p. 396; Dolman 2008, onder 2.1; Rozemond in zijn noot bij HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:575, *NJ* 2016/318 (*Hasjiesj uit Marokko*); Knigge & Wolswijk 2015, p. 226-229.
39 Pelser 2004, p. 187.
40 Knigge & Wolswijk 2015, p. 226.

criterium de feitenrechter ruimte 'die deze naar redelijkheid en billijkheid moet invullen'.[41]

Invulling: criteriumfiguur
Door verschillende auteurs wordt een ter plaatse aanwezige (deskundige) waarnemer (of een variant daarvan) genoemd als criteriumfiguur.[42] Daarmee wordt aangesloten bij de pleidooien van Drion en Röling (weergegeven in paragraaf 2) om tot een benadering te komen van de poging waarbij meer wordt gekeken naar 'de indruk die een handeling op de gemeenschap maakt' respectievelijk 'hoe rechtsgenoten een daad opvatten'.[43]

Dezelfde auteurs die de ter plaatse aanwezige (deskundige) waarnemer als 'criteriumfiguur' aanwijzen, merken (opvallend genoeg) eveneens op – onder verwijzing naar het *Videodozen*-arrest[44] – dat niet alleen ter plaatse zichtbare gegevens worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Volgens Rozemond betekent het vereiste van de uiterlijke verschijningsvorm niet dat een onbevooroordeelde toeschouwer of een deskundige waarnemer uit de verschijningsvorm van de gedraging de gerichtheid moet kunnen afleiden. Het gaat erom of de rechter uit de bewijsmiddelen een gedraging kan afleiden waaruit de gerichtheid op voltooiing van het misdrijf blijkt. Het is niet relevant, aldus Rozemond, wat op het moment van de gedraging voor anderen zichtbaar is, maar wat achteraf aan objectiverende gedragingen kan worden bewezen.[45] Ook De Hullu meent dat 'voor de uiterlijke verschijningsvorm objectieve gegevens waarschijnlijk toch belangrijker zijn dan zichtbare gegevens'.[46]

Invulling: objectief of subjectief
Machielse wijst er op dat niet alleen objectieve, maar ook subjectieve omstandigheden (het voornemen van de verdachte) betrokken worden bij de uiterlijke verschijningsvorm. Hij lijkt daarbij te stellen dat afhankelijk van het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf en de omstandigheden van het geval soms meer nadruk op objectieve omstandigheden en soms meer nadruk op subjectieve omstandigheden ligt.[47] Pelser meent eveneens dat

---

41 Nieboer 1991, p. 191.
42 Nieboer 1991, p. 191; Knigge & Wolswijk 2015, p. 227, Rozemond 2011, p. 135-136, Machielse 2008, p. 234; Kelk & De Jong 2019, p. 427.
43 Drion 1946, p. 45-47 en de noot van Röling bij HR 29 mei 1951, *NJ* 1951/480 (*Poging gasmoord/Hamer*). Overigens merkte Drion zelf al op (p. 54): 'Daarbij moet hij rekening houden niet alleen met wat de "man in the street" of wat hij zelf zonder deskundigenvoorlichting weet, maar met alle voor de beoordeling der handelingen zélf relevante feitelijkheden, die ter terechtzitting komen vast te staan.'
44 HR 8 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC8475, *NJ* 1993/321.
45 Rozemond 1994.
46 De Hullu 2018, p. 398-399; vgl. Kelk & De Jong 2019, p. 430.
47 Machielse 2008, p. 234-238.

> '[d]e[ze] tweeledigheid van het criterium het mogelijk maakt om ofwel de intentie van de dader, ofwel de gestelde gedraging meer centraal te stellen'.[48]

Volgens De Hullu

> '[is] de bedoeling van de uitvoeringshandeling ('gericht op voltooiing') – en daarmee de subjectieve zijde van de poging – van gewicht, maar [wordt] deze gerichtheid sterk geobjectiveerd, omdat zij wordt afgeleid uit de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging'.[49]

Invulling: gerichtheid op het misdrijf en gerichtheid op voltooiing
Zowel De Hullu als Rozemond wijzen erop dat niet alleen sprake moet zijn van gerichtheid van de gedraging op het tenlastegelegde grondmisdrijf, maar ook van gerichtheid op voltooiing van het misdrijf – en daarmee van een bepaalde gevaarzetting (het 'jetzt geht es los-moment').[50]

Positionering in de dogmatiek
Volgens Pelser is de uiterlijke verschijningsvorm bedoeld geweest als vervanging van een (te) strikt objectieve leer.[51] Met betrekking tot de positionering van de figuur in de dogmatiek menen Knigge en Wolswijk dat (de invulling die wordt gegeven aan) de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de sociaal-objectieve leer of 'Eindrucksteorie'.[52] Ook Machielse heeft het in zijn commentaar bij artikel 45 Sr over 'de "Eindrucksteorie" zoals die door de Hoge Raad wordt ingevuld'.[53] Mulder, Nieboer en Rozemond brengen de uiterlijke verschijningsvorm in verband met de finale handelingsleer.[54] Rozemond meent zelfs dat het *Cito*-criterium een 'zuivere toepassing' van die leer is. Hij heeft het daarbij over – nu volgens hem vooral objectieve omstandigheden een rol spelen – een 'geobjectiveerde finale pogingsleer'.[55]

3.1.2 *Ondeugdelijke poging*

Door een aantal auteurs wordt de uiterlijke verschijningsvorm in verband gebracht met het leerstuk van de ondeugdelijke poging.

---

48 Pelser 2004, p. 189; zie eveneens p. 194.
49 De Hullu 2018, p. 399-400.
50 De Hullu 2019, p. 400; Rozemond 1994; Rozemond 2011, p. 136.
51 Pelser 2004, p. 194; Vgl. Kelk & De Jong 2019, p. 427.
52 Dit betekent dat de indruk die het gebeuren op de rechtsorde maakt bepalend is; zie Knigge & Wolswijk 2015, p. 225.
53 NLR, art. 45, aant. 2.5.3, voetnoot 1.
54 Zie de noot van Mulder bij HR 23 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9921, *NJ* 1988/420 (*Wurging*); Nieboer 1991, p. 191; Rozemond 1994.
55 Rozemond 1994, p. 651-675.

Gebruik en rol

De uiterlijke verschijningsvorm wordt in de literatuur aangemerkt als het criterium aan de hand waarvan wordt bepaald of een middel of object absoluut ondeugdelijk is. Zo schrijven Knigge en Wolswijk – onder verwijzing naar de uitspraak *Bankpas zonder pincode*[56]:

> 'Dat houdt ermee verband, dat de kwestie van de absoluut dan wel relatief ondeugdelijke poging speelt in het kader van de vraag of er een begin van uitvoering is en dat voor het antwoord op die vraag volgens het Cito-criterium de uiterlijke verschijningsvorm van belang is. Welnu, in wezen volstrekt "kansloze" gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm toch gericht zijn op de voltooiing van het delict en daarmee een strafbare poging opleveren (…).'[57]

Ten Voorde leidt uit het *Kinderdoodslag*-arrest[58] af:

> '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.'[59]

De Hullu is niet helemaal duidelijk over hoe hij de verhouding tussen de uiterlijke verschijningsvorm en de ondeugdelijke poging precies ziet, maar is wel de mening toegedaan dat de benadering van de Hoge Raad ten aanzien van de ondeugdelijke poging 'past' bij het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm:

> 'Een marginale positie voor de ondeugdelijke poging past inderdaad bij het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm: de ondeugdelijkheid behoeft immers de uiterlijke verschijningsvorm niet aan te tasten.'[60]

Altena en Geelhoed beschrijven op basis van een aantal arresten van de Hoge Raad dat de vraag naar de ondeugdelijkheid van de poging soms aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm (in het kader van het bestanddeel 'begin

---

56 HR 7 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI1588, *NJ* 2004/63.

57 Knigge & Wolswijk 2015, p. 230. Ook De Hullu lijkt het onderscheid tussen de twee vereisten te zien, wanneer hij schrijft (De Hullu 2018, p. 399-400): '(…) maar deze gerichtheid wordt sterk geobjectiveerd, omdat zij wordt afgeleid uit de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. *Bovendien* [cursivering: SA] moet een gerichtheid op de voltooiing van het misdrijf in kwestie en daarmee een zekere gevaarzetting worden vastgesteld.'

58 HR 6 december, ECLI:NL:HR:2016:2761, *NJ* 2019/398, m.nt. Wolswijk.

59 Ten Voorde 2017.

60 De Hullu 2018, p. 403-404; Vgl. NLR, art. 45, aant. 2.6.2: 'In de sociaal-objectieve pogingsleer zal men wellicht sneller dan in de objectieve opvattingen komen tot een begin van uitvoering. Het gaat daar immers om de uiterlijke verschijningsvorm, waarvoor de Hoge Raad wel het opzet van de verdachte van belang heeft geacht.'

van uitvoering') wordt beantwoord. Maar het is ook mogelijk dat de vraag naar de ondeugdelijkheid aan de orde komt bij het bestanddeel 'voornemen' (aanmerkelijke kans bij voorwaardelijk opzet) of zelfstandig wordt behandeld.[61] Er bestaat dus geen eenduidig beeld in de literatuur over de plaats van de ondeugdelijke poging binnen het leerstuk van de poging of de rol van de uiterlijke verschijningsvorm daarbij.

Invulling
Over de invulling die wordt gegeven aan de ondeugdelijke poging bestaat wel overeenstemming in de literatuur. Alleen absoluut ondeugdelijke middelen of objecten staan in de weg aan strafbaarheid op grond van poging.[62] Deze ondeugdelijkheid wordt objectief vastgesteld. Volgens Kelk en De Jong is het onderscheid tussen absoluut en relatief ondeugdelijke poging soms nogal willekeurig. Daarom zal, volgens hen, het rechtsgevoel of de indruk van de rechtsorde omtrent het gevaar dat van de gedraging die in het spel is valt te verwachten nogal eens bepalend zijn.[63]

Plaatsing in de dogmatiek
Volgens Kelk en De Jong is alleen in een objectieve leer ruimte voor de opvatting dat absolute ondeugdelijkheid van de poging tot straffeloosheid dient te leiden.[64]

3.2 (Voorwaardelijk) opzet

Algemeen beeld van de literatuur
Hoewel er behoorlijk wat literatuur is over het (voorwaardelijk) opzet van na de datum waarop de uiterlijke verschijningsvorm bij dit leerstuk werd geïntroduceerd in de rechtspraak van de Hoge Raad, speelt de figuur daarin zelden een (grote) rol. Van Dijk richt zich in zijn dissertatie primair op argumenten die voor en tegen een bepaalde visie op opzet pleiten en hecht minder aan de vraag of de betreffende visie overeenstemt met de opvatting van de Hoge Raad.[65] In zijn boek over doodslag in het verkeer richt hij zich met name op het aanmerkelijke kans-vereiste.[66] F. de Jong noemt de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm in zijn dissertatie als een uitdrukking van de (normativerende) methode die wordt gebruikt om opzet op basis van uitwendige fac-

61 Altena & Geelhoed 2017.
62 De Hullu, p. 402-403; Knigge & Wolswijk 2015, p. 229-230.
63 Kelk & De Jong 2019, p. 434; vgl. de noot van Rozemond bij 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1233, *NJ* 2014/338 (*Richard*).
64 Kelk & De Jong 2019, p. 432. Vgl. De Hullu 2018, p. 402.
65 Van Dijk 2008, p. 233.
66 Van Dijk 2017.

toren te bewijzen,[67] maar zijn proefschrift richt zich niet specifiek op de toepassing en inhoud van de figuur als zodanig.

In de beschikbare literatuur over de uiterlijke verschijningsvorm bij het (voorwaardelijk) opzet staat vrijwel steeds het *HIV I*-arrest centraal.[68] Aan de sinds dat arrest gewezen uitspraken van de Hoge Raad wordt weinig aandacht besteed.

Gebruik en rol

Van voorwaardelijk opzet is sprake als de verdachte de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg bewust heeft aanvaard. In de beschikbare literatuur wordt aangenomen dat de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt bij het vereiste dat de verdachte de gevolgen bewust heeft *aanvaard*.[69] Over het algemeen wordt de uiterlijke verschijningsvorm daarbij voornamelijk geduid als een methode om tot het bewijs van opzet te komen: de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging vormt de basis voor het bewijs van voorwaardelijk opzet.[70] Mevis lijkt de uiterlijke verschijningsvorm eerder als een motiveringseis te beschouwen.[71]

In de literatuur wordt beschreven dat het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm bij het bewijs van opzet niet voorop staat, maar slechts aan de orde is indien er geen direct inzicht bestaat in hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan.[72] Volgens Van Kessel vormt de uiterlijke verschijningsvorm in die gevallen een dwingend minimum waaraan voldaan móet worden wil het voorwaardelijk opzet bewezen kunnen worden.[73] Volgens Reijntjes is sprake van een bewijsregel, nu contra-indicaties mogelijk zijn.[74]

Spronken[75] meent dat de uiterlijke verschijningsvorm alleen bij bepaalde gedragingen ('manifest agressief gedrag') wordt gebruikt. Zij noemt de uiterlijke verschijningsvorm bij het voorwaardelijk opzet dan ook een 'handvat'. Keijzer meent dat de uiterlijke verschijningsvorm een 'hulpmiddel' is, dat niet zonder meer beslissend hoeft te zijn.

---

67 F. de Jong 2009, p. 22-23; 358-361; 372-373.

68 HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003/552, m.nt. Buruma (*HIV I*). Zie o.a. Reijntjes, 2003, p. 477 en 480; Machielse 2008, p. 239; F. de Jong 2009, p. 358-359.

69 Zie o.a. de noot van Buruma bij 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003/552 (*HIV I*); Machielse 2008, p. 238-239; De Hullu 2018, p. 240; Kelk & De Jong 2019, p. 276.

70 Zie o.a. de noot van Buruma bij 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003/552 (*HIV I*); Reijntjes, 2003, p. 477 en 480; Machielse 2008, p. 239; F. de Jong 2009, p. 358-359.

71 Zie o.a. diens noten bij HR 15 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BA7888, NJ 2008/609 (*Uitgeweken*) en HR 24 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1498, *NJ* 2004/375 (*Drugsroof*).

72 De Hullu 2018, p. 240-241; F. de Jong 2009, p. 373-374.

73 Van Kessel 2012, p. 311 (voetnoot 22).

74 Reijntjes 2003, p. 480.

75 Zie haar conclusie bij in de zaak *JS* (conclusie van 22 maart 2016, ECLI:NL:PHR:2016:129), onder 6.15.

> 'Het kan zich bijvoorbeeld voordoen dat de uiterlijke verschijningsvorm een onduidelijk of verkeerd beeld geeft van het weten en willen; de Hoge Raad houdt dan ook soms een slag om de arm door in te voegen "behoudens contra-indicaties". Bovendien kunnen verschillende delicten een gelijke uiterlijke verschijningsvorm vertonen; aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm alleen valt bijvoorbeeld soms moeilijk vast te stellen of het opzet van een verdachte erop gericht was het slachtoffer zwaar te mishandelen dan wel te doden. Voorts kan éénzelfde verschijningsvorm zowel gepaard gaan met gericht opzet als met dolus eventualis. Ten slotte mogen we niet uit het oog verliezen dat de uiterlijke verschijningsvorm van een gedraging een rechterlijke (re)constructie is; de rechter heeft de uiterlijke verschijningsvorm in het algemeen niet zelf waargenomen.'[76]

Een en ander overziend is de literatuur over de rol van de uiterlijke verschijningsvorm bij het voorwaardelijk opzet niet eensluidend.

Invulling

De (precieze) invulling van de uiterlijke verschijningsvorm verschilt volgens verschillende auteurs per delict of type geval. Mevis benadrukt het belang van de concrete feiten en omstandigheden van het geval.[77] Buruma wijst er in zijn noot onder het *HIV IV*-arrest op dat we de uitspraak beter kunnen bezien als een HIV-arrest dan als een opzet-arrest.[78] Ook De Hullu wijst erop dat het bij de HIV-arresten gaat om 'bijzondere rechtspraak over een specifiek thema'.[79] De Hullu benoemt in zijn handboek daarnaast schietincidenten als een apart type casus. Ook doodslag in het verkeer en Opiumwetgevallen worden in de literatuur vaak als een bijzondere categorie beschouwd.[80] De rechtspraak is, aldus De Hullu, dynamisch en zou zeker ten aanzien van grensgevallen niet gemakkelijk in een eenduidige hoofdlijn zijn samen te vatten.[81]

Dat neemt niet weg dat bij (alle delicten) bij de uiterlijke verschijningsvorm volgens de literatuur (voornamelijk) objectieve (uiterlijk waarneembare) feiten en omstandigheden worden betrokken. De 'omstander' zou gelden als criteriumfiguur.[82] F. de Jong heeft over een 'geïndividualiseerde criteriumfiguur'. Daarmee bedoelt hij 'een zoveel mogelijk op de praktische identiteit van de terechtstaande verdachte toegesneden "gemiddelde mens"'. Hij baseert zich hierbij op de mogelijkheid die in de rechtspraak van de Hoge Raad wordt genoemd om contra-indicaties aan te voeren op grond waarvan – ondanks

76 Zie de noot bij HR 19 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:691, *NJ* 2016/258 (*In het mes gelopen*).
77 Zie o.a. diens noten bij HR 15 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BA7888, *NJ* 2008/609 (*Uitgeweken*) en HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:862, *NJ* 2017/67 (*JS*).
78 HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR: AY9659, *NJ* 2007/313.
79 De Hullu 2018, p. 251.
80 F. de Jong e.a. 2007; De Hullu 2018, p. 244-253; Kelk & De Jong 2019, p. 277-291. Zie over opzet in geval van doodslag in het verkeer ook Van Dijk 2017.
81 De Hullu 2018, p. 244; Vgl. Kelk & De Jong 2019, p. 277-288.
82 Reijntjes 2003, p. 480; F. de Jong e.a. 2007; F. de Jong 2009, p. 364.

de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging – toch niet kan worden aangenomen dat de verdachte de gevolgen heeft aanvaard.[83]

Plaatsing in de dogmatiek

De invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm (zie hiervoor) betekent volgens verschillende auteurs dat het bewijs voor opzet wordt 'geobjectiveerd'[84] en 'genormativeerd'.[85] Deze normativering veronderstelt, aldus F. de Jong, een handelingstheorie waarin de verwevenheid van de gedraging met de begeleidende intentie sterk wordt benadrukt.[86] Door verschillende auteurs wordt de uiterlijke verschijningsvorm (dan ook) in verband gebracht met de finale handelingsleer[87] en de opzetleer van Peters.[88]

Van Dijk stelt daarentegen dat het gebruikmaken van uiterlijk waarneembare gegevens nog niet betekent dat ook wordt genormativeerd. Volgens hem moeten bewijs en inhoud strikt van elkaar worden gescheiden.[89] Ten aanzien van het *HIV I* –arrest betoogt hij dat de centrale overweging in dat arrest zowel aanknopingspunten biedt voor een cognitieve, een volitieve en een normatieve opzettheorie[90] en concludeert dan

> 'dat men kennelijk nog steeds kan twisten over de vraag hoe de jurisprudentie van de Hoge Raad moet worden opgevat'.[91]

Mevis stelt – enigszins in lijn hiermee – dat uit de aandacht die de Hoge Raad besteedt aan het bewijs van opzet

> 'niet te vlug conclusies [moeten] worden getrokken omtrent veranderende opvattingen over de inhoud van dit leerstuk'.[92]

---

83 F. de Jong 2009, p. 373.
84 Reijntjes 2003, p. 480; F. de Jong e.a. 2007; De Hullu 2018, p. 240-241.
85 Reijntjes 2003, p. 478; F. de Jong 2009, p. 358-371.
86 F. de Jong 2009, p. 364.
87 Zie o.a. Buruma in zijn noot bij 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003/552 (*HIV I*); Reijntjes 2003, p. 477; F. de Jong 2004.
88 F. de Jong e.a. 2007; F. de Jong 2009, p. 364. Met de 'normatieve opzetleer van Peters' wordt gedoeld op de opzetleer zoals Peters die uiteenzet in zijn proefschrift uit 1966 (zie Peters 1966).
89 Van Dijk 2008, p. 235-236.
90 Zie voor wat hij onder deze theorieën precies verstaat par. 4.2.3 van zijn dissertatie (Van Dijk 2008). Kort gezegd komt het er op neer dat bij de cognitieve opzettheorie het wilselement geen zelfstandige rol heeft. Bij de volitieve opzettheorie wordt de essentie van het opzet juist gevormd door het 'willen'. In de normatieve opzettheorie worden 'willen' en 'weten' in normatieve zin en niet in psychische zin opgevat. Van Dijk brengt de normatieve opzettheorie in verband met (o.a.) Peters.
91 Van Dijk 2008, p. 231-233.
92 Zie diens noot bij HR 24 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1498, *NJ* 2004/375 (*Drugsroof*).

Volgens Mevis houdt de Hoge Raad

> 'met name vast aan (het bewijs van) het "willen" (aanvaarden) als een uiteindelijk cruciaal, sluitend onderdeel van het voorwaardelijk opzet en afgrenzing op dit punt van de bewuste schuld'.[93]

3.3 Strafbare voorbereiding

In het bijzonder naar aanleiding van het arrest *Samir A.*[94] is veel geschreven over de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm bij strafbare voorbereiding. In die literatuur wordt de uiterlijke verschijningsvorm in de literatuur in verband gebracht met het bestanddeel '(kennelijk) bestemd'[95] van artikel 46 Sr en de ondeugdelijke voorbereiding.

3.3.1 Bestemd tot het misdrijf[96]

Rol

Bij strafbare voorbereiding (artikel 46 Sr) wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt bij de beantwoording van de vraag of voorwerpen[97] 'bestemd' zijn tot het plegen van het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf. Sikkema[98] beschrijft dat de uiterlijke verschijningsvorm aanvankelijk een van de drie criteria of aandachtspunten was (naast het misdadige doel en het gebruik dat van de voorwerpen was gemaakt) aan de hand waarvan bepaald moet worden of een zeker voorwerp bestemd is tot het begaan van het grondmisdrijf. Met het *Samir A.*-arrest is de uiterlijke verschijningsvorm evenwel als overkoepelend criterium gaan fungeren. Ook Keulen neemt dit waar:

> 'De uiterlijke verschijningsvorm die in Ford Transit II nog één van de aandachtspunten was, beheerst in Samir A. het hele criterium.'[99]

---

93 Zie diens noot bij HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:862, *NJ* 2017/67 (*JS*).

94 HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0213.

95 Het woord 'kennelijk' is in 2007 komen te vervallen; zie de wet van 20 november 2006, *Stb.* 580. Omdat hiermee (door de wetgever) geen inhoudelijke wijziging werd beoogd, spreek ik in het hierna volgende over 'bestemd'. Of dit inderdaad niet heeft geleid tot een wijziging komt aan de orde in hfdst. 4.

96 Per 1 februari 2007 is de term 'kennelijk' ('kennelijk bestemd') in artikel 46 Sr vervallen; zie de wet van 20 november 2006, *Stb.* 580. Omdat hiermee blijkens de wetsgeschiedenis geen inhoudelijke wijziging werd beoogd, wordt hier kortheidshalve slechts de term 'bestemd' gebruikt.

97 Artikel 46 Sr spreekt over 'voorwerpen, stoffen, informatiedragers, ruimten of vervoermiddelen'. In verband met de leesbaarheid, zal ik hier slechts spreken over 'voorwerpen', waarmee – tenzij anders vermeld – ook gedoeld wordt op stoffen, informatiedragers, ruimten en vervoermiddelen.

98 Sikkema 2012, p. 35 en 39.

99 Keulen 2009, p. 50.

Invulling

Als Sikkema de uiterlijke verschijningsvorm als overkoepelend criterium aanmerkt, dan lijkt hij er daarmee (impliciet) van uit te gaan dat het misdadige doel betrokken kan worden bij de uiterlijke verschijningsvorm. Dat lijkt ook de wijze waarop Machielse, Pelser en Rozemond er tegen aan kijken.[100] Volgens Pelser kan de bestemming met toepassing van het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm mede in de context van de intentie van de verdachte worden vastgesteld. Rozemond schrijft dat de uiterlijke verschijningsvorm

> 'mede in het licht van de intenties van de dader (en wat daarover bekend is) [moet] worden beoordeeld'.[101]

Hoewel er dus overeenstemming lijkt te bestaan over dat zowel het misdadige doel als de uiterlijke verschijningsvorm een rol spelen in de jurisprudentie van de Hoge Raad, wordt er verschillend gedacht over welk van deze twee factoren het zwaartepunt vormt.

Gritter en Sikkema menen dat de Hoge Raad in het *Samir A.*-arrest de uiterlijke verschijningsvorm voorop heeft gesteld.[102] Volgens Keulen oogt het criterium, nu dat sinds *Samir A.* wordt 'beheerst' door de uiterlijke verschijningsvorm, een 'stukje objectiever' dan daarvoor.[103]

Daar tegenover staan auteurs die menen dat intentie juist een belangrijke(re) rol is gaan spelen. Rozemond stelt dat een conclusie uit de jurisprudentie van de Hoge Raad zou kunnen zijn dat het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm geen zelfstandige rol speelt (naast de criminele intentie). Hij spreekt over een 'subjectivering' van het Nederlandse strafrecht.[104] Ook Dolman is de mening toegedaan dat de intentie doorslaggevend is (en niet de uiterlijke verschijningsvorm).[105] Deze auteurs benadrukken dat op grond van de rechtspraak van de Hoge Raad voorwerpen in het licht van wat bekend is over het voornemen mogen worden beoordeeld. Daardoor kunnen ook 'alledaagse' of 'onschuldige' voorwerpen worden aangemerkt als voorwerpen die (kennelijk) bestemd zijn tot begaan van een misdrijf.

Daarnaast zijn er nog auteurs die een middenweg uit de rechtspraak afleiden. De Hullu meent dat de criminele intentie een belangrijke factor is,

---

100 Pelser 2004, p. 191-192; Machielse 2008, p. 238; Rozemond 2007; de noot van Rozemond bij HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1233, *NJ* 2014/338 (*Richard*).

101 Zie diens noot bij HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1233, *NJ* 2014/338 (*Richard*), onder 1.

102 Gritter & Sikkema 2008.

103 Keulen 2009, p. 50. Overigens lijkt Keulen daarmee niet helemaal tevreden. Hij betoogt (p. 50-51) dat zeker na het schrappen van het woord 'kennelijk' uit artikel 46 Sr een ruimer algemeen criterium in de rede ligt, waarbij de doosslag geeft of het voorhanden hebben van het voorwerp ertoe strekt de realisatie te bevorderen van het misdadige doel dat de verdachte voor ogen had. De rol van de uiterlijke verschijningsvorm zou daarmee volgens Keulen niet uitgespeeld zijn, maar zich beperken tot het bewijs.

104 Rozemond 2007; Rozemond 2008; Rozemond 2011, p. 141-142.

105 Dolman 2008.

maar wijst er tegelijkertijd op dat voor strafbaarheid meer nodig is dan alleen de intentie. Er moet immers – zo stelt hij in navolging van Sikkema[106] – sprake zijn van 'daadwerkelijke voorbereiding'.[107] Machielse meent dat sprake kan zijn van een mengeling van subjectieve en objectieve gegevens. Net als Sikkema lijkt hij er van uit te gaan dat de uiterlijke verschijningsvorm (objectieve omstandigheden) en de criminele intentie tot op zekere hoogte kunnen fungeren als communicerende vaten. Naarmate de voorwerpen naar uiterlijke verschijningsvorm minder wijzen op een criminele bestemming, zou dit gecompenseerd kunnen worden door het gebruik dat met de voorwerpen is gemaakt of de (evidente) criminele bestemming.[108] Van Sliedregt betoogt aan de hand van voorbeelden uit de lagere rechtspraak dat het criterium uit het *Samir A.*-arrest (op dit punt) meerduidig is. Het criterium kan zowel objectief als subjectief worden ingevuld. Volgens haar is het wachten op een nieuw richtinggevend arrest van de Hoge Raad.[109]

Buiten de notie dat ook het criminele doel van de verdachte en het gebruik dat van het voorwerp is gemaakt mogen worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm, is in de literatuur niet veel te vinden over welke omstandigheden bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken (kunnen) worden. Alleen Strijards en Rozemond gaan er dieper op in.[110] Omdat hun bijdragen vrij kort na de totstandkoming van artikel 46 Sr zijn verschenen, speelt de rechtspraak van de Hoge Raad nog geen rol in deze stukken, waardoor de vraag is wat hun duiding waard is anno 2019. In de wel beschikbare literatuur van na de introductie van de uiterlijke verschijningsvorm bij strafbare voorbereiding, bestaat overeenstemming over dat de aard van het voorwerp of de eigenschappen van het voorwerp niet doorslaggevend zijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad.[111] Rozemond meent dat met het *Samir A.*-arrest het belang van het gebruik dat van de voorwerpen is gemaakt is gerelativeerd, omdat dat niet langer een afzonderlijke factor – naast de uiterlijke verschijningsvorm en het misdadige doel – is. Anders dan daarvoor hoeven sinds dat arrest de voorwerpen niet daadwerkelijk te zijn gebruikt, ze moeten slechts 'dienstig kunnen zijn' voor het misdadige doel dat de verdachte met het gebruik voor ogen stond, aldus Rozemond.[112] De uiterlijke verschijningsvorm hoeft, zo kan verder nog over de invulling worden opgemerkt, volgens de meeste auteurs niet (per definitie) per voorwerp te worden vastgesteld. De voorwerpen kunnen ook in gezamenlijkheid worden beoordeeld, zo wordt gesteld.[113]

106 Sikkema 2012, p. 43, 45-47. Zie in soortgelijke zin Keulen 2009, p. 51.
107 De Hullu 2018, p. 418.
108 Machielse 2008, p. 238; Sikkema 2012, p. 41 en 54.
109 Van Sliedregt 2010, p. 896; in hfdst. 4 zal blijken of dit richtinggevende arrest er is gekomen (of wel nodig was).
110 Strijards 1995, p. 137; Rozemond 1994, p. 667-672.
111 Pelser 2004, p. 191; Rozemond 2007; Sikkema 2007, p. 33; Sliedregt 2010, p. 895.
112 Rozemond 2007.
113 Zie o.a. Rozemond 2011, p. 142; Sikkema 2012, p. 35; De Hullu 2018, p. 418.

Plaatsing in de dogmatiek

Gelet op de verschillende opvattingen over hoe de uiterlijke verschijningsvorm en het misdadige doel van de verdachte zich tot elkaar verhouden, is het wellicht niet verwonderlijk dat de jurisprudentie van de Hoge Raad verschillend geduid wordt. Door auteurs die de nadruk leggen op de objectieve omstandigheden die worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm, wordt de uiterlijke verschijningsvorm aangemerkt als objectieve factor of objectieve maatstaf.[114]

Auteurs die benadrukken dat het misdadige doel kan worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm spreken over een 'niet zuiver objectief criterium' (Pelser), en een 'gemengde voorbereidingsleer' of 'verenigingstheorie (Rozemond).[115] Gritter en Sikkema hebben het over een 'gematigd objectieve benadering'.[116] Volgens Van Sliedregt biedt het criterium met de uiterlijke verschijningsvorm uit het *Samir A*-arrest zowel aanknopingspunten voor een subjectieve als een objectieve interpretatie.[117]

Pelser brengt het 'criterium van de uiterlijke verschijningsvorm' in verband met de finale handelingsleer wanneer zij schrijft dat

> 'de finaliteit van de voorwerpen niet in de voorwerpen zelf gelegen hoeft te zijn, maar kan worden ontleend aan het plan waarvan zij "kennelijk" deel uitmaken'.[118]

Ook Buruma en Rozemond[119] brengen de jurisprudentie van de Hoge Raad over voorbereiding in verband met de finale handelingsleer en verwijzen daarbij naar het werk van de Duitse hoogleraar Welzel[120] respectievelijk de dissertatie van Peters.[121] Kelk en De Jong tot slot menen dat

> '[k]ennelijk door de rechtspraak in aansluiting aan de Memorie van Toelichting de "finaliteit van de handeling" sterk centraal [wordt] gesteld (…)'.[122]

Verband met poging

De figuur van de uiterlijke verschijningsvorm zoals die bij voorbereiding wordt gebruikt wordt in de literatuur in verband gebracht met de pogingsjurisprudentie. Toen artikel 46 Sr net tot stand was gebracht, stelde Rozemond dat

---

114 Keulen 2009, p. 50; Sikkema 2012, p. 39; De Hullu 2018, p. 418.

115 Zie Pelser 2004, p. 191-192; de noot van Rozemond bij HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1233, *NJ* 2014/338 (*Richard*) en Rozemond 2007.

116 Gritter & Sikkema 2008.

117 Sliedregt 2010, p. 896.

118 Pelser 2004, p. 191.

119 Rozemond 1994, p. 667-673; Buruma 2006. Overigens heeft ook de wetgever de (kennelijke) bestemming van voorwerpen in de sleutel van de finale handelingsleer geplaatst. Zie *Kamerstukken II* 1990/91, 22 268, nr. 3, p. 18 en *Kamerstukken II* 1991/92, 22 268, nr. 5, p. 19.

120 Welzel 1965, p. 29-42 en 54-73. In hfdst. 9 wordt nader ingegaan op de finale handelingsleer.

121 Peters 1966.

122 Kelk & De Jong 2019, p. 444.

het vereiste uit het *Cito*-arrest dat de gedraging is gericht op voltooiing (het 'jetzt geht es loss-criterium') bij strafbare voorbereiding ontbreekt, maar dat het andere vereiste uit de *Cito*-jurisprudentie (gerichtheid op het misdrijf) wel geldt.[123] Daarmee brengt hij de uiterlijke verschijningsvorm zoals die wordt gehanteerd in de pogingsjurisprudentie rechtstreeks in verband met de invulling die wordt gegeven aan de bestemming van voorwerpen als bedoeld in artikel 46 Sr. Ook Pelser meende – in het pre-*Samir A.*-tijdperk althans – dat bij voorbereiding is gekozen voor een benadering die aansluit bij het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm bij poging.[124]

3.3.2 *Ondeugdelijke voorbereiding*

De figuur van de uiterlijke verschijningsvorm is in de literatuur ook in verband gebracht met de ondeugdelijkheid van de voorbereiding.[125]

Gebruik en rol
Volgens Sikkema is de kern (van het *Samir A.*-arrest) dat

> 'deze "deugdelijkheid" naar uiterlijke verschijningsvorm (ten tijde van het handelen) moet worden beoordeeld en niet aan de hand van hetgeen deskundigen daar (achteraf) over hebben verklaard. Er moet, met andere woorden wel degelijk sprake zijn van objectieve gevaarzetting, zij het dat deze gevaarzetting naar uiterlijke verschijningsvorm moet worden beoordeeld'.[126]

Hij schrijft verder:

> 'In het kader van art. 46 Sr betekent dit naar mijn mening dat een voorbereidingsmiddel slechts absoluut ondeugdelijk zal zijn als het naar de uiterlijke verschijningsvorm – dus gelet op de indruk die ten tijde van het handelen van de voorbereider wordt gemaakt op de gemiddelde rechtsgenoot – evident ongeschikt is om het beoogde misdrijf mee te begaan.'[127]

Daarmee stelt Sikkema dat de uiterlijke verschijningsvorm een criterium is aan de hand waarvan moet worden vastgesteld of sprake is van een absoluut ondeugdelijk voorbereidingsmiddel. De Hullu spreekt over een maatstaf.[128]

---

123 Rozemond 1994, p. 668; zie over deze twee aspecten van het *Cito*-criterium ook par. 3.1.1.
124 Pelser 2004, p. 190.
125 De Roos 2007; Sikkema 2012, p. 40 en 54-56; de noot van Rozemond bij HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1233, *NJ* 2014/338 (*Richard*); De Hullu 2018, p. 419.
126 Sikkema 2012, p. 40.
127 Sikkema 2012, p. 56.
128 De Hullu 2018, p. 419.

Invulling
Blijkens hiervoor weergegeven citaten van Sikkema moet in zijn ogen sprake zijn van 'objectieve gevaarzetting'. Rozemond leidt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad af dat er geen sprake hoeft te zijn van een concrete gevaarzetting, maar mogelijk wel van 'abstracte gevaarzetting'. Hij pleit ervoor het

> 'vereiste van abstract gevaar te lezen in de strekking van de gedraging die geobjectiveerd moet worden: wanneer het voor de gemiddelde rechtsgenoot duidelijk is dat de voorbereiding nooit tot voltooiing kan leiden, mist de gedraging een misdadige strekking. Dat zou betekenen dat het abstracte gevaar een geobjectiveerd onderdeel is van de strekking van de gedraging.'[129]

Pleit Rozemond ervoor de gemiddelde rechtsgenoot als criteriumfiguur te nemen, Sikkema (zie het hiervoor aangehaalde citaat) meent dat uit het *Samir A.*-arrest al volgt dat de gemiddelde rechtsgenoot – en niet de deskundige – de criteriumfiguur is.

Volgens De Hullu moet nog nader blijken wat de uiterlijke verschijningsvorm bij de ondeugdelijke voorbereiding inhoudt.[130]

3.4 Noodweer(exces)

Over de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm bij noodweer(exces) (artikel 41 Sr) is nauwelijks literatuur beschikbaar. In de wel beschikbare literatuur wordt de uiterlijke verschijningsvorm met twee verschillende bestanddelen van noodweer(exces) in verband gebracht: 'de ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding' en de 'verdediging'.

3.4.1 Ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding

Een beroep op noodweer kan slechts succesvol zijn wanneer er sprake is geweest van 'noodweersituatie'. Dat wil zeggen dat er een 'ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding' van bepaalde rechtsgoederen moet hebben plaatsgevonden. De term 'ogenblikkelijk' wordt door de Hoge Raad zo uitgelegd dat daaronder ook valt een 'onmiddellijk dreigend gevaar' voor een wederrechtelijke aanranding. Of hiervan sprake is, wordt volgens De Hullu hoofdzakelijk bepaald door de bijzondere omstandigheden van het geval. Dat geval moet volgens hem echter wel een zekere objectieve toetsing kunnen doorstaan:

---

129 Zie diens noot bij HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1233, *NJ* 2014/338 (*Richard*).
130 De Hullu 2018, p. 419.

> '[E]r moet in de ogen van een derde of naar uiterlijke verschijningsvorm beschouwd een onmiddellijke dreiging voor een daadwerkelijke aanranding zijn.'[131]

De Hullu brengt de uiterlijke verschijningsvorm hiermee in verband met de beantwoording van de vraag of sprake is van een 'noodweersituatie'. Hij doet dat overigens zonder daarbij naar jurisprudentie van de Hoge Raad te verwijzen.

Ook Rozemond heeft de uiterlijke verschijningsvorm in verband gebracht met de beantwoording van de vraag of sprake is van een 'noodweersituatie'. Hij beschrijft dat het in concrete gevallen moeilijk kan zijn om een onderscheid te maken tussen de enkele vrees dat je zal worden aangerand (geen noodweersituatie) en het onmiddellijk dreigende gevaar van aanranding (wel een 'noodweersituatie'). Het relevante verschil, aldus Rozemond,

> 'is waarschijnlijk dat een persoon niet alleen op grond van subjectieve factoren (vrees, paniek, woede) tot de aanval mag overgaan, maar dat de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging zodanig moet zijn dat daaruit redelijkerwijs kan worden afgeleid dat de ander op het punt staat om aan te vallen'.[132]

Rozemond erkent dat de Hoge Raad 'dit aan de pogingsjurisprudentie ontleende criterium' op dit moment niet gebruikt 'ter verduidelijking van het ogenblikkelijk dreigende gevaar',

> 'maar de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging zou als nadere specificatie kunnen worden gehanteerd voor het ogenblikkelijk dreigende gevaar dat noodweer rechtvaardigt. Met andere woorden: uit objectieve omstandigheden (gedragingen en uitlatingen van een ander) moet redelijkerwijs kunnen worden afgeleid dat die ander op het punt staat om daadwerkelijk tot de aanval over te gaan'.[133]

Volgens Rozemond gaat het dus niet om een bestaande toepassing, maar zou de uiterlijke verschijningsvorm (in de toekomst) wel toegepast kunnen worden bij de beantwoording van de vraag of sprake was van een 'noodweersituatie'.

3.4.2 Verdediging

Gebruik en rol van de aanvallende gedraging/verdedigingswil

Noodweer moet op grond van artikel 41 Sr 'geboden zijn door de noodzakelijke verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed'. De Hoge Raad 'leest' volgens verschillende auteurs in de term 'verdediging' dat de gedraging van de verdachte ook verdedigend heeft opgetreden. De Hoge Raad

131 De Hullu 2018, p. 326.
132 Rozemond 2011, p. 114.
133 Rozemond 2011, p. 114.

zou hiermee ook een 'verdedigingswil' vereisen.[134] Verschillende auteurs plaatsen de verdedigingswil – en dus de uiterlijke verschijningsvorm – onder het vereiste 'geboden door de noodzakelijke verdediging'. Van Verseveld[135] leidt uit het overzichtsarrest van de Hoge Raad over noodweer(exces) uit 2016 evenwel af dat de eis van de verdedigingswil door de Hoge Raad niet wordt geplaatst bij het bestanddeel 'geboden is door de noodzakelijke verdediging', maar bij het bestanddeel 'verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed'. Volgens Jansen kan

> 'de eis van verdedigingswil aldus worden gedefinieerd dat de verdachte voor een geslaagd beroep op noodweer met zuivere motieven moet handelen'.[136]

Volgens hem is de precieze betekenis van de eis van de verdedigingswil niet op te maken uit de rechtspraak van de Hoge Raad. Wel blijkt volgens hem uit de zaken waarin de Hoge Raad gewicht toekende aan de intentie van de verdachte, dat het verweer ook op andere gronden had kunnen worden afgedaan, zoals culpa in causa of het ontbreken van een wederrechtelijke aanranding. Daarmee is, aldus Jansen, onzeker in hoeverre het handelen met een verdedigingswil naar geldend recht als een zelfstandige, van andere noodweereisen geïsoleerde voorwaarde moet worden beschouwd. Hij meent dat het soms ook als aanvullend argument wordt gebruikt:

> '[H]et beroep op noodweer gaat niet op omdat aan een of meer vereisten uit het klassieke noodweerschema niet is voldaan, én de gedraging van de verdachte getuigt (zodoende) niet van verdediging(swil) in de zin van *NJ* 2010/339.'

Volgens Rozemond kan daarentegen uit de rechtspraak worden afgeleid dat de aanvallende gedraging een zelfstandige verwerpingsgrond is, naast culpa in causa.[137] Net als Rozemond meent ook Van Verseveld dat deze verwerpingsgrond een sterke werking heeft.[138] Als wordt vastgesteld dat de gedraging aanvallend was, hoeft de rechter zich niet meer te buigen over de andere vereisten van noodweer, noodweerexces of putatief noodweer. Dan is ook niet meer relevant dat de rechter die wel naar die vereisten heeft gekeken daarbij een verkeerde maatstaf heeft aangelegd. Rozemond meent overigens dat

> 'het wellicht beter [is] om niet van het vereiste van een verdedigingswil te spreken, maar van een aanvallende gedraging als grond om een beroep op noodweer,

134 Jansen 2015; Knigge & Wolswijk 2015, p. 191; De Hullu 2018, p. 19; NLR, art. 41, aant. 8.
135 Van Verseveld 2016.
136 Jansen 2015.
137 Zie de noot bij HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:108, *NJ* 2016/154 (*Portiek*).
138 Van Verseveld 2016.

> noodweerexces en putatieve noodweer te verwerpen. Niet de verdedigingswil, maar de aanvallende gedraging staat centraal in de overwegingen van de Hoge Raad'.[139]

Dit lijkt aan te sluiten bij de opvatting van De Hullu, die stelt dat een verdedigingswil niet als positieve voorwaarde hoeft te worden vastgesteld. Slechts een in essentie aanvallende gedraging kan een beroep op noodweer blokkeren. Om die reden kenschetst hij het tegenwerpen van aanvallend gedrag als een bescheiden correctiefactor voor uitzonderlijke gevallen.[140] Van Verseveld meent eveneens dat

> 'deze verwerpingsgrond pas in beeld komt als de gedraging naar haar uiterlijke verschijningsvorm aanvallend is'.[141]

Gebruik en rol uiterlijke verschijningsvorm

Of sprake is van aanvallend gedrag, moet worden bepaald aan de hand van de bedoeling van de verdachte en de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. In de literatuur bestaat verschil van inzicht over hoe deze twee zich tot elkaar verhouden. Volgens Jansen blijft onduidelijk hoe verdediging en de wil daartoe zich tot elkaar verhouden, 'zodat verdediging een tamelijk open norm blijft'.[142]

Volgens Rozemond en Van Verseveld gaat het om twee cumulatieve vereisten om een beroep op noodweer te kunnen *af*wijzen.[143] Ook De Hullu lijkt daar van uit te gaan wanneer hij opmerkt 'zowel naar uiterlijke verschijningsvorm als naar bedoeling beoordeeld'.[144] Volgens Van Verseveld lijkt het erop dat de Hoge Raad – als de gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm aanvallend is – echter geen strenge eisen stelt aan de vaststelling dat de bedoeling eveneens aanvallend was. Machielse gaat niet uit van cumulatieve vereisten, maar ziet de uiterlijke verschijningsvorm als een methode waarop kan worden teruggevallen om de bedoeling vast te stellen al er geen (geloofwaardige) verklaringen van de verdachte daarover zijn:

> 'Als er geen bronnen voorhanden zijn die uitsluitsel geven over het bestaan van verdedigingswil mag men, evenals wanneer men antwoord zoekt op de vraag of met opzet is gehandeld, de uiterlijke verschijningsvorm van het gedrag in zijn beschouwing betrekken.'[145]

---

139 Zie de noot bij HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:108, *NJ* 2016/154 (*Portiek*).
140 De Hullu 2018, p. 322.
141 Van Verseveld 2016.
142 Jansen 2015.
143 Zie de noot bij HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:2018, *NJ* 2016/154 (*Portiek*) en Van Verseveld 2016.
144 De Hullu 2018, p. 322; Vgl. Kelk & De Jong 2019, p. 374.
145 NLR, art. 41, aant. 8.

Invulling uiterlijke verschijningsvorm
Er wordt in de literatuur amper aandacht besteed aan de omstandigheden die bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken. Jansen merkt hierover op dat

> 'veelal wordt aangesloten bij de andere voorwaarden voor een geslaagd beroep op noodweer: wordt aan die voorwaarden niet voldaan, dan heeft de verdachte niet de wil gehad om zich te verdedigen'.[146]

Volgens Bleichrodt is

> '[d]enkbaar dat de rechter uit de omstandigheid dat de verdachte zich niet heeft onttrokken aan de confrontatie afleidt dat het gedrag van de verdachte noch op grond van diens bedoeling daarbij noch op grond van de uiterlijke verschijningsvorm ervan kan worden aangemerkt als verdedigend, maar – naar de kern bezien – als aanvallend, te weten gericht op het aangaan van een confrontatie'.[147]

Keulen lijkt hier anders over te denken. Hij stelt dat het niet uit de weg gaan van een confrontatie nog geen aanvallende gedraging impliceert. Keulen leidt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad af dat het enkele meenemen van wapens geen gedraging is die naar uiterlijke verschijningsvorm naar de kern bezien als aanvallend moet worden aangemerkt. Ook leidt hij uit de jurisprudentie af dat het naar het slachtoffer toebewegen een belangrijke omstandigheid is, evenals wie het eerst heeft geschoten (of gestoken of geslagen). Dit laatste is zijns inziens echter niet doorslaggevend.[148]

3.5 Andere leerstukken

Van Kessel constateert in haar artikel dat de uiterlijke verschijningsvorm (in de lagere rechtspraak) ook gebruikt wordt bij de beschrijving van voorwerpen,[149] de voorbedachte raad en medeplegen. Bij dit laatste leerstuk zou de uiterlijke verschijningsvorm worden gebruikt om zowel de bewuste als de nauwe samenwerking vast te stellen.[150]

Pelser en Machielse vragen zich af of de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm ook nog bij andere onderwerpen – waar de figuur op dit moment in de rechtspraak (nog) niet wordt gebruikt – zou kunnen worden toegepast.

---

146 Jansen 2015.
147 Zie de conclusie bij HR 3 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:496, *NJ* 2018/200 (*Cafédeur*), onder 16.
148 Zie de conclusie bij HR 14 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:715, *NJ* 2019/218 (*Schietpartij in Almere*).
149 Vgl. Machielse 2008, p. 233.
150 Van Kessel 2012.

Pelser beantwoordt deze vraag negatief voor samenspanning ('overt act'), omdat het criterium

> 'het gevaar in zich [bergt] dat de grenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid verder naar voren zullen schuiven, en dat terwijl er juist meer rechtsbescherming voor de potentiële daders nodig is'.[151]

Machielse kan zich daarentegen voorstellen dat de mogelijkheden van de uiterlijke verschijningsvorm in het materiële strafrecht nog niet volledig zijn verkend. Hij meent dat de uiterlijke verschijningsvorm nog op andere gebieden van nut kan zijn, waarbij hij denkt aan de deelneming

> 'en meer bepaald aan die gevallen waarin het opzet van de deelnemer en dat van de uitvoerder niet exact met elkaar overeenkomen'.

Hij noemt als voorbeeld de uitlokking. Daarbij staat hem voor ogen dat

> '[a]ls de uitgelokte een feit pleegt dat naar uiterlijke verschijningsvorm aan de uitlokker voor ogen heeft gestaan de uitlokker aansprakelijk [is] voor zover zijn opzet reikt. Op welk feit de uitlokker zijn opzet richtte zal wel in de tenlastelegging moeten worden opgenomen, maar of het opzet van de uitgelokte met het opzet van de uitlokker overeenkwam is niet relevant zolang de uiterlijke verschijningsvorm van hetgeen in werkelijkheid is uitgevoerd beantwoordt aan het opzet van de uitlokker'.[152]

3.6 Over de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm

Machielse constateert in zijn bijdrage uit 2008 dat de uiterlijke verschijningsvorm oprukt in het strafrecht. Hij stelt zich daarbij de vraag of de uiterlijke verschijningsvorm daarbij op alle deelgebieden een zelfde rol vervult en of er nog andere terreinen zijn waar de uiterlijke verschijningsvorm kan worden ingezet. Op deze tweede vraag gaat hij uitdrukkelijk in (zie ook paragraaf 3.5 hiervoor), maar de eerste vraag wordt in zijn stuk niet (expliciet) beantwoord. Wel merkt hij meer overkoepelend op dat de uiterlijke verschijningsvorm zowel kan worden gebruikt als instrument om zaken of gebeurtenissen te beschrijven en te onderscheiden (zoals de duiding van voorwerpen) als voor meer juridisch getinte vaststellingen. Verder stelt Machielse vast dat in de formule zowel objectieve als subjectieve elementen besloten liggen. Daarnaast vraagt Machielse in zijn bijdrage aandacht voor wat hij de 'dubbele functie' van de uiterlijke verschijningsvorm noemt. Nu de uiterlijke verschijningsvorm zowel gebruikt kan worden om vast te stellen of sprake is van begin van uitvoering in de

151 Pelser 2004, p. 194.
152 Machielse 2008, p. 241.

zin van art, 45 Sr als gebruikt kan worden voor de vaststelling van het opzet kan de uiterlijke verschijningsvorm in bepaalde gevallen bij poging zowel worden benut voor het afleiden van het voornemen, als het begin van uitvoering. Machielse heeft hiertegen geen principieel bezwaar (in overduidelijke gevallen), maar waarschuwt wel voor het gevaar dat een begin van uitvoering te gemakkelijk wordt aangenomen wanneer het opzet is komen vast te staan. Opzet kan volgens hem namelijk worden aangenomen op grond van (de uiterlijke verschijningsvorm van) een gedraging die nog geen 'begin van uitvoering' oplevert.[153]

Van Kessel gaat in haar artikel uit 2012 – op verkennende wijze – in op de wijze waarop de uiterlijke verschijningsvorm in de rechtspraak wordt toegepast. Zij beperkt zich daarbij tot een bespreking van rechtspraak die in de eerste helft van 2012 is verschenen. Van Kessel stelt in haar artikel aan de hand van deze rechtspraak de diversiteit van de uiterlijke verschijningsvorm aan de orde. Ze beschrijft dat er verschillen bestaan tussen de wijze waarop de uiterlijke verschijningsvorm bij uiteenlopende leerstukken wordt gebruikt. Ze laat zien dat de uiterlijke verschijningsvorm bij verschillende leerstukken bij uiteenlopende vragen in het beslissingsschema van artikel 350 Sv een rol speelt, dat de uiterlijke verschijningsvorm bij het ene leerstuk gedragingen en bij een ander leerstuk voorwerpen als object heeft en hoe de uiterlijke verschijningsvorm bij het ene leerstuk verbonden is met wat wordt beschouwd als de objectieve zijde en bij het andere leerstuk bij wat wordt beschouwd als de subjectieve zijde van het strafbare feit. Volgens haar valt er op het eerste gezicht geen lijn te ontdekken in de rechtspraak omtrent het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm. Van Kessel heeft zich in haar artikel gericht op het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm en de invulling daarvan buiten beschouwing gelaten. Dit laatste zal volgens haar mogelijk nog meer verschillen aan het licht brengen.[154]

3.7 Bevindingen op basis van de literatuur

In de meeste bijdragen over de uiterlijke verschijningsvorm wordt deze figuur slechts in de context van een bepaald leerstuk besproken. De aandacht die in de literatuur wordt besteed aan de uiterlijke verschijningsvorm verschilt per leerstuk. Op basis van de verkenning van de literatuur kan worden geconcludeerd dat er lang niet altijd overeenstemming bestaat over hoe de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt, welke rol de uiterlijke verschijningsvorm heeft en hoe aan de uiterlijke verschijningsvorm invulling wordt gegeven. Tekenend zijn de vele verschillende interpretaties van het *Samir A.*-arrest bij strafbare voorbereiding. Maar ook bij poging en voorwaardelijk opzet, waar-

153 Machielse 2008.
154 Van Kessel 2012.

over aanzienlijk meer jurisprudentie van de Hoge Raad beschikbaar is dan over strafbare voorbereiding, is discussie over welke rol de uiterlijke verschijningsvorm heeft en bij welke pogings- respectievelijk opzetleer de uiterlijke verschijningsvorm aansluit. Wat opvalt in de literatuur is dat de uiterlijke verschijningsvorm vaak wordt besproken aan de hand van slechts één of enkele uitspraken, terwijl er inmiddels – met name bij poging en voorwaardelijk opzet – toch enkele tientallen uitspraken van de Hoge Raad beschikbaar zijn. Soms ontbreken verwijzingen naar jurisprudentie zelfs in het geheel. Een uitgebreide(re) rechtspraakanalyse zou mogelijk dan ook meer inzicht kunnen geven in de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm bij de verschillende leerstukken en zo over een aantal (twist)punten meer duidelijkheid kunnen creëren.

Er is maar weinig literatuur beschikbaar die zich meer overkoepelend richt op de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht. De wel beschikbare artikelen zijn slechts verkennend van aard en gebaseerd op een beperkt aantal uitspraken. Een meer omvattend overzicht van het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm in de rechtspraak en een (volledige) systematische doordenking daarvan ontbreken tot op heden. Dat verbaast gelet op het blijkens de literatuur niet geringe belang van de figuur voor een aantal kernleerstukken van het materiële strafrecht. Ik meen dan ook dat er belang is bij een diepgravender onderzoek naar de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm en dat daarvoor nog veel ruimte bestaat.

4 Het onderzoek: systematisering van de uiterlijke verschijningsvorm

Bij de verkenning van de literatuur bleek dat binnen de context van een bepaald leerstuk verschillen van inzicht bestaan over het gebruik dat wordt gemaakt van de uiterlijke verschijningsvorm, de rol die de figuur heeft en de invulling die daaraan wordt gegeven. Daar komt bij dat Van Kessel – overkoepelend – constateert dat de wijze waarop de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast bij de verschillende leerstukken eveneens verschilt. Dat roept de vraag op of wel sprake is van een doordacht gebruik van de figuur of van een (tot op zekere hoogte) vooropgestelde (en kenbare) systematiek.

Het blootleggen van eventuele inconsistenties of juist een onderliggende systematiek of het voor de toekomst aanbrengen van (meer) systematiek is om meerdere redenen van belang.

Een eerste reden is dat wanneer geen sprake is van een onderliggende, kenbare systematiek dit onduidelijkheden en vaagheden met zich kan brengen over de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm, zo is ook gebleken uit de verkenning van de literatuur. Ingeval (feiten)rechters deze figuur verschillend invullen en gebruiken, zal rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid kunnen ontstaan. Dit is des te bezwaarlijker nu de figuur van de uiterlijke

verschijningsvorm bij verschillende kernleerstukken van het materiële strafrecht is geïntroduceerd en wordt toegepast.

Een tweede reden waarom het blootleggen van een onderliggende systematiek belangrijk is, is dat zonder een kenbare systematiek onduidelijk is op welke wijze de uiterlijke verschijningsvorm past binnen de strafrechtelijke dogmatiek en theorie. Plaatsing in de dogmatiek kan bijdragen aan een systematische(re) toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm. Als duidelijk is hoe de uiterlijke verschijningsvorm kan worden geduid, is immers ook duidelijk hoe de uiterlijke verschijningsvorm moet worden gebruikt. Maar plaatsing in de dogmatiek is ook om een andere reden van belang. De gevolgen van de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm voor de uitleg die aan een aantal kernleerstukken van het materiële strafrecht wordt gegeven – en dus voor de reikwijdte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid –, zijn niet goed te overzien als niet duidelijk is of en hoe de figuur past in de strafrechtelijke dogmatiek. Plaatsing in de dogmatiek geeft immers een beeld van wat de gevolgen van de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm zijn voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. De plaatsing in de dogmatiek geeft zo ook inzicht in de grenzen van de toepassing van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm en wat met strafrechtelijke aansprakelijkheid vermag.

Zoals hiervoor bleek is in de literatuur wel aandacht besteed aan de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm, maar (steeds) bijna uitsluitend binnen de context van een bepaald leerstuk. Een aantal bijdragen is weliswaar breder georiënteerd, maar is dan weer slechts verkennend van aard, terwijl inmiddels kan worden geconstateerd dat een diepgaand onderzoek wenselijk is. Een meer omvattend overzicht van de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm in de rechtspraak en een (volledige) systematische doordenking daarvan ontbreken tot op heden. Dit onderzoek beoogt hierin te voorzien.

Dat doe ik door eerst op basis van een rechtspraakanalyse te inventariseren hoe de uiterlijke verschijningsvorm (per leerstuk) wordt toegepast. Door een vergelijking van de uitkomsten van deze analyse hoop ik inzicht te verkrijgen in de overeenkomsten en verschillen bij de toepassing van de figuur (eerste gedeelte van het onderzoek). Daarmee hoop ik zowel leerstukoverstijgende eigenschappen van de figuur als eventuele inconsistenties bloot te leggen. Vervolgens probeer ik de figuur te begrijpen door na te gaan bij welke strafrechtelijke theorie en dogmatiek de figuur aansluit (tweede gedeelte van het onderzoek). Op deze wijze beoog ik een bijdrage te leveren aan de systematisering en betekenisverlening van de uiterlijke verschijningsvorm.

5 RECHTSPRAAKANALYSE

Het eerste gedeelte van mijn onderzoek bestaat uit een analyse van alle gepubliceerde uitspraken van de Hoge Raad waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt. Het gaat dan om uitspraken tussen 1978 (toen de term voor

het eerst opdook in het *Cito*-arrest) en 1 juli 2019.[155] Zie voor een toelichting op deze selectie van uitspraken paragraaf 5.2.

5.1 Werkwijze

Eerst heb ik per leerstuk in kaart gebracht welk gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm is gemaakt, wat – daaruit voortvloeiend – de rol is van de uiterlijke verschijningsvorm en hoe de uiterlijke verschijningsvorm wordt ingevuld.[156] Vervolgens heb ik de uitkomsten – op diezelfde punten – met elkaar vergeleken om zo overeenkomsten en verschillen bloot te leggen. De uitkomsten hiervan heb ik verwerkt en beschreven in de hoofdstukken 2 tot en met 7 van dit boek. De uitkomsten vormden aanleiding om de rechtspraak van de Hoge Raad bij de verschillende leerstukken ook nog vanuit een ander gezichtspunt met elkaar te vergelijken, om zo nader inzicht te verkrijgen in een aantal van de door mij geconstateerde verschillen (hoofdstuk 8). Ik licht dit in paragraaf 6 nader toe.

Om het gebruik, de rol en de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm in kaart te brengen, heb ik bij alle geselecteerde arresten van de Hoge Raad een standaardvragenlijst ingevuld. Deze vragenlijst is opgenomen in Bijlage 1.

De vragenlijst is als volgt tot stand gekomen. Op basis van een eerste verkenning van de literatuur over de uiterlijke verschijningsvorm heb ik een eerste vragenlijst opgesteld. Naast de door Van Kessel genoemde punten waarop het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm tussen de leerstukken zou verschillen (plaats in het beslissingsmodel van artikel 350 Sv, de rol van de uiterlijke verschijningsvorm, het object van de uiterlijke verschijningsvorm, en de verbondenheid met de objectieve of subjectieve zijde van het strafbare feit),[157] heb ik me gericht op de invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm. Ik heb daarbij niet alleen de vraag gesteld welke omstandigheden worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm, maar ook om wat voor soort omstandigheden het gaat – objectieve of subjectieve. Voor dit laatste punt is immers veel aandacht in de literatuur (zie paragraaf 3). Dit punt is bovendien relevant voor de plaatsing van de uiterlijke verschijningsvorm in de dogmatiek. Over het algemeen wordt in de dogmatiek ten aanzien van een aantal van de hiervoor genoemde leerstukken (poging, opzet, strafbare voorbereiding) immers een onderscheid gemaakt tussen een objectieve en een

155 Tussen 1 juli 2019 en 1 juli 2020 – toen dit boek gereed werd gemaakt voor de drukker – zijn vijf uitspraken van de Hoge Raad verschenen waarin de uiterlijke verschijningsvorm voorkomt. Het gaat om HR 17 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1358; HR 8 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1550; HR 12 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1736, *NJ* 2020/36, m.nt. Jörg; HR 2 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:975, *NJ* 2020/244; en HR 23 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1093. Deze uitspraken zijn in lijn met de door mij gemaakte analyse.

156 Zie voor een toelichting op de termen 'gebruik', 'rol' en 'invulling' par. 8.

157 Van Kessel 2012, zie ook par. 3.6.

subjectieve benadering. Of gebruik wordt gemaakt van objectieve of subjectieve omstandigheden (of beide) kan dus aanwijzingen opleveren over bij welke theorie de uiterlijke verschijningsvorm aansluit. Omdat er onduidelijkheid bestaat over de 'criteriumfiguur' heb ik hierover eveneens een vraag opgenomen. Breed gedeeld werd in de literatuur dat de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm per delict(type) verschilt.[158] Om dat te verifiëren heb ik bij ieder arrest bekeken welk delict ten laste was gelegd en wat voor delict dat was (formeel/materieel, gevaarzetting/krenking, commissie/omissie).[159]

Aan de hand van deze eerste vragenlijst heb ik per leerstuk een aantal arresten bestudeerd.[160] Het ging daarbij (per leerstuk) in ieder geval om het oudste en op dat moment jongste arrest en een aantal tussenliggende arresten, die ik had uitgekozen omdat zij in de literatuur als een 'richtinggevend', 'belangrijk' of 'standaard' arrest zijn aangemerkt. Dat heeft geleid tot enkele aanvullingen en aanpassingen van de vragenlijst. Zo is een vraag toegevoegd over de verhouding tussen de omstandigheden, omdat in een aantal bestudeerde arresten door de Hoge Raad meer omstandigheden werden genoemd dan door het gerechtshof, terwijl de Hoge Raad niet casseerde. Dit kan er op duiden dat sommige omstandigheden 'belangrijker' zijn dan anderen. Ook heb ik een vraag opgenomen over contra-indicaties. Zij worden weliswaar alleen bij het voorwaardelijk opzet als zodanig genoemd, maar ook in de jurisprudentie over poging en noodweer(exces) leken 'tegenaanwijzingen' te bestaan. Verder heb ik de vraag toegevoegd of andere delictsbestanddelen bewezen waren, omdat er in een aantal van de bestudeerde arresten een wisselwerking leek te bestaan tussen verschillende bestanddelen.

5.2 Selectie van uitspraken

Wie op rechtspraak.nl de zoekterm 'uiterlijke verschijningsvorm' invoert en de zoekslag beperkt tot uitspraken die zijn verschenen tot 1 juli 2019, krijgt 5268 resultaten. Wie zijn zoekslag verder beperkt tot het rechtsgebied strafrecht krijgt 4563 resultaten. Vanwege deze enorme omvang van het aantal uitspraken waarin de term 'uiterlijke verschijningsvorm' voorkomt, heb ik een beperking moeten aanbrengen in het aantal uitspraken dat ik zou analyseren. Ik heb er daarbij voor gekozen om mij te beperken tot de rechtspraak van de Hoge Raad. Ik had er wellicht ook voor kunnen kiezen om mij te beperken tot rechtspraak uit een bepaalde periode, maar daarmee zou de ontwikkeling die de figuur

158 Dit geldt m.n. ten aanzien van de literatuur bij poging en voorwaardelijk opzet; zie par. 3.1.1 en 3.2.

159 Ik heb me daarbij – voor zover mogelijk – mede gebaseerd op hoe het delict in de literatuur wordt aangemerkt. Zie o.a. De Hullu 2018, p. 73-79 en 405-407; Knigge & Wolswijk 2015, p. 73-76 en 228-229; Kelk & De Jong 2019, p. 61-63 en 416-417; T&C Sr en de annotaties bij de bestudeerde arresten.

160 Vijf, voor zover op dat moment beschikbaar.

van de uiterlijke verschijningsvorm (mogelijk) heeft doorgemaakt uit beeld verdwijnen.[161] Bovendien zou het niet eenvoudig zijn een goede periode af te bakenen, nu de ontwikkeling van de uiterlijke verschijningsvorm bij de verschillende leerstukken op een ander moment heeft plaatsgevonden. Daar komt bij dat in de lagere rechtspraak ook met enige regelmaat gebruik wordt gemaakt van de figuur van uiterlijke verschijningsvorm bij onderwerpen waar de Hoge Raad die figuur niet gebruikt. De waarde van bestudering van die rechtspraak is in zoverre beperkt dat onduidelijk is in hoeverre die toepassingen van de uiterlijke verschijningsvorm ook door de Hoge Raad zullen worden overgenomen.

Er zijn bovendien goede redenen om me te richten op de rechtspraak van de Hoge Raad. De Hoge Raad is degene die de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm in de strafrechtelijke jurisprudentie heeft geïntroduceerd en daar invulling aan heeft gegeven. De rechtspraak van de Hoge Raad is bovendien (veelal) richtinggevend voor de feitenrechter.[162] Daar komt bij dat als ergens een systematiek in de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm gevonden zou kunnen worden, dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad zou moeten zijn. Een van de taken van de Hoge Raad is immers om de rechtseenheid te bewaken.[163] Tot slot geldt dat ook in de literatuur over de uiterlijke verschijningsvorm met name aandacht is voor de jurisprudentie van de Hoge Raad. Daar waar bijdragen zien op een analyse van de lagere rechtspraak, leidt dat al snel tot de oproep aan de Hoge Raad om meer duidelijkheid te bieden.[164]

Overigens zal de lagere rechtspraak niet geheel uit het oog worden verloren. In hoofdstuk 6 zal (signalerend/verkennend) enige aandacht zijn voor onderwerpen waarbij de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm niet wordt gebruikt door de Hoge Raad, maar wel in de lagere rechtspraak een rol krijgt toebedeeld. Ik heb deze arresten gevonden door passages uit arresten van gerechtshoven die in uitspraken van de Hoge Raad of conclusies van zijn advocaten-generaal (AG's) werden geciteerd. De Hoge Raad nam dit gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm in zijn uitspraak echter niet over. De reden waarom ik enige aandacht aan deze rechtspraak besteed, is dat het een beeld

161 Omdat ik ergens moest stoppen, heb ik de rechtspraak bijgewerkt tot 1 juli 2019. Zoals in een vorige voetnoot toegelicht zijn er tussen 1 juli 2019 en 1 juli 2020 – toen dit boek gereed werd gemaakt voor de drukker – vijf uitspraken van de Hoge Raad verschenen waarin de uiterlijke verschijningsvorm voorkomt. Deze uitspraken zijn in lijn met de door mij gemaakte analyse.

162 Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 970. Volgens De Bont & Van Schendel is met de ruime toepassing van de selectie aan de poort op grond van artikel 80a RO door de strafkamer van de Hoge Raad bewerkstelligd dat de nadruk meer op het leidinggeven aan de rechtsontwikkeling is komen te liggen. Volgens hen wordt daarmee beoogd 'een voor de rechtswetenschap en praktijk nuttige bijdrage te leveren, die zo veel mogelijk houvast geeft voor meer zaken dan de voorliggende'; zie De Bont & Van Schendel 2018.

163 Van Dorst 2015, p. 181.

164 Zie bijv. Van Sliedregt 2010, p. 896.

geeft van (toekomstige) toepassingsmogelijkheden van de uiterlijke verschijningsvorm. Nu de uiterlijke verschijningsvorm zich eerder heeft 'verspreid' binnen het strafrecht, is niet uitgesloten dat de figuur in de toekomst door de Hoge Raad ook nog bij andere leerstukken wordt gebruikt. Bij mijn Slotbeschouwingen zal ik daarom ook ingaan op de vraag bij welke leerstukken de uiterlijke verschijningsvorm in de toekomst zou kunnen worden toegepast. Ik zal deze lagere rechtspraak echter niet volledig uitdiepen. Dit zou het vinden van een onderliggende systematiek bemoeilijken, terwijl het niet overnemen van het gebruik door de Hoge Raad als een signaal kan worden opgevat dat de Hoge Raad (voorlopig) geen rol voor de uiterlijke verschijningsvorm ziet weggelegd op de betreffende terreinen. Een verkennende bespreking is voldoende om een beeld te krijgen van eventuele andere toepassingsmogelijkheden van de uiterlijke verschijningsvorm in de lagere rechtspraak. Daarnaast wordt in de hoofdstukken 2-5 een enkele keer verwezen naar een uitspraak van de feitenrechter ter (verdere) illustratie.

5.2.1 Selectie van relevante uitspraken van de Hoge Raad

Ik heb mij in dit onderzoek gericht op gepubliceerde rechtspraak van de Hoge Raad. Op rechtspraak.nl heb ik aan de hand van de zoekterm 'uiterlijke verschijningsvorm' de rechtspraak doorzocht. Ik heb mij daarbij beperkt tot het rechtsgebied 'strafrecht'. Aanvankelijk had ik mij beperkt tot uitspraken van de Hoge Raad waarin de term voorkomt. Al snel heb ik evenwel ook conclusies van AG's bij de Hoge Raad waarin de term 'uiterlijke verschijningsvorm' voorkwam bij mijn analyse betrokken, omdat zo ook uitspraken betrokken konden worden waarin de Hoge Raad de klacht op grond van een beperkte motivering[165] of met toepassing van artikel 80a of 81 RO heeft afgedaan. Dit leverde in totaal 617 resultaten (143 uitspraken en 474 conclusies[166]) op.

5.2.2 Beperking van bestudering cassatierechtspraak: toetsing in cassatie is beperkt

De toetsing door de Hoge Raad in cassatie is beperkt. Een onderscheid moet worden gemaakt tussen het domein van het recht – waar de lagere rechter onder rechtstreeks toezicht staat van de Hoge Raad – en het domein van de feiten – waar de feitenrechter in principe 'soeverein' is.[167] Dit betekent dat de feitenrechter de feiten vaststelt en uitlegt. De controle die daarop door de Hoge Raad kan worden uitgeoefend is beperkt. Dat neemt niet weg dat de

165 In deze uitspraken heeft de Hoge Raad niet zelf de term 'uiterlijke verschijningsvorm' gebruikt, maar bijvoorbeeld wel de overweging van het gerechtshof waarin deze term voorkomt getoetst.

166 Een aantal van deze conclusies hoort bij een uitspraak van de Hoge Raad waarin de uiterlijke verschijningsvorm eveneens voorkomt.

167 Van Dorst 2015, p. 189.

Hoge Raad feitelijke beslissingen wel op begrijpelijkheid kan toetsen. Via deze 'begrijpelijkheidstoets' heeft de Hoge Raad een zekere grip op de feitenvaststelling. Die grip is wel beperkt, omdat de Hoge Raad in de regel alleen ingrijpt wanneer een oordeel volstrekt onbegrijpelijk is.[168] Voor dit onderzoek is dat evenwel geen bezwaar. Door de analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad komen juist de grenzen van de uiterlijke verschijningsvorm in beeld. Daarbij moet worden bedacht dat de oordelen ten aanzien van poging, voorwaardelijk opzet, voorbereiding en noodweer gemengde oordelen zijn. Zij bevatten telkens ook een juridische component.[169] Die juridische component kan door de Hoge Raad vol worden getoetst. De uitspraken van de Hoge Raad bieden zo bij uitstek inzicht in de gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm mag (of volgens de Hoge Raad moet) worden gebruikt.

In de door mij geanalyseerde rechtspraak van de Hoge Raad wordt met enige regelmaat in aan de beoordeling van de middelen voorafgaande overwegingen ingegaan op de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm.[170] Ook geeft de Hoge Raad met enige regelmaat een opsomming van de omstandigheden die hij (in het bijzonder) in aanmerking heeft genomen. Op deze wijze kan inzicht worden verkregen in de gevallen waarin de Hoge Raad een rol ziet voor de uiterlijke verschijningsvorm en welke omstandigheden relevant (of zelfs doorslaggevend) zijn voor de uiterlijke verschijningsvorm. Ook vergelijkingen tussen uitspraken kunnen hierin inzicht geven. De in het onderzoek betrokken rechtspraak van de Hoge Raad biedt mijns inziens dus voldoende aanknopingspunten om uitspraken te kunnen doen over de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm.

Een bijzondere voorzichtigheid is aangewezen bij de analyse van uitspraken waarin de Hoge Raad de klacht in cassatie heeft afgedaan met toepassing van artikel 80a of 81 RO. Artikel 80a RO stelt de Hoge Raad in staat om het cassatieberoep niet-ontvankelijk te verklaren als de partij die het cassatieberoep heeft ingesteld klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft bij het cassatieberoep of omdat de klachten niet tot cassatie kunnen leiden. Artikel 81 RO biedt de Hoge Raad de mogelijkheid om in gevallen waarin de aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, met dat oordeel te volstaan. Dat de klacht niet tot cassatie leidt, hoeft in dergelijke gevallen dus nog helemaal niet te betekenen dat het gerechtshof het (volledig) goed heeft gedaan. Bedacht moet evenwel worden dat wanneer het gerechtshof echt niet tot zijn oordeel had kunnen komen dat sprake was van een begin van uitvoering (poging), voorwaardelijk opzet, dat de voorwerpen bestemd waren tot het misdrijf (voorbereiding) of dat geen sprake was van verdediging (noodweer(exces)), dit het verschil maakt tussen een veroordeling of vrijspraak

168 Van Dorst 2015, p. 217.
169 Vgl. Van Dijk 2017, p. 26.
170 Vgl. De Bont & Van Schendel 2018.

of ontslag van alle rechtsvervolging. We mogen er om die reden dus wel van uitgaan dat in gevallen waarin de Hoge Raad een zaak waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in de hier bestudeerde gevallen afdoet met toepassing van de artikelen 80a en 81 RO, in de zaak in ieder geval voldoende omstandigheden aanwezig zijn om dat oordeel te kunnen dragen. De conclusie van de AG kan bij het betreffende arrest een beeld geven van de omstandigheden die daarvoor (mogelijk) relevant zijn. De 80a- en 81 RO-uitspraken geven dus wel enig inzicht in (de grenzen van) de uiterlijke verschijningsvorm. Gelet op de voorzichtigheid die evenwel moet worden betracht bij het verbinden van conclusies aan uitspraken waarin de Hoge Raad artikel 80a of artikel 81 RO toepast, spelen deze uitspraken in mijn onderzoek een beperkte rol. Zij worden slechts aangehaald ter ondersteuning van een bevinding uit een ander arrest of wanneer zij door vergelijking met een andere uitspraak van de Hoge Raad extra inzicht kunnen bieden.

Eveneens is van belang dat de (cassatie)rechtspraak in ontwikkeling is en naar we mogen aannemen ook zal blijven. Ik hoop dat mijn bevindingen bijdragen aan het geven van inzicht in de richting waarin die ontwikkeling zich begeeft en verder richting kan geven aan die ontwikkeling, maar zij moeten niet worden gezien als het vaststaande eindpunt van de jurisprudentie.

5.2.3 Beperking tot de leerstukken poging, (voorwaardelijk) opzet, voorbereiding en noodweer(exces)

De beperking tot de jurisprudentie van de Hoge Raad, betekent ook dat dit onderzoek zich met name richt op de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm bij de algemene leerstukken poging, (voorwaardelijk) opzet, voorbereiding en noodweer(exces). Bij die leerstukken wordt de figuur uiterlijke verschijningsvorm immers (met enige regelmaat) gebruikt door de Hoge Raad.

In de lagere rechtspraak wordt de uiterlijke verschijningsvorm ook in een aantal andere gevallen gebruikt. Zoals al aangegeven, zal ik in hoofdstuk 6 (signalerend/verkennend) wel enige aandacht besteden aan deze andere 'verschijningsvormen' van de uiterlijke verschijningsvorm.

5.2.4 Beperkte beschikbaarheid van arresten

Met name bij voorbereiding en noodweer is slechts een beperkt aantal uitspraken van de Hoge Raad beschikbaar. Ook bij poging en voorwaardelijk opzet geldt dat bij sommige gronddelicten[171] slechts een of twee uitspraken van de Hoge Raad beschikbaar zijn. Dat maakt het moeilijk om direct algemene/generieke conclusies aan die uitspraken te verbinden, met name over de invulling die aan de uiterlijke verschijningsvorm wordt gegeven. Dat neemt

171 Zie over de betekenis van dit begrip par. 8.

niet weg dat de analyse van die uitspraken en het in beeld brengen van de omstandigheden die in die uitspraken aan de orde zijn – door ze vervolgens te vergelijken met bevindingen uit andere uitspraken – wel nader inzicht kunnen verschaffen in de (invulling die wordt gegeven aan de) figuur van de uiterlijke verschijningsvorm bij het betreffende leerstuk. Om die reden zal ik dus ook in gevallen waarin er maar één of een beperkt aantal uitspraken beschikbaar is, mijn bevindingen omtrent die uitspraak geven.

5.2.5 Literatuur

Het eerste gedeelte van mijn onderzoek betreft een analyse van de rechtspraak. De literatuur zal daarin een ondergeschikte rol spelen. Wel zal ik beschrijven in hoeverre mijn bevindingen steun vinden in bestaande literatuur of daar juist van afwijken. Dit doe ik met name via voetnoten, om zo te voorkomen dat mijn analyse wordt onderbroken. Omdat mijn onderzoek zich richt op de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm, heb ik mij met name gericht op de literatuur die dateert van na de introductie van de uiterlijke verschijningsvorm in de jurisprudentie van de Hoge Raad (bij het betreffende leerstuk) en literatuur die specifiek betrekking heeft op de uiterlijke verschijningsvorm.

5.3 Vergelijking tussen de leerstukken

Na mijn rechtspraakanalyse per leerstuk, volgt een vergelijking tussen de leerstukken (hoofdstuk 7). In dat hoofdstuk zal blijken dat de uiterlijke verschijningsvorm een aantal leerstukoverstijgende eigenschappen heeft, maar ook dat er enkele verschillen bestaan tussen hoe de figuur wordt toegepast bij de verschillende leerstukken. Om beter inzicht te krijgen in deze verschillen, zal ik in hoofdstuk 8 vanuit een ander gezichtspunt deze verschillen belichten. Dat doe ik door de situatie te bestuderen waarin de uiterlijke verschijningsvorm in één zaak in het kader van meerdere leerstukken wordt gebruikt. Door de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm bij de verschillende leerstukken op deze manier 'naast elkaar' te leggen, wordt niet alleen meer inzicht verkregen op welke punten de toepassingen precies verschillen, maar ook hoe de leerstukken zich tot elkaar verhouden. De hoofdstukken 7 en 8 vormen de afsluiting van het eerste gedeelte van mijn onderzoek (rechtspraakanalyse), maar zij zijn ook de opmaat naar het tweede gedeelte, de plaatsing van de uiterlijke verschijningsvorm in de strafrechtelijke dogmatiek. Ik beschreef in paragraaf 4 al dat deze plaatsing belangrijk is voor het kunnen begrijpen van de uiterlijke verschijningsvorm, het kunnen systematiseren van de figuur en het overzien van de consequenties van de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm voor de grenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid en het bepalen van de grenzen van de toepassingsmogelijkheden van de uiterlijke verschijningsvorm.

6 Plaatsing in de dogmatiek

Ik heb me afgevraagd of de leerstukoverstijgende eigenschappen van de uiterlijke verschijningsvorm uit hoofdstuk 7 aansluiten bij een bepaalde theorie. Ik ben daarbij terechtgekomen bij de finale handelingsleer.[172] In hoofdstuk 8 blijkt bovendien dat het bij de uiterlijke verschijningsvorm in de kern draait om enerzijds de gedraging, het opzet (de intentie) van de verdachte en de verhouding daartussen en anderzijds om bewijs. Dit zijn drie elementen die eveneens de kern vormen van de finale handelingsleer. Ik heb dus verschillende aanwijzingen dat de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de finale handelingsleer. De door mij in hoofdstuk 7 geconstateerde verschillen roepen echter twijfels op (die in hoofdstuk 8 niet worden weggenomen) over of de finale handelingsleer wel volledig is omarmd en of wel steeds dezelfde finale leer wordt gevolgd.

Tegen deze achtergrond onderzoek (verifieer) ik in het tweede gedeelte van mijn onderzoek of de uiterlijke verschijningsvorm kan worden geplaatst in de finale handelingsleer en wat dat betekent voor de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm. Mijn doel is daarbij niet om de finale handelingsleer op zijn merites te beoordelen (daarover zijn proefschriften vol te schrijven). Mijn doel is om te onderzoeken of de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm binnen die leer kan worden geplaatst, om zo een bijdrage te leveren aan de systematisering van de uiterlijke verschijningsvorm. Voordat ik (in hoofdstuk 10) inga op of de uiterlijke verschijningsvorm kan worden geplaatst in de finale handelingsleer, zal ik (in hoofdstuk 9) eerst bespreken wat de finale handelingsleer inhoudt. In de (beperkte) Nederlandse literatuur over de finale handelingsleer[173] lijkt namelijk niet altijd goed voor ogen te staan dat binnen de finale handelingsleer verschillende 'stromingen' bestaan en dat de (materieelrechtelijke) finale handelingsleer moet worden onderscheiden van finale bewijsvoering. Omdat de nadruk ligt op de beoordeling of de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de finale handelingsleer en niet op alle verschillende opvattingen, lezingen en waarderingen die dienaangaande bestaan in de literatuur, zal ik mij bij de bespreking van de finale handelingsleer beperken tot het werk van twee auteurs: Welzel[174] en Peters.[175] Ik heb gekozen voor deze auteurs om een aantal redenen. De eerste reden is dat in de (beperkte) Nederlandse literatuur steevast naar hun werk wordt verwezen. Zij gelden als de 'grondleggers' van de finale handelingsleer (in Nederland) en hun werk is in Nederland op dit punt het invloedrijkst geweest (zie hierover nader

172 Zoals in de paragrafen 3.1.1, 3.2 en 3.3.1 aan de orde is gekomen wordt de uiterlijke verschijningsvorm ook door verschillende andere auteurs in verband gebracht met de finale handelingsleer.

173 De finale handelingsleer heeft in de Nederlandse literatuur nooit veel voorstanders gekend. Een van de weinige uitzonderingen is Peters (zie hierna).

174 Welzel 1965, p. 29-42 en 54-73.

175 Peters 1966.

hoofdstuk 9). De tweede reden is dat, zoals gezegd, binnen de finale handelingsleer verschillende 'stromingen' bestaan, die door beschrijving van het relevante werk van Welzel en Peters inzichtelijk worden gemaakt. Want hoewel beide auteurs (in de Nederlandse literatuur) vaak in één adem worden genoemd (en de leer van Peters op een aantal punten voortbouwt op de leer van Welzel), zijn hun leren in zekere zin elkaars tegengestelde. In de leer van Welzel is namelijk het opzet leidend, terwijl in de leer van Peters de gedraging centraal staat. Deze twee leren sluiten in dat opzicht – en dat is de derde reden waarom ik voor de bespreking van deze auteurs kies – aan bij mijn bevindingen uit de rechtspraakanalyse die inhouden dat bij een aantal leerstukken de intentie en bij een aantal andere leerstukken de gedraging leidend is in het kader van de uiterlijke verschijningsvorm (zie hierover in het bijzonder hoofdstuk 8).

Naast aan deze materieelrechtelijk ingegeven theorieën zal ik aandacht besteden aan 'finale bewijsvoering'. Finale bewijsvoering is formeelrechtelijk van aard. Deze bewijsmethode is, voortbouwend op de leer van Peters, in Nederland ontwikkeld. Ik bespreek het, omdat in hoofdstuk 8 blijkt dat ook het perspectief van bewijs bij de uiterlijke verschijningsvorm een belangrijke rol speelt.

7 Opbouw van dit boek

In de *hoofdstukken 2 tot en met 5* wordt voor de leerstukken poging, (voorwaardelijk) opzet, voorbereiding en noodweer(exces) in kaart gebracht welk gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm wordt gemaakt en wat – daaruit voortvloeiend – de rol is van de figuur, evenals hoe de uiterlijke verschijningsvorm wordt ingevuld.[176] Bij de bespreking van de leerstukken houd ik een chronologische volgorde aan. Daarmee bedoel ik dat ik de oudste uitspraak van de Hoge Raad bij ieder leerstuk heb genomen en de leerstukken aan de hand van deze oudste uitspraken in chronologische volgorde heb geplaatst. Op deze wijze geeft de volgorde van de hoofdstukken ook uitdrukking aan de ontwikkeling die de figuur heeft doorgemaakt. Ik werk door deze volgorde ook van 'groot' naar 'klein'. De twee leerstukken waarover de meeste rechtspraak van de Hoge Raad te vinden is (waarin de uiterlijke verschijningsvorm voorkomt) (poging en (voorwaardelijk) opzet) worden eerst besproken, daarna volgen de twee leerstukken (voorbereiding, noodweer(exces)) ten aanzien waarvan minder jurisprudentie beschikbaar is.

De hoofdstukken richten zich op een bespreking van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm en dus niet op de bespreking van het leerstuk als zodanig. Op de uiteenlopende andere aspecten van de leerstukken wordt

176 Zie hierover ook par. 5.1.

dus niet ingegaan, tenzij dit relevant is voor de analyse van de uiterlijke verschijningsvorm. Dit betekent dat bij de lezer een bepaalde basiskennis van het betreffende leerstuk wordt verondersteld.

De hoofdstukken 2-5 zijn als volgt opgebouwd. Eerst wordt het gebruik dat wordt gemaakt van de uiterlijke verschijningsvorm besproken. Beschreven zal worden bij welke aspecten (bestanddelen) van het leerstuk de uiterlijke verschijningsvorm een rol speelt en daarbinnen welke (rechts)vraag aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm wordt beantwoord, wat het object is van de uiterlijke verschijningsvorm en bij welke vraag van het beslissingsmodel van artikel 350 Sv de uiterlijke verschijningsvorm aan de orde is.[177] Daarbij kunnen ook enkele bijzonderheden aan de orde komen, zoals een beperking van dat gebruik tot bepaalde misdrijven of de verhouding van de uiterlijke verschijningsvorm tot andere aspecten van het leerstuk. Uit het gebruik dat wordt gemaakt van de uiterlijke verschijningsvorm leid ik vervolgens af welke rol(len) (bijvoorbeeld: criterium of maatstaf) de uiterlijke verschijningsvorm heeft.

Na de bespreking van de rol van de uiterlijke verschijningsvorm, ga ik in op de invulling die aan de uiterlijke verschijningsvorm wordt gegeven. Dat wil zeggen: de omstandigheden die bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken. Omdat in de literatuur bij de poging en het (voorwaardelijk) opzet wordt gesteld dat de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm per delict-(type) verschilt (zie de paragrafen 3.1.1 en 3.2), zal ik bij die leerstukken de invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm eerst per delict(type) beschrijven. Voor de volgorde van de bespreking van de delicten, houd ik de volgorde aan waarin de Hoge Raad voor het eerst de uiterlijke verschijningsvorm gebruikte bij dat delict(type). Na de bespreking per delict-(type) zal ik nagaan of er delictoverstijgende omstandigheden in de jurisprudentie van de Hoge Raad zijn aan te wijzen.

Ik heb ervoor gekozen om de uitspraken steeds eerst te beschrijven en de belangrijkste overwegingen weer te geven en daarna te analyseren. Dit komt zowel de leesbaarheid als de controleerbaarheid ten goede. De beschrijving van de uitspraken en de weergave van de relevante overwegingen, maken voor de lezer inzichtelijk waar ik mij op baseer en stellen hem of haar in staat mijn bevindingen naast die uitspraken te leggen. Door de uitspraken eerst afzonderlijk weer te geven, wordt voorkomen dat mijn betoog onderbroken moet worden voor een beschrijving van een relevante uitspraak. Het voorkomt ook dat de inhoud van uitspraken versnipperd wordt weergegeven.
Bij voorbereiding en noodweer(exces) bespreek ik, vanwege het beperkt aantal uitspraken, de uitspraken niet afzonderlijk per delict(type). Ik heb er bij die hoofdstukken voor gekozen de beschrijving van de uitspraken en de weergave van de relevante overwegingen helemaal vooraan in het hoofdstuk op te

177 Zie voor de verantwoording van de keuze van deze onderwerpen par. 5.1.

nemen, om zo herhaling van steeds dezelfde overwegingen in de tekst te voorkomen.

Bij de weergave van de uitspraken merk ik op dat ik me daarbij heb beperkt tot de voor mijn onderzoek relevante onderdelen van die uitspraken. In een heel aantal uitspraken komen ook andere onderwerpen aan de orde. Die heb ik buiten beschouwing gelaten.

In *hoofdstuk 6* bespreek ik de andere 'verschijningsvormen' van de uiterlijke verschijningsvorm. In dit hoofdstuk wordt kort geschetst bij welke andere onderwerpen de uiterlijke verschijningsvorm in de lagere rechtspraak nog meer wordt gebruikt. Nu mijn onderzoek zich richt op de rechtspraak van de Hoge Raad, heeft dit hoofdstuk meer een signalerende functie.[178] Ik laat de hier gesignaleerde toepassingen in mijn onderzoek verder buiten beschouwing. Wel zal ik in mijn Slotbeschouwingen ingaan op de vraag in hoeverre het gebruik dat in de lagere rechtspraak van de uiterlijke verschijningsvorm wordt gemaakt bij deze andere onderwerpen, vanuit systematisch oogpunt bezien, moet worden voortgezet (en overgenomen door de Hoge Raad).

Na de beschrijving van de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm bij de verschillende leerstukken, volgt in *hoofdstuk 7* een vergelijking tussen de leerstukken. Die vergelijking wordt gemaakt aan de hand van de onderwerpen die ook in de hoofdstukken 2-5 steeds aan de orde zijn gekomen. Ik houd daarbij dezelfde volgorde van bespreking aan en hanteer dezelfde kopjes, zodat de lezer aan de hand daarvan de betreffende verhandeling per leerstuk in de hoofdstukken 2-5 gemakkelijk terug kan vinden. Dat wil zeggen dat ik begin met de bespreking van de verschillende aspecten van het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm en de daaruit af te leiden rol en vervolgens inga op de invulling die aan de figuur wordt gegeven.

Om beter inzicht te krijgen in een aantal verschillen die ik in hoofdstuk 7 constateer, belicht ik die verschillen in *hoofdstuk 8* vanuit een ander gezichtspunt. Dat doe ik door de situatie te bestuderen waarin de uiterlijke verschijningsvorm in één zaak in het kader van meerdere leerstukken wordt gebruikt.[179] De hoofdstukken 7 en 8 vormen de afsluiting van het eerste gedeelte van mijn onderzoek (rechtspraakanalyse), maar zij zijn ook de opmaat naar het tweede gedeelte, de plaatsing van de uiterlijke verschijningsvorm in de strafrechtelijke dogmatiek. De hoofdstukken 7 en 8 leveren namelijk een aantal aanwijzingen op dat de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de finale handelingsleer. In het tweede gedeelte van dit boek onderzoek (verifieer) ik deze stelling. Daartoe zet ik eerst in *hoofdstuk 9* (op hoofdlijnen) uiteen wat de finale handelingsleer (van Welzel en Peters) inhoudt.[180]

In *hoofdstuk 10* toets ik vervolgens of de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de finale handelingsleer. Dat doe ik eerst per leerstuk, omdat de verschillen-

178 Dit is toegelicht in par. 5.2.
179 Dit is toegelicht in par. 5.3.
180 Dit is toegelicht in par. 6.

de leerstukken verschillende aspecten van de finale handelingsleer betreffen (opzet, handeling, bewijs) en niet bij ieder leerstuk dezelfde finale handelingsleer lijkt te worden gevolgd. Ik houd daarbij een iets andere volgorde van bespreking aan. Ik begin met het opzet, omdat het opzet een centrale plaats heeft in de finale handelingsleer. Bovendien bespreek ik per leerstuk eerst de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm en daarna pas het gebruik en de rol. Als de invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm al niet aansluit bij de finale handelingsleer, heeft het immers geen zin meer om nog naar het gebruik en de rol van de uiterlijke verschijningsvorm – die iets zeggen over de mate waarin die leer (bewust of onbewust) leidend is bij het betreffende leerstuk – te kijken.

Dit boek eindigt met *Slotbeschouwingen*, waarin ik tevens aanbevelingen zal doen. Zoals eerder in dit hoofdstuk al aan de orde kwam beoog ik met mijn onderzoek bij te dragen aan de duiding en systematisering van de uiterlijke verschijningsvorm. Dat betekent dat mijn aanbevelingen ook uitsluitend daarop zijn gericht. Ik zal dus niet de finale handelingsleer of de lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad die door mij is blootgelegd op zijn merites beoordelen. Dit betekent ook dat ik de toepassing van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm als zodanig niet ter discussie stel.[181] Ik neem de lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad tot uitgangspunt en richt mijn aanbevelingen op het oplossen van eventuele onduidelijkheden en inconsistenties.

Ik heb ernaar gestreefd de hoofdstukken zo op te stellen dat zij ook zelfstandig leesbaar zijn. Daarbij heb ik veelvuldige verwijzingen naar passages in eerdere hoofdstukken willen vermijden. Dit betekent dat de lezer die dit proefschrift in zijn geheel tot zich neemt, een aantal keer zal stuiten op een korte herhaling van bevindingen uit een vorig hoofdstuk.

8 Enkele opmerkingen over de gebruikte terminologie

Hiervoor sprak ik al een aantal keer over de 'figuur' van de uiterlijke verschijningsvorm. Ik heb voor deze term gekozen omdat bij de aanvang van dit onderzoek nog geen helder beeld bestaat over wat de uiterlijke verschijningsvorm 'is'.

In dit boek komt een aantal keer de term 'gronddelict' of 'grondmisdrijf' voor. Daarmee wordt gedoeld op het in de tenlastelegging opgenomen strafbare feit dat de verdachte poogde te plegen, dat hij voorbereidde respectievelijk

181 Over deze onderwerpen zijn afzonderlijke proefschriften te schrijven. Een dergelijke beoordeling, die ook zeker als vervolg op deze analyse, de moeite waard is, vergt een heel andere benadering en methode dan in dit onderzoek wordt gehanteerd. Ik meen dat de analyse die ik heb uitgevoerd een goede en noodzakelijke basis vormt voor een (verdere) discussie over deze onderwerpen.

waarvan hij beschuldigd wordt maar ten aanzien waarvan hij zich beroept op noodweer(exces).

Vaak wordt in het strafrecht gesproken over '(redengevende) feiten en omstandigheden', waarbij het onderscheid tussen wat 'feiten' en wat 'omstandigheden' zijn niet altijd helder is. Om die reden zal ik geen onderscheid tussen beide maken. In dit boek zal ik steeds de termen 'omstandigheid' en 'omstandigheden' gebruiken, waaronder ik beide versta. Ik heb gekozen voor deze termen en niet voor de woorden 'feit' en 'feiten' omdat die termen ook kunnen verwijzen naar het strafbare feit.

Ik gebruik de termen 'gedraging' en 'handeling' in dit boek door elkaar. Bij de bespreking van de uiterlijke verschijningsvorm gebruik ik de termen 'gebruik', 'rol', 'invulling' en 'toepassing'. Met de term 'gebruik' doel ik op welke (rechts)vraag aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm wordt beantwoord, in welke gevallen de uiterlijke verschijningsvorm daarbij wordt gebruikt, wat het object is van de uiterlijke verschijningsvorm en bij welke vraag van het beslissingsmodel van artikel 350 Sv de uiterlijke verschijningsvorm aan de orde is. Uit het gebruik dat wordt gemaakt van de uiterlijke verschijningsvorm leid ik vervolgens af welke rol(len). Daarmee doel ik op of de uiterlijke verschijningsvorm bijvoorbeeld een methode, criterium of handvat is. Het gaat dus om een duiding van het gebruik. Met 'invulling' doel ik op de omstandigheden die bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken. De term 'toepassing' gebruik ik overkoepelend. Ik doel daarmee op het gebruik, de rol en de invulling.

In verband met de leesbaarheid heb ik alle uitspraken (die ik wat uitvoeriger bespreek) en die (nog) geen roepnaam hebben, zelf een roepnaam gegeven. Dit voorkomt veelvuldige (uitvoerige) verwijzingen. Achter in dit boek is een roepnamenregister opgenomen.

2 Strafbare poging

> '[D]eze 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.'[1]

1 Inleiding

De poging (artikel 45 Sr) is het eerste leerstuk waarbij de Hoge Raad de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm toepast. De figuur wordt bij dit leerstuk geïntroduceerd in 1978, in het *Cito*-arrest.[2] De '*Cito*-formule' verschijnt in de jaren daarna in tientallen uitspraken van de Hoge Raad over de poging. De Hoge Raad zelf spreekt over 'bestendige rechtspraak'.[3]

In dit hoofdstuk bespreek ik de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad bij de poging. Ik zal eerst ingaan op het gebruik dat van de uiterlijke verschijningsvorm wordt gemaakt (paragraaf 2). Daaruit zal ik afleiden wat de rol van de uiterlijke verschijningsvorm bij dit leerstuk is. Vervolgens zal ik ingaan op de invulling die aan de uiterlijke verschijningsvorm wordt gegeven (paragraaf 3). Aan het eind van dit hoofdstuk (paragraaf 4) breng ik mijn bevindingen samenvattend bijeen.

2 Gebruik en de daaruit af te leiden rol van de uiterlijke verschijningsvorm

Van strafbare poging is op grond van artikel 45 Sr sprake 'wanneer het voornemen van de dader zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard'.

De figuur van de uiterlijke verschijningsvorm heeft blijkens mijn analyse bij de strafbare poging in ieder geval een rol bij het bestanddeel 'begin van uitvoering'. In paragraaf 2.1 ga ik in op het gebruik dat in het kader van dit bestanddeel wordt gemaakt van de uiterlijke verschijningsvorm.

---

1 HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, *NJ* 1979/52, m.nt. Van Veen (*Cito*).
2 HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, *NJ* 1979/52, m.nt. Van Veen. Voor een beschrijving van de voorgeschiedenis wordt verwezen naar hfdst. 1, par. 2.
3 HR 2 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2806, *NJ* 2002/187 (*Liefdesbrieven*).

Minder duidelijk is of de uiterlijke verschijningsvorm ook wordt gebruikt in het kader van de ondeugdelijke poging en zo ja, wat de rol van de uiterlijke verschijningsvorm dan precies is. De jurisprudentie van de Hoge Raad is op dit punt niet eenduidig. De verschillende manieren waarop de rechtspraak van de Hoge Raad over de ondeugdelijke poging kan worden geïnterpreteerd, bespreek ik in paragraaf 2.2.

In paragraaf 2.3 sta ik kort stil bij het gebruik dat wordt gemaakt van de uiterlijke verschijningsvorm bij het bestanddeel 'voornemen' van artikel 45 Sr. Op dit onderwerp wordt uitvoeriger ingegaan in hoofdstuk 3.

Omdat ik één uitspraak ben tegengekomen die in die richting lijkt te wijzen, bespreek ik in paragraaf 2.4 of de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad wordt gebruikt bij de beantwoording van de vraag of een poging reeds is voltooid (afbakening onvoltooide en voltooide poging).

Tot slot ga ik in paragraaf 2.5 in op de vraag of de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van vrijwillige terugtred (artikel 46b Sr). Dat doe ik, omdat ik tijdens mijn analyse van de pogingsjurisprudentie verschillende uitspraken van de Hoge Raad ben tegengekomen waarin de belangrijkste vraag in cassatie was of sprake was van vrijwillige terugtred.

2.1 Bestanddeel 'begin van uitvoering'

2.1.1 De te beantwoorden vraag: Is sprake van 'begin van uitvoering' in de zin van artikel 45 Sr?

2.1.1.1 Begin van uitvoering

In het *Cito*-arrest overwoog de Hoge Raad:

> '[D]at 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.'[4]

De Hoge Raad gebruikt de uiterlijke verschijningsvorm in deze overweging bij de beantwoording van de vraag of sprake is van 'begin van uitvoering' als bedoeld in artikel 45 Sr. In de meeste van de door mij bestudeerde uitspraken over poging wordt de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt bij dit bestanddeel. Daarbij wordt de hiervoor weergegeven *Cito*-formule steeds herhaald.

4 HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, *NJ* 1979/52, m.nt. Van Veen.

2.1.1.2 Gerichtheid op het misdrijf en gerichtheid op voltooiing

In het *Cito*-arrest voerden de verdachten als verweer dat zij op het moment dat zij aangehouden werden nog slechts met een 'generale repetitie' bezig waren. De vraag die in dit arrest centraal stond was dan ook of sprake was van begin van uitvoering of dat nog slechts sprake was van (destijds niet strafbare) voorbereidingshandelingen.[5] Ook in verschillende andere uitspraken werd in cassatie aangevoerd dat de activiteiten van de verdachte nog niet een dusdanig stadium hadden bereikt dat al kon worden gesproken van poging (maar nog slechts van voorbereiding).[6] In deze uitspraken was niet zozeer de vraag of de verdachten met een misdrijf bezig waren (dat ze niet veel goeds in de zin hadden was wel duidelijk), maar vooral of zij ver genoeg waren gevorderd om de gedraging als 'begin van uitvoering' te kunnen aanmerken. De *Cito*-formule werd door de Hoge Raad gebruikt bij de beoordeling van het oordeel van het gerechtshof hierover.

In een aantal andere uitspraken van de Hoge Raad ging het (meer) om de vraag of de gedragingen van de verdachte überhaupt wel waren gericht op het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf – en niet op een ander (minder ernstig) misdrijf of een niet-strafbare activiteit.[7] Ook in deze uitspraken werd de *Cito*-formule door de Hoge Raad gebruikt.

Voorgaande illustreert dat de *Cito*-formule tweeledig is. De gedragingen van de verdachte (en zijn medeverdachten) kunnen pas als een 'begin van uitvoering' worden aangemerkt als zij zowel gericht zijn (1) op het in de tenlastelegging opgenomen *grondmisdrijf* als (2) op de *voltooiing* daarvan. Ik heb (op dit punt aangekomen) evenwel geen aanwijzingen dat het hier gaat om twee losse vereisten. De Hoge Raad herhaalt in iedere uitspraak de gehele *Cito*-formule. Ik ga er (voorlopig) dan ook vanuit dat de uiterlijke verschijningsvorm zowel betrekking heeft op de gerichtheid op het grondmisdrijf als op de gerichtheid op voltooiing daarvan.[8] Ik zal de termen 'uiterlijke verschijningsvorm' en '*Cito*-formule' in dit hoofdstuk dan ook door elkaar gebruiken. In paragraaf 3.12 kom ik terug op de tweeledigheid van de *Cito*-formule.

---

5 Zie nader over deze achtergrond hfdst. 1, par. 2.

6 Zie bijv. HR 8 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0501, *NJ* 1988/612 (*GWK*), HR 24 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC9006, *NJ* 1992/815 (*Hoevense brandstichting*) en HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:575, *NJ* 2016/318 (*Hasjiesj uit Marokko*).

7 Zie bijv. HR 15 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR3260 (*Omhelzing*) en HR 2 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2806, *NJ* 2002/187 (*Liefdesbrieven*).

8 Ook Rozemond stelt dat het 'Cito-criterium' uiteenvalt in twee vereisten: 1. de gerichtheid op het misdrijf en 2. de gerichtheid op voltooiing. Hij leidt uit de door hem bestudeerde uitspraken van de Hoge Raad af dat de uiterlijke verschijningsvorm (alleen) wordt gebruikt voor het vaststellen van de gerichtheid van de gedraging op het misdrijf (eerste vereiste). Zie Rozemond 1994. Deze laatste stelling kan ik (op dit punt in het aangekomen) niet onderschrijven.

2.1.2 *Object van de uiterlijke verschijningsvorm: de gedraging*

In de *Cito*-formule gaat het om de uiterlijke verschijningsvorm van de bewezenverklaarde gedraging. De gedraging is dus het object van de uiterlijke verschijningsvorm.

2.1.3 *Gerichtheid op voltooiing van het misdrijf: link met het grondmisdrijf*

Blijkens de *Cito*-formule is sprake van begin van uitvoering in de zin van artikel 45 Sr wanneer de gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het misdrijf. Daarmee bestaat er een link tussen de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging en het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf. In paragraaf 3 wordt ingegaan op de vraag of dit betekent dat de invulling die aan de uiterlijke verschijningsvorm wordt gegeven afhankelijk is van het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf.

2.1.4 *Plaats in het beslissingsschema van artikel 350 Sv: kwalificatie*

> '(…) dat immers, wanneer – zoals ten laste van req. bewezen is verklaard – (…)'[9]
> 'Gelet op deze vaststellingen geeft het oordeel van het Hof dat de bewezenverklaarde gedragingen van de verdachte en zijn medeverdachten (…)'[10]
> 'Gelet op de door het Hof vastgestelde feiten en omstandigheden geeft het oordeel van het Hof dat de bewezenverklaarde gedragingen van de verdachte (…)'[11]

De uiterlijke verschijningsvorm wordt, blijkens bovenstaande citaten, bij het bestanddeel begin van uitvoering gebruikt om na te gaan of de bewezenverklaarde gedragingen ook een begin van uitvoering in de zin van artikel 45 Sr 'opleveren'. De uiterlijke verschijningsvorm wordt, met andere woorden, gebruikt in het kader van de kwalificatievraag, de tweede vraag van artikel 350 Sv.[12] Dit wordt in de *Cito*-formule tot uitdrukking gebracht door het gebruik van het woord 'beschouwd' ('naar uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd').

2.1.5 *Rol: de uiterlijke verschijningsvorm als methode en standaardcriterium*

De uiterlijke verschijningsvorm vormt geen zelfstandige voorwaarde voor strafbaarheid naast de delictsbestanddelen van artikel 45 Sr, maar is een *methode* om de bewezenverklaarde gedragingen onder de delictsomschrijving

---

9 HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, *NJ* 1979/52 (*Cito*); HR 6 maart 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7279, *NJ* 1979/296 (*Autolening*).
10 HR 12 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN4351, *NJ* 2011, 358 (*PTT*).
11 HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6466, *NJ* 2012/517.
12 Vgl. Van Kessel 2012, p. 310-311.

(het bestanddeel 'begin van uitvoering') te brengen (zie ook paragraaf 2.1.4). Daarmee heeft het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm een processueel karakter. Dat neemt niet weg dat met de uiterlijke verschijningsvorm ook een bepaalde invulling aan het delictsbestanddeel 'begin van uitvoering' wordt gegeven.[13] Dit vormt het onderwerp van paragraaf 3. Daar zal blijken dat de uiterlijke verschijningsvorm geen 'lege huls' is, maar een bepaalde inhoud heeft en een bepaalde drempel opwerpt die moet worden gehaald voordat een gedraging kan worden gekwalificeerd als 'begin van uitvoering'.

Om een gedraging te kunnen kwalificeren als 'begin van uitvoering' beoordeelt ('toetst') de rechter of de gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op de voltooiing van het grondmisdrijf. Blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad moet in alle gevallen waarin de vraag aan de orde is of sprake van 'begin van uitvoering', worden getoetst of de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm is gehaald. Om die reden meen ik dat de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van het bestanddeel begin van uitvoering niet alleen een methode is, maar ook een (algemeen of standaard) *criterium*.[14]

Dat de uiterlijke verschijningsvorm van de Hoge Raad in alle gevallen moet worden gebruikt door de feitenrechter, leid ik zowel af uit de *Cito*-formule zelf, als uit het gegeven dat de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm steeds weer gebruikt en de lagere rechter 'corrigeert' als die nalaat de uiterlijke verschijningsvorm te hanteren. Er zijn bovendien op basis van de bestaande jurisprudentie geen redenen om te veronderstellen dat het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm beperkt is tot bepaalde gevallen (delict(typ)en). Ik licht dit toe.

2.1.5.1 De Cito-formule

Anders dan bij het voorwaardelijk opzet, waar uit de gebruikte formulering blijkt dat de uiterlijke verschijningsvorm alleen in bepaalde gevallen wordt toegepast,[15] blijkt uit de *Cito*-formule niet dat de Hoge Raad het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm heeft willen beperken tot bepaalde gevallen.

2.1.5.2 'Correctie' van de feitenrechter

Ik ben bij mijn analyse een grote hoeveelheid uitspraken tegengekomen waarin de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt als criterium bij het bestanddeel 'begin van uitvoering'. Zelf spreekt de Hoge Raad over 'bestendige

13 Rozemond noemt de uiterlijke verschijningsvorm bij de poging een criterium 'waarmee algemene begrippen uit de wet nader worden ingevuld'; Rozemond 2011, p. 132. Ook Pelser heeft het over de 'invulling' van het begrip begin van uitvoering; zie Pelser 2004, p. 185.

14 Vgl. Knigge & Wolswijk 2015, p. 225-226 en De Hullu 2018, p. 395-396.

15 Zie nader hfdst. 4, par. 2.1.5.1.

rechtspraak' en 'de in de rechtspraak ontwikkelde eis'.[16] Dit lijken mij op zichzelf al aanwijzingen dat de uiterlijke verschijningsvorm een standaardcriterium is. Daar komt bij dat de Hoge Raad met enige regelmaat de lagere rechter 'corrigeert' die nalaat het *Cito*-criterium te gebruiken.

Dat geldt in de eerste plaats voor gevallen waarin wordt gecasseerd.

Zo had het gerechtshof in de zaak die leidde tot het *Weed*-arrest[17] de uiterlijke verschijningsvorm niet gebruikt. De Hoge Raad overwoog (*r.o.* 4.3):

> 'Mede in het licht van deze vaststellingen is het *in de bestreden uitspraak besloten liggende oordeel* [cursivering: SA] van het Hof dat de bewezenverklaarde gedragingen van de verdachte en zijn mededaders naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden aangemerkt als te zijn gericht op de voltooiing van het voorgenomen misdrijf (…) niet naar de eis der wet met redenen omkleed.'

De Hoge Raad geeft, met de door mij gecursiveerde zinsnede, het signaal aan het gerechtshof dat het de uiterlijke verschijningsvorm had moeten toepassen. In dit geval had dat overigens voor de uitkomst (waarschijnlijk) niet uitgemaakt. De omstandigheden die door het gerechtshof zijn genoemd leveren niet een gedraging op die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het misdrijf.[18]

Opvallend is dat ook in gevallen waarin *niet* wordt gecasseerd de Hoge Raad de lagere rechter 'corrigeert' wanneer die heeft nagelaten de uiterlijke verschijningsvorm te gebruiken (of expliciet te noemen). De Hoge Raad doet dat door de uiterlijke verschijningsvorm 'in te lezen' in de overwegingen van het gerechtshof.

Zo had het gerechtshof in de uitspraak die leidde tot het *Liefdesbrieven*-arrest[19] nagelaten de uiterlijke verschijningsvorm te gebruiken. De Hoge Raad overwoog (*r.o.* 4.5):

> 'In het oordeel van het Hof, dat de bewezenverklaarde gedragingen geëigend waren om die vrouwen door misleiding tot prostitutie te brengen, *ligt besloten* [cursivering: SA] dat in de bewezenverklaring voldoende feitelijke gedragingen waren opgenomen om *aan die in de rechtspraak ontwikkelde eis* [cursivering: SA] van gedragingen die

16 HR 2 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2806, *NJ* 2002/187 (*Liefdesbrieven*). Zie in deze zin ook Knigge & Wolswijk 2015, p. 225 en De Hullu 2018, p. 395. Volgens Kelk en De Jong heeft 'het Cito-criterium (…) zich een vaste plaats verworven binnen de rechtspraak over de strafbare poging'; zie Kelk & De Jong 2019, p. 428.

17 HR 7 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5707.

18 Het oordeel van de Hoge Raad dat het oordeel van het gerechtshof 'niet naar de eis der wet met redenen is omkleed' lijkt in belangrijke mate ook daarmee te maken te hebben dat onvoldoende omstandigheden aanwezig zijn om de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm te halen. Anders, zo blijkt hierna in deze paragraaf nog, had de Hoge Raad het oordeel waarschijnlijk niet vernietigd, maar zou de overweging (alleen) 'verbeterd' gelezen zijn.

19 HR 2 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2806, *NJ* 2002/187.

> naar haar uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van de bewezenverklaarde mensenhandel, *te voldoen* [cursivering: SA].'

Een ander voorbeeld is het arrest *Omhelzing*.[20] In zijn uitspraak had het gerechtshof eveneens nagelaten de uiterlijk verschijningsvorm te gebruiken. De Hoge Raad overwoog (*r.o.* 4.5):

> 'Deze overwegingen *moeten aldus worden verstaan* [cursivering: SA] dat de genoemde gedragingen van de verdachte en zijn mededaders zijn aan te merken als een begin van de uitvoering (…) omdat die gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf. Dit oordeel, dat niet blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, is toereikend gemotiveerd, zodat het middel faalt.'

Het 'inlezen' van de uiterlijke verschijningsvorm gebeurt zelfs in gevallen waarin niet wordt gecasseerd en waarin de verdachte door het gerechtshof was ontslagen van alle rechtsvervolging/vrijgesproken.[21]

Zo had het gerechtshof in de uitspraak die ten grondslag lag aan de arresten *Kweekruimte I & II*[22] de verdachten vrijgesproken. Het had evenwel niet de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om te beoordelen of reeds sprake was van 'begin van uitvoering'. De Hoge Raad overwoog (*r.o.* 2.3):

> 'Het Hof heeft vastgesteld dat ten aanzien van de verdachte en zijn medeverdachte niet méér is gebleken dan dat zij in hun woning een kweekruimte voor hennep aanwezig hadden, waarmee het Hof klaarblijkelijk doelt op een voor de teelt van hennep ingerichte ruimte. Het Hof heeft geoordeeld dat bij die stand van zaken geen sprake is van een begin van uitvoering van het telen, bereiden, bewerken, verwerken of aanwezig hebben van hennep. *Daarin ligt besloten* [cursivering: SA] dat naar het oordeel van het Hof het enkele aanwezig hebben van een dergelijke ruimte niet reeds op zichzelf een gedraging vormt die naar haar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op de voltooiing van de tenlastegelegde misdrijven. Die oordelen getuigen niet van een onjuiste rechtsopvatting, mede in aanmerking genomen dat de enkele aanwezigheid van een kweekruimte zonder enige verdere activiteit van de verdachte onvoldoende is voor een strafbare poging en door het Hof niets anders is vastgesteld dat van belang is voor de vraag of de gedraging van de verdachte naar haar uiterlijke verschijningsvorm op de voltooiing van de tenlastegelegde misdrijven was gericht.'

---

20 HR 15 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:AR3260.

21 Wanneer de bewezenverklaarde gedragingen niet kunnen worden gekwalificeerd als 'begin van uitvoering' in de zin van artikel 45 Sr moet ontslag van alle rechtsvervolging volgen. Desalniettemin ben ik verschillende uitspraken tegengekomen waarin de verdachte om deze reden werd vrijgesproken.

22 HR 17 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ3565, *NJ* 2010/337, m.nt. Borgers en HR 17 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ3566.

Ik ben slechts één uitspraak tegengekomen waarin de Hoge Raad het gerechtshof niet 'corrigeert' omdat het heeft nagelaten de uiterlijke verschijningsvorm te gebruiken.

In de uitspraak die leidde tot het arrest *Heroïne uit Roemenië*[23] had het gerechtshof de uiterlijke verschijningsvorm niet gebruikt. De uitspraak van het gerechtshof werd gecasseerd, omdat het oordeel van het gerechtshof dat sprake was van een begin van uitvoering niet zonder meer begrijpelijk was. Over (het niet gebruiken van) de uiterlijke verschijningsvorm zei de Hoge Raad echter niets (zie *r.o.* 2.4).

Een mogelijke verklaring waarom de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm in de uitspraak *Heroïne uit Roemenië* niet noemt, is dat de Hoge Raad zich vooral heeft gericht op de inhoudelijke beoordeling. Die is hier 'niet zonder meer begrijpelijk'.[24] Nu het slechts gaat om één voorbeeld, terwijl de Hoge Raad het gerechtshof meestal wel 'corrigeert', meen ik dat er van uit kan worden gegaan dat de uiterlijke verschijningsvorm in principe in alle gevallen waarin de vraag centraal staat of sprake is van een 'begin van uitvoering' van de Hoge Raad moet worden gebruikt door de feitenrechter. Tegelijkertijd lijkt de Hoge Raad over zijn hart te strijken als die rechter een keer vergeet de figuur te hanteren, maar wel tot een goed gemotiveerde en begrijpelijke afweging komt. In dergelijke gevallen is de Hoge Raad bereid om de overwegingen van het gerechtshof verbeterd te lezen. De inhoud lijkt daarmee uiteindelijk belangrijker dan de vorm. Op de eisen die aan de inhoud (de invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm) worden gesteld, kom ik terug in paragraaf 3. Zoals hiervoor al kort is aangestipt, zal daar blijken dat de uiterlijke verschijningsvorm een inhoudelijk criterium is, dat een bepaalde drempel opwerpt die moet worden gehaald voordat kan worden aangenomen dat sprake is van 'begin van uitvoering'.

2.1.5.3 Geen beperking tot bepaalde delict(typ)en

De door mij geanalyseerde uitspraken over poging hebben in hoofdzaak betrekking op de misdrijven (gekwalificeerde) diefstal, afpersing, oplichting en vervalsing, moord/doodslag en verboden voorwerpen (drugs, wapens, vuurwerk) (zie paragraaf 3). Hieruit kan evenwel niet de conclusie worden getrokken dat de uiterlijke verschijningsvorm alleen een rol speelt bij een aantal (materiële) delict(typ)en. Er zijn namelijk wel degelijk ook uitspraken waarin andere delict(typ)en aan de orde zijn. Zo ben ik uitspraken tegengekomen die betrekking hebben op een poging tot diefstal,[25] hulp bij zelfbevrijding, brandstichting, mensenhandel, vrijheidsberoving en verleiding van een minder-

23 HR 15 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9971, *NJ* 2011/95.

24 Zie par. 3.6 over waarom de Hoge Raad oordeelde dat het oordeel van het gerechtshof niet 'zonder mee begrijpelijk' was.

25 In de literatuur wordt wel gesteld dat diefstal een 'materiële component' heeft. Ik kom hierop in par. 3.12.3.7 terug.

jarige.[26] Een aantal van deze delicten (drugsdelicten, verleiding minderjarige) zijn formele delicten.[27] Ik zie dan ook geen aanleiding om te veronderstellen dat het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm is beperkt tot bepaalde delict(typ)en. Dat de uitspraken met name betrekking hebben op materiële delicten en niet op formele delicten kan worden verklaard doordat de ruimte voor een (onvoltooide) poging bij formele delicten, zo wordt over het algemeen aangenomen, beperkt is. Omdat bij formele delicten een *gedraging* strafbaar is gesteld (en niet het intreden van een bepaald gevolg is vereist), zal – zo is de aanname – 'begin van uitvoering' immers over het algemeen dicht bij voltooiing van het delict liggen.[28] Ik kom op de betekenis van de uiterlijke verschijningsvorm voor poging bij formele delicten nog terug in paragraaf 3.12.3.7, nadat ik ook de invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm heb besproken.

2.1.6 Samenvattende bevindingen over het gebruik en de rol van de uiterlijke verschijningsvorm bij het bestanddeel 'begin van uitvoering'

De uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de kwalificatievraag (de tweede vraag van artikel 350 Sv) en vormt een *methode* om de bewezenverklaarde gedragingen onder de delictsomschrijving te brengen. De uiterlijke verschijningsvorm is daarbij een standaard*criterium*, aan de hand waarvan wordt bepaald of de bewezenverklaarde gedragingen kunnen worden gekwalificeerd als een begin van uitvoering in de zin van artikel 45 Sr. Dit criterium is tweeledig. Een gedraging kan pas worden gekwalificeerd als een begin van uitvoering als de gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm (1) gericht is op het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf; en (2) gericht is op de voltooiing van dat misdrijf.

2.2 Ondeugdelijke poging

Soms is het middel dat wordt ingezet om het misdrijf te plegen daartoe ongeschikt (ondeugdelijk middel). Soms is het middel *in het betreffende geval* niet geschikt om het beoogde doel te bereiken (relatief ondeugdelijk middel), maar het kan ook zijn dat een middel wordt gebruikt dat zo ongeschikt is dat het streven eigenlijk nooit kan slagen (absoluut ondeugdelijk middel). Ook het object van het misdrijf kan relatief of absoluut ondeugdelijk zijn. Blijkens de wetsgeschiedenis en de pogingsjurisprudentie van de Hoge Raad staat alleen

26 De betreffende arresten komen aan de orde in par. 3.
27 Zie De Hullu 2018, p. 405-407; Knigge & Wolswijk 2015, p. 228-229; Kelk & De Jong 2019, p. 416-417 en de annotaties bij de betreffende arresten.
28 Vgl. Dolman 2008, onder 2.1; De Hullu 2018, p. 406; Kelk & De Jong 2019, p. 416.

een absoluut ondeugdelijk middel of object in de weg aan strafbaarheid op grond van poging.[29]

In verschillende uitspraken van de Hoge Raad waarin de vraag aan de orde is of sprake is van een (absoluut) ondeugdelijke poging, wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt. De manier waarop dat gebeurt verschilt. In deze paragraaf bespreek ik de verschillende manieren waarop de uiterlijke verschijningsvorm en de ondeugdelijkheid van de poging zich tot elkaar (lijken te) verhouden. Ik doe dat steeds door eerst de relevante overwegingen uit de relevante uitspraken weer te geven en daarna te beschrijven wat ik daaruit afleid. Om een zo volledig mogelijk beeld te schetsen van de wijze waarop de Hoge Raad omgaat met de (absoluut) ondeugdelijke poging, heb ik ook een aantal uitspraken over ondeugdelijke pogingen opgenomen waarin de uiterlijke verschijningsvorm niet wordt gebruikt, want ook dat komt voor.

2.2.1 Ondeugdelijkheid als apart onderdeel van 'begin van uitvoering'

2.2.1.1 Jurisprudentie

HR 23 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9921, *NJ* 1988/420, m.nt. Mulder (*Wurging*)
Poging doodslag (287 Sr)

> '2 Het cassatieberoep
> Het beroep is ingesteld door de verdachte.
> Namens hem heeft Mr. A.J.N. van Stigt, adv. te Rotterdam, de volgende middelen van cassatie voorgesteld:
> I. Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormen, inzonderheid van het bepaalde bij de art. 45 Sr en 350, 358, 359 en 415 Sv, doordat het hof ten onrechte en/of op onjuiste gronden heeft verworpen het namens rekwirant gevoerde verweer, inhoudende dat er ten deze sprake was van een ondeugdelijke poging, zodat het arrest niet naar de eis der wet naar behoren met redenen is omkleed.
> Toelichting:
> (…)
> Aangezien echter de grenzen tussen de (strafbare) relatief ondeugdelijke poging en de (straffeloze) absoluut ondeugdelijke poging nu eenmaal niet naadloos op elkaar aansluiten, dient ter beantwoording van de vraag of sprake is van absolute ondeugdelijkheid niet alleen te worden gekeken naar het concrete middel, doch mede naar de gehele door de verdachte opgezette activiteit ter uitvoering van zijn voornemen. Door nu te overwegen als vorengenoemd heeft het hof slechts geantwoord op de vraag of verwurging in abstracto tot levensberoving kan leiden en heeft het in het midden gelaten de juistheid van voormeld met de bewijsmiddelen niet strijdige verweer, – inhoudende dat de gehele onderneming van verdachte een zodanig inadequaat en ongeorganiseerd karakter heeft gehad, daarbij uitgaande van de redelijkerwijs kenbare gegevens tijdens het plegen ervan – dat de verwur-

29 De Hullu 2018, p. 402-405; Knigge & Wolswijk 2015, p. 229-231; NLR, art. 45, aant. 2.6; T&C Sr, art. 45, aant. 3.

ging in concreto niet tot het doel van levensberoving kon geraken. Dit klemt te meer, aangezien met name in het gebied waar de grens van de strafbaarheid van de poging voor verschuiving vatbaar is, een verdachte er recht op heeft door de rechter te worden geïnformeerd omtrent de strafbaarheid van zijn handelen.
(…)
4 Bewezenverklaring
Ten laste van de verdachte is bewezen verklaard:
"dat hij te Baarn op 29 mei 1984 ter uitvoering van zijn voornemen en het misdrijf om opzettelijk Pieter Hendrikus S. van het leven te beroven, daartoe opzettelijk met kracht zijn handen om de keel van die S. heeft gedaan met het oogmerk die S. aldus te wurgen zijnde de verdere uitvoering van zijn voorgenomen misdrijf niet voltooid alleen tengevolge van de van zijn, verdachtes, wil onafhankelijke omstandigheid, dat hij op heterdaad betrapt werd."
(…)
6.2 Het hof heeft evenbedoeld verweer verworpen door te overwegen dat wurging geen absoluut ondeugdelijk middel is om iemand van het leven te beroven.
6.3 Aldus heeft het hof het verweer terecht en op goede grond verworpen. 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, terwijl de voltooiing daarvan achterwege is gebleven alleen ten gevolge van de – onafhankelijk van de wil van de verdachte ingetreden – omstandigheid dat hij na het begin van uitvoering van genoemd misdrijf op heterdaad is betrapt.'

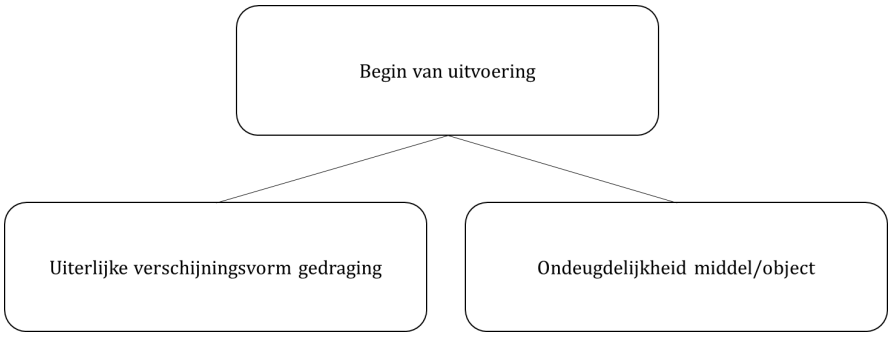
HR 7 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI1588, *NJ* 2004/63 (*Bankpas zonder pincode*)
Poging gekwalificeerde diefstal (311 Sr)

'3.2 Ten laste van de verdachte is als feit 2 bewezenverklaard dat:
"hij op tijdstippen op 30 september 2001 te Zuidwolde telkens ter uitvoering van het door verdachte voorgenomen misdrijf om tezamen en in vereniging met een ander telkens met het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening weg te nemen geldbedragen toebehorende aan A.E. van M. en die weg te nemen geldbedragen telkens onder hun bereik te brengen door middel van een valse sleutel, met bij een woninginbraak weggenomen bankpasjes, hebben getracht geld op te nemen bij een geld/pinautomaat van de Rabobank (gelegen aan de Hoofdstraat), terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid."
(…)
4.2 De hiervoor onder 3.2 weergegeven bewezenverklaarde gedraging is naar haar uiterlijke verschijningsvorm gericht op, en daartoe ook geëigend, de voltooiing van het misdrijf diefstal waarbij de schuldige het weg te nemen goed onder zijn bereik brengt door middel van een valse sleutel. Dit is niet anders indien de onjuistheid van de gebezigde pincode de uitvoering van bedoeld voornemen onmogelijk maakt.'

2.2.1.2 Analyse

In de uitspraken *Wurging* en *Bankpas zonder pincode* wordt de ondeugdelijkheid van de middelen betrokken bij het bestanddeel 'begin van uitvoering' ('en is derhalve aan te merken als een begin van uitvoering van dat misdrijf').

In beide uitspraken wordt de *Cito*-formule aangevuld met de zinsnede '[en] [is] daartoe geëigend'. Deze zinsnede vormt de reactie op het middel dat stelt dat sprake is van een absoluut ondeugdelijke poging (ondeugdelijk middel). De toevoeging van deze zinsnede kan zo worden begrepen dat niet de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt om vast te stellen of een poging(smiddel) absoluut ondeugdelijk is, maar dat daarvoor – afzonderlijk – wordt beoordeeld of het middel 'geëigend' is om het betreffende grondmisdrijf te plegen. Dat zou betekenen dat de ondeugdelijkheid en de uiterlijke verschijningsvorm twee afzonderlijke factoren zijn, die worden betrokken bij het bestanddeel 'begin van uitvoering'. In figuur 1 is deze benadering schematisch weergegeven:



Figuur 1

2.2.2 *Ondeugdelijkheid als omstandigheid bij de uiterlijke verschijningsvorm*

2.2.2.1 Jurisprudentie

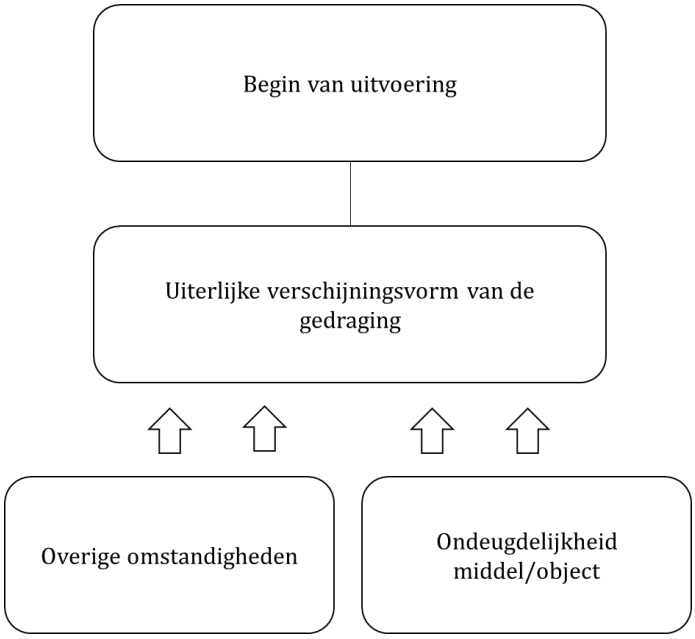
HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:579, NJ 2017/290, m.nt. Mevis (*Ponypark*)
Poging verleiding minderjarige (248a Sr)

> '2.3.2 De in deze bepaling genoemde leeftijd betreft de daadwerkelijke leeftijd van de persoon die wordt bewogen ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen te dulden.
> 2.4.1. Het Hof heeft een poging tot het plegen van het misdrijf van art. 248a Sr bewezenverklaard. Blijkens de bewijsvoering heeft het Hof onder meer vastgesteld dat
> – de verdachte op 10 juni 2011 via een bericht op de webpagina Hyves in de contactgroep Ponypark Citysite, die was bedoeld voor kinderen tot twaalf jaren, aan de tienjarige N. heeft gevraagd of zij wel eens een piemel had gezien en of zij daar wel eens aan zou willen zitten;

– de verdachte later op diezelfde dag in een chatgesprek via het MSN-account van N. heeft gevraagd om wat foto's van zichzelf te maken waarbij zij een beetje met haar beentjes wijd moest gaan zitten en een strak hemdje aan moest doen zodat de verdachte haar tietjes een beetje zou zien en hem vervolgens die foto's toe te sturen, waarvoor de verdachte een geldbedrag van € 100 in het vooruitzicht heeft gesteld;
– op het moment dat de verdachte laatstgenoemde vragen stelde, de vader van N. achter de computer zat en zich uitgaf voor N.
2.4.2 Gelet op deze vaststellingen geeft het kennelijke oordeel van het Hof dat de bewezenverklaarde gedragingen van de verdachte een strafbare poging opleveren omdat zij naar de uiterlijke verschijningsvorm zijn gericht op de voltooiing van het delict dat bestaat in het opzettelijk bewegen van een persoon waarvan de verdachte redelijkerwijs moest vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet had bereikt, tot het plegen van ontuchtige handelingen en dat die gedragingen dus moeten worden aangemerkt als een begin van uitvoering van het voorgenomen misdrijf van art. 248a Sr, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is dat oordeel ook toereikend gemotiveerd. Daarbij wordt mede in aanmerking genomen het korte tijdsverloop en het nauwe verband tussen het bericht van de verdachte op de webpagina Hyves aan de tienjarige N. en het vervolgens door hem gevoerde chatgesprek via het MSN-account van N. met haar vader onder haar naam.'

2.2.2.2 Analyse

Voordat ik inga op het hiervoor weergegeven *Ponypark*-arrest, kom ik terug op de in paragraaf 2.2.1 besproken arresten *Wurging* en *Bankpas zonder pincode*. Die twee uitspraken kunnen namelijk ook op een andere manier worden gelezen dan daar beschreven. In die twee uitspraken werd niet betwist dat het ingezette middel (wurgen respectievelijk met gestolen bankpassen geld opnemen bij een geldautomaat) op zichzelf ('in abstracto') een geschikt middel was om het betreffende grondmisdrijf (levensberoving respectievelijk diefstal) te plegen. Beargumenteerd werd dat het middel in het betreffende geval ('in concreto') nimmer tot voltooiing kon leiden. Mogelijk heeft de Hoge Raad met zijn toevoeging aan de *Cito*-formule dat de middelen 'geëigend' waren om het misdrijf te plegen, daarop expliciet willen reageren en tot uitdrukking willen brengen dat of een middel in concreto geschikt is, niet ter zake doet, maar dat in abstracto naar de geschiktheid van het middel moet worden gekeken. Daarmee is niet uitgesloten dat de zinsnede 'en is daartoe geëigend' een overweging ten overvloede is. Dat zou betekenen dat de uiterlijke verschijningsvorm het centrale criterium voor begin van uitvoering is. In dat geval kunnen de overwegingen in die arresten zo begrepen worden dat de ondeugdelijkheid van het middel een omstandigheid is die wordt betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Zolang het middel in abstracto geschikt is, wordt



Figuur 2

de uiterlijke verschijningsvorm niet aangetast.[30] Deze benadering kan ook in het *Ponypark*-arrest worden gelezen. In dit arrest wordt de ondeugdelijkheid van het object eerst afzonderlijk vastgesteld (rechtsoverweging 2.3.2). Vervolgens wordt de ondeugdelijkheid betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm (rechtsoverweging 2.4.2). In rechtsoverweging 2.4.2 wordt immers (impliciet) beoordeeld of de absolute ondeugdelijkheid de uiterlijke verschijningsvorm aantast.[31] Zie figuur 2 voor een schematische weergave van deze benadering.

30 De Hullu plaatst de ondeugdelijkheid van de poging bij het bestanddeel 'begin van uitvoering', maar is niet duidelijk over hoe hij de verhouding tussen de uiterlijke verschijningsvorm en de ondeugdelijkheid precies ziet. Hij schrijft: 'Een marginale positie voor de ondeugdelijke poging past bij het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm: ondeugdelijkheid behoeft immers de uiterlijke verschijningsvorm niet aan te tasten'; zie De Hullu 2018, p. 403. Deze opmerking van De Hullu zou zo kunnen worden opgevat dat de absolute ondeugdelijkheid een omstandigheid is die moet worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. De opmerking zou evenwel ook zo kunnen worden opgevat dat hij bedoelt te zeggen dat de uiterlijke verschijningsvorm het criterium is aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of het middel of het object absoluut ondeugdelijk is (zie par. 2.2.3). Ten Voorde begrijpt de opmerking van De Hullu in deze laatste zin. Zie Ten Voorde 2017, p. 129.

31 In deze uitspraak doet zich de tamelijk unieke situatie voor dat de absolute ondeugdelijkheid niet leidt tot de conclusie dat geen sprake is van een begin van uitvoering/strafbare poging. Wat in deze uitspraak relevant lijkt te zijn, is dat het object niet van meet af aan absoluut ondeugdelijk was, maar pas later absoluut ondeugdelijk is geworden. De verdachte had

2.2.3 *De uiterlijke verschijningsvorm als criterium voor ondeugdelijkheid*

2.2.3.1 *Jurisprudentie*

HR 26 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6180, *NJ* 2007/366 (*Milieu-inspecteur*)
Poging oplichting (326 Sr)

> 'Cassatiemiddelen:
> (…)
> Middel 2
> Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormen, doordat het Hof op basis van een onjuiste dan wel te beperkte interpretatie van art. 45 en 326 van het Wetboek van Strafrecht de heer verdachte heeft vrijgesproken van hetgeen hem als meer subsidiair en meest subsidiair is tenlastegelegd, overwegende zoals hierna geciteerd.
> Toelichting
> Het hof heeft overwogen:
> "– ten aanzien van het meer subsidiair en meest subsidiair tenlastegelegde:
> Meer subsidiair en meest subsidiair is verdachte oplichting danwel poging tot oplichting ten laste gelegd als strafbaar gesteld in artikel 326 en 45 van het Wetboek van Strafrecht. Nu echter vastgesteld moet worden dat V. door de gedragingen van verdachte niet bewogen is tot afgifte en hiertoe ook redelijkerwijs niet kon worden bewogen, nu hij van meet af aan wist dat de door verdachte gedane mededelingen zoals in de tenlastelegging omschreven, niet op waarheid berustten zodat de door verdachte gekozen oplichtingsmiddelen (in elk geval relatief) ondeugdelijk waren, is ook het meer subsidiair en meest subsidiair tenlastegelegde niet wettig en overtuigend bewezen."
> In het algemeen zijn mededelingen zoals door verdachte aan V. gedaan geschikt om iemand op te lichten. Van een absoluut ondeugdelijkheid middel is derhalve geen sprake. Door te overwogen zoals in het laatstvermelde citaat weergegeven, heeft het Hof miskend dat een poging waarbij gebruik wordt gemaakt van een relatief ondeugdelijk middel een strafbare poging is.
> (…)
> 5.1 Het middel behelst onder meer de klacht dat het Hof de verdachte ten onrechte heeft vrijgesproken van het meest subsidiair tenlastegelegde.
> 5.2 Voor de bewezenverklaring van het meest subsidiair tenlastegelegde, de poging tot oplichting, is beslissend of de tenlastegelegde gedragingen van de verdachte kunnen worden beschouwd als gedragingen die naar hun uiterlijke verschijningsvorm zijn gericht op voltooiing van het in de tenlastelegging genoemde misdrijf (vgl. HR 8 december 1992, LJN ZC8475, *NJ* 1993, 321). Dit heeft het Hof door de

---

wel degelijk eerst contact gehad met het minderjarige meisje. De Hoge Raad lijkt waarde te hechten aan het korte tijdsverloop en het nauwe verband tussen het eerste gesprek met het minderjarige meisje en het later door de verdachte gevoerde gesprek met de vader. De Hoge Raad lijkt daarmee tot uitdrukking te willen brengen dat min of meer sprake is van één feitelijke constellatie. Dat een object gedurende het feit absoluut ondeugdelijk is *geworden* doet, blijkens *r.o.* 2.4.2 van het arrest, niet af aan het oordeel dat sprake is van een begin van uitvoering. Zie in deze zin ook de noot van Mevis bij het arrest en Altena & Geelhoed 2017. Zie nader over het absoluut ondeugdelijk object bij poging: hfdst. 8, par. 4.2.

gegeven vrijspraak te motiveren als hiervoor onder 3.2 weergegeven, miskend. De omstandigheid dat het slachtoffer van meet af aan wist dat de door de verdachte gedane mededelingen niet op waarheid berustten, staat op zich zelf aan het aannemen van een poging tot oplichting niet in de weg. In zoverre slaagt het middel dus.'

HR 6 december 2012, ECLI:NL:HR:2016:2761, *NJ* 2019/398, m.nt. Wolswijk (*Kinderdoodslag*)
Poging doodslag (287 Sr)

'2.2 Het Hof heeft de verdachte van het haar tenlastegelegde vrijgesproken en daartoe – voor zover voor de beoordeling van het middel van belang – het volgende overwogen:
(…)
Uitgangspunt is naar het oordeel van het hof dat een absoluut ondeugdelijke poging leidt tot niet strafbaarheid. Voor het antwoord op de vraag of (telkens) sprake is van een strafbare poging tot (kinder) doodslag acht het hof van wezenlijk belang of de baby's tijdens/kort na de geboorte hebben geleefd. Op grond van het dossier komt het hof evenals de rechtbank tot het oordeel dat dit niet met voldoende mate van zekerheid is vast te stellen.
(…)
Op grond van het vorenstaande komt het hof tot vrijspraak van de onder 1 en 2 telkens primair en subsidiair tenlastegelegde poging tot kinderdoodslag en poging tot doodslag, nog daargelaten de vraag of de handelingen van verdachte naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op voltooiing van het misdrijf
(…)
3.1. Het middel klaagt over de door het Hof gegeven vrijspraken van de onder 1 en 2 telkens primair en subsidiair tenlastegelegde poging tot (kinder)doodslag.
(…)
3.2.3 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.'

2.2.3.2 *Analyse*

Anders dan in de in de vorige paragrafen besproken arresten was het gerechtshof in de zaken *Milieu-inspecteur* en *Kinderdoodslag* gekomen tot een vrijspraak

omdat het middel/object ondeugdelijk was. Daartegen werd cassatie ingesteld door het openbaar ministerie (OM). In beide uitspraken wordt de reactie op het door het OM ingestelde cassatiemiddel betreffende de ondeugdelijkheid besproken in een overweging waarin ook de uiterlijke verschijningsvorm wordt genoemd.

Een eerste vraag die de overwegingen in beide arresten oproepen, is of de ondeugdelijke poging moet wordt besproken in het kader van het bestanddeel 'begin van uitvoering' van artikel 45 Sr. Met name de overweging in de *Milieu-inspecteur*-uitspraak wekt de suggestie dat de ondeugdelijkheid eerder wordt besproken bij de poging als zodanig. De Hoge Raad heeft het in de zin die de directe reactie vormt op het ingestelde middel (de derde zin van rechtsoverweging 5.2) immers over 'poging tot oplichting' ('staat op zichzelf aan het aannemen van poging tot oplichting niet in de weg') en niet over 'begin van uitvoering'. Het is echter de vraag of daaraan betekenis moet worden toegekend. De Hoge Raad vervolgt de overweging immers met de *Cito*-formule, die betrekking heeft op het bestanddeel 'begin van uitvoering'. De overweging kan dus ook zo worden begrepen dat de ondeugdelijkheid wordt geplaatst bij het bestanddeel 'begin van uitvoering'. In rechtsoverweging 3.2.3 van het *Kinderdoodslag*-arrest wordt gesproken over 'ter uitvoering van het door de verdachte voorgenomen misdrijf'. Dit kan zowel worden opgevat als een algemene verwijzing naar poging, als als een verwijzing naar het bestanddeel begin van uitvoering, afhankelijk van of 'voorgenomen misdrijf' of 'ter uitvoering' als de kern van dit onderdeel van de overweging wordt opgevat.[32] De verwijzing naar de arresten *Cito*[33] en *Videodozen*[34] – die beide gaan over 'begin van uitvoering' – in dezelfde overweging doet mij echter vermoeden dat de vraag naar de ondeugdelijkheid in het *Kinderdoodslag*-arrest wordt geplaatst bij het bestanddeel 'begin van uitvoering'. Alles in ogenschouw nemende, vat ik de verwijzing in beide uitspraken naar de *Cito*-formule – in reactie op het cassatiemiddel – op als een aanwijzing dat de ondeugdelijkheid wordt geplaatst bij het bestanddeel 'begin van uitvoering'.

Daarvan uitgaande is de (tweede) vraag welke rol de uiterlijke verschijningsvorm daarbij in deze twee arresten krijgt. De uitspraken van de Hoge Raad kunnen beide zo worden opgevat dat de uiterlijke verschijningsvorm daarin wordt neergezet als het criterium aan de hand waarvan de ondeugdelijkheid door de feitenrechter moet worden beoordeeld. In beide onderliggende uitspraken had het gerechtshof nagelaten de uiterlijke verschijningsvorm te gebruiken. In reactie op de ingestelde cassatiemiddelen, die overduidelijk betrekking hebben op de ondeugdelijkheid, stelt de Hoge Raad de *Cito*-formule voorop. Dit kan worden opgevat als een 'correctie' van de gerechtshoven op dit punt. De Hoge Raad geeft het signaal af dat de gerechtshoven de uiterlijke

32 Vgl. Ten Voorde 2017, p. 128-129.
33 HR 24 oktober 1979, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, *NJ* 1979/52, m.nt. Van Veen.
34 HR 8 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC8475, *NJ* 1993/321.

verschijningsvorm hadden moeten gebruiken als criterium om te bepalen of het middel/het object absoluut ondeugdelijk was.[35] De verwijzing in de tweede zin van rechtsoverweging 5.2 van het *Kinderdoodslag*-arrest naar de eerste zin met de uiterlijke verschijningsvorm ('in de hiervoor bedoelde zin') versterkt het vermoeden dat de overwegingen zo begrepen moeten worden.[36] De zinsnede 'en is daartoe geëigend' (zie paragraaf 2.2.1) keert in deze overwegingen niet terug. De Hoge Raad noemt dus ook geen ander criterium om de ondeugdelijkheid vast te stellen. Deze lezing van de arresten is schematisch weergegeven in figuur 3:

Figuur 3

35 Zie in deze zin de conclusie van AG Harteveld bij dit arrest (ECLI:NL:PHR:2016:1109), overweging 3.10 en Ten Voorde 2017, p. 126-131.

36 Vgl. Ten Voorde 2017, p. 128-129. Ten Voorde schrijft over het *Kinderdoodslag*-arrest dat op basis van dat arrest de vraag of de ondeugdelijkheid bij het bestanddeel begin van uitvoering wordt behandeld niet met zekerheid kan worden beantwoord. Volgens Ten Voorde 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. Uiteindelijk leidt hij uit de uitspraak af dat de beoordeling van de vraag of sprake is van een ondeugdelijke poging, samenvalt met het beantwoorden van de vraag of de gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf. Knigge en Wolswijk lijken zekerder dat de ondeugdelijkheid van de poging besproken moet worden bij het bestanddeel 'begin van uitvoering' en dat de uiterlijke verschijningsvorm in dat geval het criterium is aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of het middel of object absoluut ondeugdelijk is. Opvallend genoeg verwijzen zij daarbij naar de *Bankpas zonder pincode*-uitspraak, die (zie de paragrafen 2.2.1 en 2.2.2) mijns inziens juist aanleiding geven tot een andere interpretatie. Zie Knigge & Wolswijk 2015, p. 230.

De uitspraken *Milieu-inspecteur* en *Kinderdoodslag* kunnen echter ook zo gelezen worden dat het eerste gedeelte van rechtsoverweging 5.2 respectievelijk 3.2.2 meer algemeen het kader uiteenzetten dat geldt ten aanzien van het bestanddeel begin van uitvoering. In het tweede gedeelte wordt dan vervolgens afzonderlijk ingegaan op de ondeugdelijkheid. Dit zou betekenen dat de ondeugdelijkheid weliswaar wordt betrokken bij het bestanddeel 'begin van uitvoering', maar dat de ondeugdelijkheid afzonderlijk wordt beoordeeld en vervolgens als apart onderdeel wordt betrokken bij het bestanddeel 'begin van uitvoering' of als omstandigheid wordt betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm (vgl. de paragrafen 2.2.1 en 2.2.2). Ik licht dit toe.

In de *Milieu-inspecteur*-uitspraak herhaalt de Hoge Raad weliswaar de *Cito*-formule, maar daarbij wordt niet verwezen naar het *Cito*-arrest, maar naar het *Videodozen*-arrest. Dat is opvallend omdat in de meeste andere arresten van de Hoge Raad – ook als sprake is van poging tot een ander delict dan diefstal – wordt verwezen naar *Cito*. Een mogelijke verklaring voor de verwijzing naar het *Videodozen*-arrest is de overeenkomst tussen de casus in beide arresten. In beide casus was de poging mislukt omdat het slachtoffer al wist (in het geval van het *Videodozen*-arrest: vermoedde) dat sprake was van oplichting. Anders dan in het *Videodozen*-arrest, oordeelde het gerechtshof ten aanzien van de verdachte milieu-inspecteur dat geen sprake was van een strafbare poging, omdat het slachtoffer 'van meet af aan wist dat de door de verdachte gedane mededelingen (…) niet op waarheid berustten'. Mogelijk is de verwijzing naar het *Videodozen*-arrest dus een aanwijzing van de Hoge Raad voor het gerechtshof welke uitkomst in de onderhavige casus in de lijn der verwachting had gelegen en dus niet – zoals hiervoor werd gesteld – een vingerwijzing van de Hoge Raad aan de feitenrechter dat de uiterlijke verschijningsvorm moet worden gebruikt om de ondeugdelijkheid te beoordelen.

Daar komt bij dat het gerechtshof er in de *Milieu-inspecteur*-zaak ook (verder) juridisch een potje van had gemaakt. Het gerechtshof had overwogen dat de gebruikte oplichtingsmiddelen '(in elk geval relatief) ondeugdelijk' waren, om vervolgens de verdachte om die reden vrij te spreken.[37] De wetgever heeft echter in 1886 al aangegeven dat alleen de absoluut ondeugdelijke poging niet strafbaar is.[38] Ook uit de jurisprudentie van de Hoge Raad (van (ver) voor 2007, toen de *Milieu-inspecteur*-zaak speelde) kan worden afgeleid dat de relatieve ondeugdelijkheid van het middel niet maakt dat niet langer sprake is van een strafbare poging.[39] Op dit punt zat het gerechtshof er dus

37 Het gerechtshof meende dat het ging om een ondeugdelijk middel. Ik vraag me af of het hier niet eerder ging om een ondeugdelijk object. Zie over het onderscheid tussen middel en object nader par. 2.2.5 en hfdst. 8, par. 4.2.

38 Smidt I, p. 423 en 427.

39 Zie bijv. HR 24 februari 1948, *NJ* 1948/272, m.nt. Pompe (*Arsenicum*) en HR 15 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC3984, *NJ* 1980/245, m.nt. Van Veen (*Lexanruit*).

al naast. Verder had het gerechtshof de uiterlijke verschijningsvorm in het geheel niet genoemd in de onderliggende uitspraak. De vraag is dan ook of het eerste gedeelte van de overweging van de Hoge Raad in dit arrest niet moet worden opgevat als een meer algemene correctie van het gerechtshof, waarin het toetsingskader nog eens uiteen wordt gezet. Een aanwijzing daarvoor is ook rechtsoverweging 5.1 van het arrest, waarin de Hoge Raad zich niet beperkt tot de beantwoording van de vraag of sprake is van een (absoluut) ondeugdelijk pogingsmiddel, maar het cassatiemiddel breed houdt en spreekt over 'de klacht dat het Hof de verdachte ten onrechte heeft vrijgesproken'. Daarbij moet worden bedacht dat, nu het middel niet absoluut ondeugdelijk is, het gerechtshof zich na verwijzing (alsnog) moet buigen over de vraag of sprake is van begin van uitvoering. Mogelijk scherpt de Hoge Raad het gerechtshof in dat het daarvoor de uiterlijke verschijningsvorm moet gebruiken en geeft hij alvast de vingerwijzing dat het gelet op het *Videodozen*-arrest voor de hand ligt dat het gerechtshof aanneemt dat de bewezenverklaarde gedragingen een begin van uitvoering in de zin van artikel 45 Sr opleveren. Rechtsoverweging 5.2 van dit arrest kan dan zo begrepen worden dat eerst in algemene zin het kader voor begin van uitvoering uiteen wordt gezet en dat vervolgens – afzonderlijk – wordt ingegaan op de ondeugdelijkheid van het object. Dit laatste is dan een aparte omstandigheid die wordt betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm of bij het bestanddeel 'begin van uitvoering' als zodanig. De algemene bewoordingen ('staat op zichzelf aan het aannemen van een poging tot oplichting niet in de weg') duidt op dit laatste.

Anders dan in de *Milieu-inspecteur*-uitspraak had het gerechtshof in het *Kinderdoodslag*-uitspraak de uiterlijke verschijningsvorm wel genoemd ('Nog daargelaten de vraag of de handelingen van verdachte naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op voltooiing van het misdrijf'). Dit is mogelijk een verklaring waarom de Hoge Raad in deze uitspraak, anders dan in het *Milieu-inspecteur*-arrest, het niet heeft over dat het gerechtshof iets heeft 'miskend'. Net als in de *Milieu-inspecteur*-uitspraak is het evenwel niet uitgesloten dat in het eerste gedeelte van rechtsoverweging 3.2.3 een meer algemeen kader uiteen wordt gezet en dat alleen het tweede gedeelte ziet op de ondeugdelijkheid van de poging. Dat vermoeden wordt versterkt doordat de Hoge Raad het cassatiemiddel in rechtsoverweging 3.1 breed formuleert ('Het middel klaagt over de door het Hof gegeven vrijspraken van de (…) poging tot (kinder)doodslag.'). Het tweede gedeelte van rechtsoverweging 3.2.2 kan in dat geval zowel zo worden begrepen dat de ondeugdelijkheid wordt betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm ('in de hiervoor bedoelde zin'), als dat de ondeugdelijkheid wordt betrokken bij het bestanddeel 'begin van uitvoering' als zodanig ('ter uitvoering van het door de verdachte begane misdrijf').

Het voorgaande beknopt samenvattend, laten de overwegingen in deze twee arresten meerdere lezingen toe.

2.2.4 Ondeugdelijkheid buiten kader van 'begin van uitvoering'

2.2.4.1 Jurisprudentie

HR 23 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3587 (*Kastje*)
Poging oplichting (326 Sr)

> '3.4 Het in het middel bedoelde verweer is in het bestreden arrest als volgt samengevat en verworpen:
> (…)
> Het hof maakt uit bovenstaande op dat het kastje weliswaar niet optimaal heeft gefunctioneerd, maar dat op grond daarvan niet kan worden gezegd dat de verdachte en zijn mededaders zich hebben bediend van een absoluut ondeugdelijk middel. Het verweer wordt mitsdien verworpen.
> (…)
> 3.5.2. Het Hof heeft blijkens de onder 3.3 weergegeven gebezigde bewijsmiddelen en zijn onder 3.4 weergegeven overwegingen – niet onbegrijpelijk – onder meer vastgesteld, zakelijk weergegeven:
> – dat door middel van het kastje, indien juist aangesloten en ingeschakeld, het op het ING beeldscherm zichtbare beeld dat van de ING-computer afkomstig is op afstand kan worden geobserveerd en op afstand toetsaanslagen aan de ING computer kunnen worden aangeboden;
> – dat bij door de verdachte gegeven demonstraties het kastje, aangesloten op de computer, werkte, dat daarbij werd getoond dat bij het intoetsen van een naam op de computer de verdachte op zijn laptop kon zien welke naam werd ingetoetst en dat beelden afkomstig van het bij de bank geplaatste kastje konden worden waargenomen; en
> – dat het kastje heeft gefunctioneerd, zij het niet optimaal.
> In het licht van deze vaststellingen geeft het oordeel van het Hof, dat de poging tot oplichting strafbaar is omdat niet aannemelijk is dat sprake is geweest van het gebruik van een ondeugdelijk middel, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is ook niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd. Anders dan in de toelichting op de middelen wordt verondersteld, heeft het Hof aldus niet de mogelijkheid opengelaten dat het kastje, hoewel in het algemeen geschikt om tot voltooiing van het misdrijf te geraken, in het onderhavige geval niet geschikt was om het beoogde doel te bereiken.'

HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2776 (*Drugsdeal*)
Poging afpersing (317 Sr)

> '2.1 Het middel klaagt onder meer dat de bewezenverklaring wat betreft de poging tot het dwingen tot afgifte van een goed ontoereikend is gemotiveerd.
> (…)
> 2.3 De klacht berust kennelijk op de opvatting dat geen sprake kan zijn van een poging tot het dwingen tot afgifte van enig goed als bedoeld in art. 317 Sr, indien het goed op het moment van de uitvoeringshandeling van de poging (nog) niet tot het vermogen van het slachtoffer behoort en deze daarover (nog) geen beschikkingsmacht heeft. Die opvatting is echter in haar algemeenheid onjuist.'

2.2.4.2 Analyse

In de uitspraken *Kastje* en *Drugsdeal* wordt de ondeugdelijkheid door de Hoge Raad niet in verband gebracht met het bij het bestanddeel 'begin van uitvoering'. De ondeugdelijkheid wordt besproken bij de poging als zodanig ('het oordeel van het hof dat de poging tot oplichting strafbaar is' respectievelijk 'dat geen sprake kan zijn van een poging tot het dwingen tot afgifte van enig goed'). Opvallend in de *Drugsdeal*-zaak is dat uitdrukkelijk, ook door de Hoge Raad, het verband met bestanddelen van het grondmisdrijf wordt gelegd. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad de poging in die uitspraak koppelt aan het 'misdrijfvereiste'.[40] De uiterlijke verschijningsvorm wordt in deze uitspraken niet gebruikt.

Daarnaast kan nog worden gewezen op uitspraken van de Hoge Raad over het voorwaardelijk opzet, waarbij de vraag naar de ondeugdelijkheid van de poging lijkt te worden geadresseerd over de band van de 'aanmerkelijke kans'.[41] In die uitspraken wordt de ondeugdelijkheid dus behandeld in het kader van het bestanddeel 'voornemen' van artikel 45 Sr. De indruk die bij mij ontstaat op basis van een aantal van die uitspraken, is dat het daarbij veelal gaat om *relatief* ondeugdelijke pogingen. Mogelijk probeert de verdediging, omdat in dat geval de weg via het bestanddeel 'begin van uitvoering' weinig succesvol zal zijn, via het voorwaardelijk opzet (aanmerkelijke kans) aan strafbaarheid te ontkomen.[42]

2.2.5 Verschillende benaderingen bij middel en object?

Ik zie in de door mij geanalyseerde jurisprudentie (op dit punt aangekomen) geen reden om aan te nemen dat er sprake is van verschillende benaderingen ten aanzien van de ondeugdelijkheid van het middel en de ondeugdelijkheid van het object. In paragraaf 2.2.1 worden weliswaar alleen uitspraken genoemd die betrekking hebben op de ondeugdelijkheid van het middel, maar zoals ik in paragraaf 2.2.3 beschreef, biedt ook de *Kinderdoodslag*-uitspraak (ondeugdelijk object) aanknopingspunten voor de benadering die wordt beschreven

---

40 Poging is op grond van artikel 45 Sr slechts strafbaar wanneer het gaat om poging 'tot een misdrijf'. Dit laatste wordt ook wel het 'misdrijfvereiste' genoemd. Zie in soortgelijke zin Altena & Geelhoed 2017.

41 Vgl. Altena & Geelhoed 2017. Zie (vraagsgewijs) over de verhouding tussen de 'aanmerkelijke kans' bij opzet en de (absoluut) ondeugdelijke poging Knigge & Wolswijk 2015, p. 230. Volgens Machielse (NLR, art. 45, aant. 2.6.1) ontstaat er in de gevallen 'waarin de uiterlijke verschijningsvorm doorslaggevend is voor het aannemen van een begin van uitvoering spanning met de leer van de Hoge Raad over het voorwaardelijk opzet, meer bepaald over het vraagstuk van de invulling van de aanmerkelijke kans.' Hij gaat er daarbij van uit dat de Hoge Raad de 'aanmerkelijke kans' bij het voorwaardelijk opzet objectief heeft willen invullen. Zie daarover nader: Van Dijk 2017.

42 Zie bijv. HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2763, *NJ* 2017/198. De verdachte had het slachtoffer met een mes in de buikstreek gestoken. Het slachtoffer droeg evenwel een steekwerend vest, waardoor hij niet overleed.

in paragraaf 2.2.1. De paragraaf 2.2.2 en 2.2.3 hebben zowel betrekking op uitspraken die gaan over een ondeugdelijk middel als over een ondeugdelijk object. De *Milieu-inspecteur*-uitspraak illustreert bovendien dat er niet altijd goed onderscheid kan worden gemaakt tussen een ondeugdelijk middel en een ondeugdelijk object. In die uitspraak was het gerechtshof ingegaan op de ondeugdelijkheid van het middel, terwijl ook goed betoogd zou kunnen worden dat hier sprake was van een (relatief) ondeugdelijk object. De reden waarom de poging niet was geslaagd was immers dat het slachtoffer (het object) wist dat 'de mededelingen van de verdachte niet op waarheid berustten'.[43]

Ik kom op de (invulling die wordt gegeven aan) ondeugdelijke poging, en meer in het bijzonder het onderscheid tussen de ondeugdelijkheid van het middel en de ondeugdelijkheid van het object, nog terug in hoofdstuk 8, paragraaf 4.2. Daar zal ten aanzien van het object blijken dat zelfs de absolute ondeugdelijkheid daarvan niet altijd in de weg hoeft te staan aan een veroordeling wegens poging tot een misdrijf.

2.2.6 *Samenvattende bevindingen over het gebruik en de rol van de uiterlijke verschijningsvorm bij de ondeugdelijke poging*

De jurisprudentie over de ondeugdelijkheid van de poging is weinig eenduidig of helder ten aanzien van bij welk bestanddeel van poging dit onderwerp thuishoort. Er zijn zowel uitspraken waarin de ondeugdelijkheid bij het bestanddeel 'begin van uitvoering' als het bestanddeel 'voornemen' (via de aanmerkelijke kans bij het voorwaardelijk opzet), het 'misdrijfvereiste' of bij de poging als zodanig wordt besproken.[44] Alleen in uitspraken waarin de ondeugdelijkheid in het kader van het bestanddeel 'begin van uitvoering' wordt besproken, lijkt de uiterlijke verschijningsvorm een rol daarbij te hebben. De arresten laten ten aanzien van de wijze waarop de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt echter evenmin een eenduidig beeld zien. Drie benaderingen kunnen worden ontwaard.

Benadering 1

Bij het bestanddeel 'begin van uitvoering' wordt afzonderlijk beoordeeld: (1) Is de gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm gericht op voltooiing van het misdrijf? (2) Is het middel of object (absoluut) ondeugdelijk? De uiterlijke verschijningsvorm en de ondeugdelijkheid zijn daarmee *twee afzonderlijke factoren* bij het bestanddeel 'begin van uitvoering'.

---

43 Vgl. NLR, art. 45, aant. 2.6.1: 'Middel en object zijn overigens voor wat betreft de ondeugdelijkheid soms nauw op elkaar afgestemd. Als ik schiet op iemand met een kogelvrij vest is moeilijk te zeggen of het middel dan wel het object ondeugdelijk was (vgl. ook Buiting, o.c., p. 140).'

44 Vgl. Altena & Geelhoed 2017.

Benadering 2

De ondeugdelijkheid van het middel of object wordt apart beoordeeld. De (on)deugdelijkheid is vervolgens een *omstandigheid* die meeweegt bij de beoordeling of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm gericht is op voltooiing van het misdrijf.

Benadering 3

Of een middel of object ondeugdelijk is wordt bepaald aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm. De uiterlijke verschijningsvorm is een *criterium* aan de hand waarvan kan worden bepaald of sprake is van een absoluut ondeugdelijke poging.

In de paragrafen 2.2.1-2.2.3 zijn deze benaderingen schematisch weergegeven.

2.3 Bestanddeel 'voornemen'

Het bestanddeel 'voornemen' in artikel 45 Sr mag worden gelijkgesteld met opzet. Tenzij op basis van het grondmisdrijf een strenger opzetvereiste geldt,[45] omvat dit opzet alle opzetgradaties, dus ook voorwaardelijk opzet.[46] Op het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm bij opzet ga ik in hoofdstuk 3 in. Hier volsta ik met de constatering dat de uiterlijke verschijningsvorm, via het voorwaardelijk opzet, een rol kan spelen bij het bestanddeel 'voornemen'. Ik ben echter geen uitspraken tegengekomen waarin de uiterlijke verschijningsvorm zowel in het kader van het bestanddeel 'voornemen' als het bestanddeel 'begin van uitvoering' wordt gebruikt door de Hoge Raad. Op verklaringen hiervoor ga ik in hoofdstuk 8, paragraaf 2.1 in. Een van die verklaringen houdt ermee verband dat, zoals in paragraaf 3 van onderhavig hoofdstuk nog zal blijken, het vastgestelde voornemen in het kader van het bestanddeel 'begin van uitvoering' leidend is bij de interpretatie en kwalificatie van de gedraging.

2.4 Afbakening onvoltooide en voltooide poging: geen rol voor de uiterlijke verschijningsvorm

Ik ben één uitspraak tegengekomen waarin de uiterlijke verschijningsvorm in verband lijkt te worden gebracht met de vraag of de poging (tot in dit geval moord; artikel 289 Sr) is *voltooid*.

45 Als het grondmisdrijf bijvoorbeeld een oogmerk vereist, zal de poger ook het oogmerk moeten hebben gehad.

46 De Hullu 2018, p. 401; Kelk & De Jong 2019, p. 418; Knigge & Wolwijk 2015, p. 222.

In het arrest *Eemskanaal*[47] was de verdachte met zijn zoontje van vijf maanden in het (ijskoude) Eemskanaal gesprongen. Hij was er daarna met de baby weer uitgeklommen en was – met de natte en koude baby in dekens gewikkeld – richting het ziekenhuis in Groningen gereden. Op dat moment werd hij door de politie aangehouden. De Hoge Raad overwoog:

> '3.5.2 Gelet op het voorgaande geeft het in de overwegingen van het Hof besloten liggende oordeel dat in het onderhavige geval vrijwillige terugtred door de verdachte nog mogelijk was, ook al zouden de reeds door de verdachte verrichte gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden aangemerkt als een voltooide poging tot moord, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.'

Een letterlijke lezing van de overweging van de Hoge Raad zou kunnen leiden tot de gedachte dat aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm kan worden vastgesteld of de poging is voltooid (afbakening onvoltooide en voltooide poging). Het is echter de vraag of de Hoge Raad dit daadwerkelijk heeft bedoeld. Rechtsoverweging 3.5.2 vormt het antwoord op de door het OM in het middel opgeworpen vraag of bij een voltooide poging vrijwillige terugtred nog mogelijk is.[48] Het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm moet mogelijk worden geplaatst tegen de achtergrond dat het arrest van het gerechtshof geen enkel inzicht geeft in hoe het gerechtshof tot de conclusie is gekomen dat sprake was van een poging – een oordeel dat vooraf zou moeten gaan aan de afweging of sprake is van vrijwillige terugtred (zie paragraaf 2.5). Het enige dat het gerechtshof hierover had opgemerkt was dat het 'het aan verdachte onder (…) 3, primair, ten laste gelegde bewezen acht (…)'.[49] Dat aan deze overweging van de Hoge Raad niet de conclusie mag worden verbonden dat de uiterlijke verschijningsvorm ook een rol heeft bij de beantwoording van de vraag of de poging reeds voltooid is, leid ik verder daaruit af dat er geen andere uitspraken van de Hoge Raad zijn waarin de uiterlijke verschijningsvorm een rol bij de beantwoording van deze vraag speelt.[50]

2.5 Vrijwillige terugtred: geen rol voor de uiterlijke verschijningsvorm

In verschillende uitspraken van de Hoge Raad waarin de uiterlijke verschijningsvorm voorkomt, staat de vraag centraal of sprake is van vrijwillige terugtred in de zin van artikel 46b Sr. De uiterlijke verschijningsvorm wordt in die uitspraken evenwel niet gebruikt voor de vrijwillige terugtred.

---

47 HR 19 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ2169, *NJ* 2007/29.
48 Ja, is het antwoord op die vraag blijkens deze overweging van de Hoge Raad.
49 Hof Leeuwarden 18 april 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AT4108.
50 Zie bijv. HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5443, waarin deze rechtsvraag zonder de uiterlijke verschijningsvorm te gebruiken, wordt beantwoord.

Vrijwillige terugtred kan (bij de poging) pas aan de orde zijn als er sprake is van een begin van de uitvoering; daarvóór is van een strafbare poging immers nog geen sprake. Dat betekent dat er verschillende uitspraken zijn waarin de Hoge Raad eerst – vóórdat de vraag wordt besproken of sprake is van een vrijwillige terugtred – onder verwijzing naar de uiterlijke verschijningsvorm bespreekt of er sprake is van 'begin van de uitvoering'.[51]

Ik ben geen uitspraken tegengekomen waarin de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om de vraag te beantwoorden of sprake is van vrijwillige terugtred. Overwegingen zoals die van AG Machielse dat '[z]ijn handelen naar de uiterlijke verschijningsvorm gericht [bleef] op voltooiing van het misdrijf van opzettelijke levensberoving'[52] ben ik in de overwegingen van de Hoge Raad niet tegengekomen. Ik meen dan ook dat de uiterlijke verschijningsvorm geen rol heeft bij artikel 46b Sr.

3 Invulling van de uiterlijke verschijningsvorm

In paragraaf 2.1 bleek dat de uiterlijke verschijningsvorm het standaardcriterium is voor de beantwoording van de vraag of de bewezenverklaarde gedragingen kunnen worden gekwalificeerd als 'begin van uitvoering' in de zin van artikel 45 Sr. Van 'begin van uitvoering' is sprake als de bewezenverklaarde gedragingen 'naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van dat [SA: het ten laste gelegde] misdrijf'. In deze paragraaf bespreek ik welke omstandigheden worden betrokken bij dit criterium.

De ondeugdelijke poging (zie paragraaf 2.2) zal ik hier niet bespreken, nu op basis van de geanalyseerde jurisprudentie geen helder en eenduidig beeld ontstaat van het gebruik en de rol van de uiterlijke verschijningsvorm bij dit onderwerp. Wel zal ik de desbetreffende jurisprudentie bespreken voor zover daaruit blijkt van (andere) omstandigheden die worden betrokken bij de beantwoording van de vraag of sprake is van 'begin van uitvoering'. De jurisprudentie waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast bij het bestanddeel voornemen (zie paragraaf 2.3) zal ik hier evenmin bespreken. Die jurisprudentie komt aan de orde in hoofdstuk 3.

Omdat in de literatuur wordt aangenomen dat de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm mede afhankelijk is van het in de tenlastelegging opgeno-

51 Zie bijv. HR 13 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6709, *NJ* 2007/171 (*Gasexplosie*); HR 12 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN4351, *NJ* 2011/358 (*PTT*); en HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6466, *NJ* 2012/517, m.nt. Keijzer (Stadhuis Almelo).

52 Zie diens conclusie bij HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6612, *NJ* 2005/164, onder 3.7.

men grondmisdrijf,[53] beschrijf ik eerst in de paragrafen 3.1-3.11 per delict-(type) (veelal slechts gebaseerd op één of enkele uitspraken) welke omstandigheden *mogelijk* een rol spelen bij de uiterlijke verschijningsvorm (in het kader van dat delict(type)).[54] De volgorde waarin ik de omstandigheden per delict-(type) bespreek is willekeurig en zegt niets over het onderlinge belang van de omstandigheden. In paragraaf 3.12 zal ik ingaan op omstandigheden die delictoverstijgend worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Daarbij zal ook het belang van de omstandigheden en hun verhouding tot elkaar aan de orde komen. Daar zal blijken dat een aantal van de in de paragrafen 3.1-3.11 genoemde omstandigheden op zichzelf niet (zonder meer) voldoende zijn om aan te nemen dat sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het misdrijf.

De volgorde van de bespreking van de verschillende delict(typ)en is 'chronologisch'. Daarmee bedoel ik dat ik van de oudste uitspraak van de Hoge Raad bij het delict(type) ben uitgegaan en de delicten aan de hand van deze oudste uitspraken in volgorde heb gezet. Bij ieder delict(type) geef ik eerst (de belangrijkste overwegingen uit) de uitspraken weer. Daarna volgen een analyse en een opsomming van mijn bevindingen.

3.1 (Gekwalificeerde) diefstal (310, 311, 312 Sr)

3.1.1 Jurisprudentie

HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, *NJ* 1979/52, m.nt. Van Veen (*Cito*)

Nadat door een geldauto een geldbedrag bij uitzendbureau Cito was afgeleverd, waren twee mannen de toegangstrap naar de voordeur van het uitzendbureau opgelopen en hadden zij aangebeld. Zij hadden zich moeilijk herkenbaar gemaakt door een bromfietshelm op te zetten en hun gezicht gedeeltelijk te bedekken met een shawl of een stuk trui. De medeverdachte had een met scherpe patronen geladen schietklaar pistool bij zich en de verdachte zelf droeg een lege weekendtas. Het misdrijf werd niet voltooid omdat de voordeur niet werd opengedaan en de verdachten ter plaatse werden aangehouden door de politie. De Hoge Raad overwoog 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 voorgeno-

53 Zie o.a. de Hullu 2018, p. 389, Knigge & Wolswijk 2015, p. 226-229; Dolman 2008, onder 2.1; Rozemond in zijn noot bij HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:575, *NJ* 2016/318 (*Hasjiesj uit Marokko*); zie hfdst. 1, par. 3.1.1.

54 Zie voor een toelichting op deze aanpak hfdst. 1, par. 7.

> men misdrijf, daar zij naar haar uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf'.

HR 7 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI1588, *NJ* 2004/63 (*Bankpas zonder pincode*)

Bij een woninginbraak waren twee bankpasjes gestolen. Enige tijd later werd bij een pinautomaat met ieder van de twee pasjes één vergeefse poging gedaan om geld te pinnen. Omdat degene die pinde bij het pinnen probeerde de beveiligingscamera af te plakken, werd de politie gewaarschuwd. Die trof de verdachte en een medeverdachte ter plekke aan en hield hen aan. De bankpasjes werden in het gras gevonden. Ten laste van de verdachte was bewezenverklaard dat

> 'hij op tijdstippen op 30 september 2001 te Zuidwolde telkens ter uitvoering van het door verdachte voorgenomen misdrijf om tezamen en in vereniging met een ander telkens met het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening weg te nemen geldbedragen toebehorende aan A.E. van M. en die weg te nemen geldbedragen telkens onder hun bereik te brengen door middel van een valse sleutel, met bij een woninginbraak weggenomen bankpasjes, hebben getracht geld op te nemen bij een geld/pinautomaat van de Rabobank (gelegen aan de Hoofdstraat), terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid'.

De Hoge Raad oordeelde:

> '4.2 De hiervoor onder 3.2 weergegeven bewezenverklaarde gedraging is naar haar uiterlijke verschijningsvorm gericht op, en daartoe ook geëigend, de voltooiing van het misdrijf diefstal waarbij de schuldige het weg te nemen goed onder zijn bereik brengt door middel van een valse sleutel. Dit is niet anders indien de onjuistheid van de gebezigde pincode de uitvoering van bedoeld voornemen onmogelijk maakt.'

HR 3 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9152, *NJ* 2009/138 (*Ramkraak I*), ECLI:NL:HR:2009:BG9155 (*Ramkraak II*) en ECLI:NL:HR:2009:BG9157 (*Ramkraak III*)

Drie verdachten stonden terecht voor een gezamenlijke gepleegde poging tot diefstal met braak, een zogenoemde 'ramkraak', waarbij een pui uit een gevel wordt gereden. De poging was afgebroken omdat in een naastgelegen woning de lichten aan gingen. De Hoge Raad overwoog:

> '2.5 Uit de gebezigde bewijsmiddelen kan worden afgeleid dat een auto omstreeks 3.40 uur met gedoofde lichten het parkeerterrein van de supermarkt C-1000 opreed, dat twee personen uitstapten, dat die personen naar een van de toegangsdeuren van de supermarkt liepen, dat de auto achterwaarts in de richting van die deur reed op aanwijzing van een van die personen, dat de twee personen aan de kant gingen staan toen de auto nog slechts twee of drie meter van de toegangsdeur verwijderd was, dat op dat moment in de woning naast de supermarkt een licht aanging, dat de twee personen schrokken, iets naar de bestuurder riepen en snel instapten, waarna de auto met gedoofde lichten met hoge snelheid wegreed. De verdachte was een van die twee personen.

> 2.6 Gelet op deze vaststellingen geeft het oordeel van het Hof dat de bewezenverklaarde gedragingen van de verdachten naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden aangemerkt als te zijn gericht op voltooiing van het voorgenomen misdrijf, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het evenmin onbegrijpelijk.'

HR 12 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN4351, *NJ* 2011/358, m.nt. Keijzer (*PTT*)

De verdachte en drie medeverdachten hadden het voornemen opgevat om, kort gezegd, geld en/of goederen uit de woning van F. te stelen. Met een PTT-jas, een elektrisch wapen, walkietalkies en een doos waren ze naar de woning van F. gereden. B. – een van de medeverdachten – had de PTT-jas aangedaan en was, met de doos en het elektrische wapen, naar de voordeur gelopen. De drie anderen – waaronder de verdachte – waren in de auto blijven zitten. Het misdrijf werd niet voltooid, omdat B. – anders dan was afgesproken – niet aanbelde. In plaats daarvan deed B. alsof hij aanbelde, maar de bewoners niet thuis waren.[55] De Hoge Raad overwoog ten aanzien van 'begin van uitvoering':

> '4.2. Blijkens de hiervoor onder 2.3 weergegeven bewijsmotivering heeft het Hof vastgesteld dat
> (i) de verdachte met drie anderen, onder wie A. B., met de auto naar de woning van F. is gereden ter uitvoering van het voornemen om uit de woning van F. geld of goederen weg te nemen, dat
> (ii) zij toen een PTT-jas, een elektrisch wapen, walkie-talkies en een doos hebben meegenomen, dat
> (iii) B. de PTT-jas heeft aangedaan en aldus gekleed naar de woning van F. is gelopen terwijl hij bij zich had een doos met daarin het elektrische wapen, en
> (iv) B. bij de woning van F. "anders niets te zoeken had".
> 4.3. Gelet op deze vaststellingen geeft het oordeel van het Hof dat de bewezenverklaarde gedragingen van de verdachte en zijn medeverdachten naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden aangemerkt als te zijn gericht op de voltooiing van het voorgenomen misdrijf, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het evenmin onbegrijpelijk.'

HR 16 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2671 (*Telcentrum I*) en ECLI:NL:HR:2014:2675 (*Telcentrum II*)

De twee verdachten in deze zaak hadden het plan opgevat om een telcentrum van een supermarkt te overvallen. Daartoe waren ze in vermomming het huis van een medewerker van dat telcentrum binnengedrongen en hadden de medewerker met geweld bedreigd om zo informatie over de kluis te verkrijgen. De verdediging stelde dat nog sprake was van voorbereiding: de verdachten hadden over de informatie willen

55 Een beroep op vrijwillige terugtred kon voor de verdachte niet slagen, omdat dit alleen voor B. gold. B. had de medeverdachten namelijk niet tevoren van zijn besluit op de hoogte gebracht.

beschikken voordat zij zouden besluiten om tot een overval over te gaan. Het gerechtshof had hierover overwogen:

> 'Van een strafbare poging is sprake als de gedragingen van een verdachte zijn aan te merken als een begin van uitvoering van het voorgenomen misdrijf. Daarbij is leidend dat zij naar hun uiterlijke verschijningsvorm dienen te worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van dat misdrijf. Hiertoe kunnen naast de voor een derde zichtbare gedragingen ook bijdragen andere feiten en omstandigheden die de context van de gedragingen kunnen bepalen.
> Zoals hiervoor reeds in het kader van het medeplegen is overwogen gaat het hof ervan uit dat de verdachten het voornemen hadden om het telkantoor van de Hoogvliet te Zoeterwoude te overvallen. Daartoe zijn zij, nadat zij op verschillende dagen plaatsen hadden afgelegd die gerelateerd waren aan dat kantoor, eerst naar de woning van [slachtoffer 1] gegaan, alwaar zij haar onder bedreiging van vermoedelijk een vuurwapen hebben ondervraagd over de kluis, de hoeveelheid geld in de kluis op dat moment en wie van haar collega's de volgende ochtend zou komen werken. Het hof acht het uitermate onwaarschijnlijk dat de verdachten, na deze vragen aan [slachtoffer 1] te hebben gesteld, de woning weer zouden hebben verlaten om – na beraad – vervolgens op een ander moment het telcentrum te overvallen of aldaar in te breken. Daarbij neemt het hof mede in aanmerking dat [slachtoffer 2] de overvallers heeft horen zeggen dat zij zijn vrouw naar de kluis zouden meenemen en aan de vrouw is gevraagd of zij wilde meewerken.
> Verder dragen ook de goederen die de verdachten naar en in de woning van [slachtoffer 1] goederen hadden meegenomen bij aan de uitvoering van het plan, zoals tie wraps, wapens, pruiken en opplaksnorren, die konden dienen als vermomming.
> Het hof gaat derhalve voorbij aan de stelling van de verdediging en beschouwt de gedragingen van de verdachten als een opeenvolgend geheel, welke tot een voltooiing van het delict zouden hebben geleid als de verdachten niet door de politie waren gestoord. De overval in de woning van [slachtoffer 2] en [slachtoffer 1] en het stellen van de bovengenoemde vragen tijdens die overval kan gezien de uiterlijke verschijningsvorm worden beschouwd als een begin van uitvoering van de onder 2 primair, eerste en tweede cumulatief, tenlastegelegde poging.'

Volgens de Hoge Raad (*r.o.* 4.3) gaf dit oordeel van het gerechtshof

> 'dat sprake is van een strafbare poging om het telcentrum van de Hoogvliet te overvallen, niet blijk van een onjuiste opvatting omtrent het begrip "begin van uitvoering van het voornemen". Dat oordeel is, in aanmerking genomen de door het Hof vastgestelde feiten en omstandigheden, ook niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd'.

HR 19 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:683 (*Woninginbraak*)

Aan de verdachte was een poging tot diefstal door middel van braak en inklimming ten laste gelegd. De verdachte was op een balkon geklommen en had een raam dat toegang gaf tot een woning ingeslagen of ingegooid. Het gerechtshof had geoordeeld dat deze gedragingen naar uiterlijke verschijningsvorm waren aan te merken als

uitvoeringshandelingen van een poging tot woninginbraak. Het middel waarmee hiertegen op wordt gekomen, wordt door de Hoge Raad afgedaan met toepassing van artikel 81 Wet RO.

3.1.2 Analyse

In alle aangehaalde uitspraken is sprake van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het misdrijf (gekwalificeerde) diefstal.

De casus in de uitspraken *Cito* en *PTT* doen sterk aan elkaar denken. In beide casus lopen een of meerdere (mede)verdachten vermomd en gewapend naar de voordeur van het gebouw waar zij een gewapende overval willen plegen. Er is wel een verschil: In het *Cito*-arrest was – anders dan in de *PTT*-uitspraak – aangebeld. Dat desondanks ook in de *PTT*-uitspraak begin van uitvoering werd aangenomen zou kunnen betekenen dat de aanwezigheid op de beoogde plaats-delict op zichzelf al een belangrijke omstandigheid is en dat de (mede)verdachte niet al zo ver hoeft te zijn gegaan dat hij het beoogde object ook daadwerkelijk heeft benaderd. Deze conclusie kan evenwel niet zonder meer aan de *PTT*-zaak worden verbonden, omdat in die zaak op de achtergrond mogelijk meespeelde dat het voor de verdachte wel leek alsof de medeverdachte aanbelde (die deed alsof). Dit 'vermeende aanbellen' werd door de Hoge Raad in zijn opsomming (rechtsoverweging 4.2) echter niet genoemd. Daardoor is niet helemaal duidelijk in hoeverre deze omstandigheid relevant is. Dat neemt niet weg dat voor beide uitspraken geldt dat de verdachten al op de plaats-delict aanwezig waren en dat zij het beoogde object van het misdrijf (de (deur van de) woning) al waren genaderd. Ook in de *Ramkraak*-uitspraken zijn de verdachten het object van het misdrijf (de supermarkt) al dicht genaderd. Dat de Hoge Raad dit een relevante omstandigheid vindt, leid ik daaruit af dat de Hoge Raad in zijn overweging noemt dat 'de auto nog slechts twee of drie meter van de toegangsdeur verwijderd was'.

Een tweede overeenkomst tussen de *Cito*- en de *PTT*-uitspraak is dat in beide gevallen de (mede)verdachten de middelen om (een kwalificerend bestanddeel van) het delict te plegen bij zich hebben. Ook in de *Telcentrum*-uitspraken wordt bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken dat de verdachten voorwerpen om het misdrijf te plegen (tie-wraps, wapens, pruiken, opplaksnorren) bij zich hadden. In de *Bankpas zonder pincode*-uitspraak en de *Woninginbraak*-uitspraak waren de middelen om het misdrijf te plegen al ingezet, waarmee een kwalificerend bestanddeel (gebruik valse sleutels respectievelijk

braak) werd vervuld. De middelen hoeven, zo blijkt uit HR 22 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1519, *NJ* 1999/636, niet 'ten einde toe' te zijn gebruikt.[56]

Een derde overeenkomst tussen de *Cito*- en de *PTT*-uitspraak is dat het voornemen van de verdachte(n) vaststond. In cassatie werd dat voornemen niet betwist. Ook in de *Telcentrum*-uitspraken werd vooropgesteld dat de verdachten het voornemen hadden om het telcentrum te overvallen ('gaat het hof ervan uit dat de verdachten het voornemen hadden').

Een vierde overeenkomst tussen de uitspraken is dat bij de uiterlijke verschijningsvorm niet alleen de fysieke gedraging werd betrokken, maar dat ook de (verdachte) context een rol speelde. Hier kan in het bijzonder worden gewezen op de *Ramkraak*-uitspraken. In de bewezenverklaring van het gerechtshof was alleen opgenomen dat een auto in de richting van de toegangsdeuren van de supermarkt was gereden. De Hoge Raad schetste in zijn overwegingen echter de bredere context: het was 3.40u in de nacht, de lichten van de auto waren gedoofd en toen de lichten in de nabijgelegen woning aangingen reed de auto snel weg. Het zijn deze omstandigheden die de gedraging 'verdacht' maken. Waarom zou immers een auto midden in de nacht met de lichten gedoofd achteruit richting een pui van een supermarkt rijden en snel wegrijden zodra ergens lichten aangaan? Hiervoor lijkt geen niet-criminele verklaring te zijn. In de *PTT*-uitspraak voegde de Hoge Raad aan de door het gerechtshof genoemde omstandigheden iets toe, namelijk dat B. (de medeverdachte die vermomd naar de voordeur loopt) 'verder niks te zoeken had' bij de woning van F. Er was dus (ook hier) geen niet-criminele verklaring voor het gedrag van B. Mogelijk is deze omstandigheid bij de *PTT*-uitspraak – anders dan in de *Ramkraak*-uitspraken – geëxpliciteerd, omdat de gedragingen in de *PTT*-zaak er op zichzelf voor een ter plaatse aanwezige toeschouwer minder verdacht uitzien dan in de *Ramkraak*-uitspraken.

Hoewel dit niet expliciet werd betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm, lijkt in de uitspraken op de achtergrond mee te spelen dat het misdrijf alleen niet werd voltooid vanwege een onvoorziene omstandigheid – de politie gooide roet in het eten (*Cito*, *Telcentrum I & II*, *Woninginbraak*), een medeverdachte belde anders dan afgesproken niet aan (*PTT*), de lichten van een nabijgelegen woning gingen aan (*Ramkraak*). Had die omstandigheid zich niet voorgedaan, dan was het misdrijf naar verwachting wel degelijk voltooid. In de *Ramkraak*-uitspraken werd weliswaar niet expliciet benoemd dat door het aangaan van de lichten het misdrijf niet wordt voltooid, maar de omstandigheid dat de lichten aangingen, werd wel in de overweging van de Hoge Raad genoemd. Het meest expliciet ten aanzien van dit punt is de overweging van het gerechts-

56 In deze zaak over diefstal met braak en inklimming was de verdachte begonnen met de inklimming (hij was de regenpijp opgeklommen naar het dak) en was hij begonnen met de braak (hij had met een schroevendraaier in een hoek van het raam gestoken en had wrikkende bewegingen gemaakt), maar hij had het raam nog niet opengemaakt en was nog niet naar binnen geklommen.

hof in de *Telcentrum*-uitspraken ('welke tot een voltooiing van het delict zouden hebben geleid als de verdachten niet door de politie waren gestoord'). Deze overweging doet op het eerste oog denken aan het *Eindhovense brandstichting*-arrest.[57] Anders dan in het *Eindhovense brandstichting*-arrest wordt echter niet de eis van 'automatische voltooiing' gesteld. In de *Telcentrum*-zaak zou de voltooiing ook niet 'automatisch' zijn gevolgd. De verdachten moesten nog verschillende handelingen verrichten – zoals zich naar het telcentrum begeven – voordat het misdrijf voltooid had kunnen worden. Belangrijker lijkt te zijn dat – zoals het gerechtshof overwoog – sprake was van een 'opeenvolgend geheel' van handelingen.[58] Blijkbaar zijn de gedragingen zo nauw met elkaar verbonden, dat zij als een geheel moeten worden beschouwd. De verdachten hadden, met andere woorden, de eerste stap gezet van een nauw samenhangend stappenplan. Het gerechtshof nam aan dat de verdachten de volgende stap van hun plan direct volgend op deze eerste stap zouden hebben uitgevoerd. In zoverre hebben de verdachten, zo zou gezegd kunnen worden, een beslissende gedraging verricht die, zonder ingrijpen van buitenaf, zou hebben geleid tot voltooiing van het misdrijf. In dit opzicht doet de uitspraak denken aan het *Poging gasmoord/Hamer*-arrest.[59] In die casus hadden de verdachten ook al de eerste stap van hun vooropgezette plan uitgevoerd (en daarna ook direct de volgende stap hadden willen nemen). Mogelijk speelde in *Telcentrum I & II* ook mee dat de verdachten het slachtoffer in deze fase al hadden bedreigd met een vuurwapen. Zij hadden dus al een ander strafbaar feit gepleegd en het slachtoffer al in gevaar gebracht.[60]

3.1.3 Bevindingen

Uit de uitspraken *Cito*, *Bankpas zonder pincode*, *Ramkraak I, II & III*, *PTT*, *Telcentrum I & II* en *Woninginbraak*, leid ik af dat de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het misdrijf (gekwalificeerde) diefstal:

- De aanwezigheid van de verdachte op de plaats-delict;
- Het benaderen van het object van het misdrijf;
- Het in het bezit zijn van middelen om het delict/een gekwalificeerd bestanddeel daarvan te plegen;
- De inzet van middelen om het delict/een gekwalificeerd bestanddeel te plegen/het vervuld zijn van een gekwalificeerd bestanddeel;

57 Vgl. HR 19 maart 1934, *NJ* 1934/450, m.nt. Taverne; zie voor een beschrijving hfdst. 1, par. 2.
58 Vgl. De Hullu, p. 398.
59 HR 29 mei 1951, *NJ* 1951/480; zie voor een beschrijving hfdst. 1, par. 2.
60 Overigens was het ook in het *Poging gasmoord/Hamer*-arrest zo dat een van de verdachten al met een hamer had uitgehaald naar het slachtoffer. Ook daar was dus al geweld gepleegd tegen het slachtoffer en was dat slachtoffer al in gevaar gebracht.

- Het bewezen voornemen van de verdachte(n);
- Het ontbreken van een andere, niet criminele verklaring, voor het gedrag van de verdachte;
- De gedragingen die worden verricht vormen de eerste stap(pen) van een nauw samenhangend, opeenvolgend geheel van gedragingen; zonder ingrijpen van buitenaf zou het misdrijf zijn voltooid;
- De gedraging van de verdachte levert een ander strafbaar feit op;
- De verdachten hebben het slachtoffer al in gevaar gebracht.

Uit de hier besproken arresten leid ik af dat bij de uiterlijke verschijningsvorm naast de gedraging, ook de context waarbinnen die gedraging is gepleegd wordt betrokken.

3.2 Oplichting (326 Sr)

3.2.1 Jurisprudentie

HR 6 maart 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7279, *NJ* 1979/296 (*Autolening*)

De verdachte had geprobeerd, onder opgave van een valse naam, op basis van stukken van een gefingeerd bedrijf, een lening te krijgen voor de financiering van een auto. Dit was mislukt omdat het potentiële slachtoffer erachter was gekomen dat op het in het briefhoofd genoemde adres geen accountantskantoor was gevestigd. In cassatie was aangevoerd dat de bewezenverklaarde handelingen voorbereidingshandelingen waren en geen uitvoeringshandelingen. De Hoge Raad overwoog:

> '[D]at immers, wanneer – zoals ten laste van req. bewezen is verklaard – iemand het voornemen heeft opgevat om op een in art. 326 Sr. strafbaar gestelde wijze een ander te bewegen tot afgifte van enig goed en ten einde tot uitvoering daarvan te geraken, die ander in zijn kantoor bezoekt, hem meedeelt dat hij een bepaald bedrag aan geld wil lenen ter financiering van een auto, en daarbij een valse naam opgeeft en een schriftelijk stuk toont, zeggende dat dit betrekking heeft op zijn bedrijf, welk schriftelijk stuk onder het briefhoofd van een gefingeerd accountants-kantoor, cijfermatige gegevens bevat van een gefingeerd bedrijf, deze gedragingen zijn aan te merken als een begin van uitvoering van het misdrijf oplichting daar zij naar haar uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van dat misdrijf.'

HR 8 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC8475, *NJ* 1993/321 (*Videodozen*)

De verdachte en een medeverdachte hadden een potentiële koper benaderd, hem videorecorders te koop aangeboden en hem een daarvoor te betalen geldbedrag genoemd. In de auto waarin zij zaten, lagen evenwel geen videorecorders, maar alleen enkele met zand gevulde dozen met daarop de afbeelding van een videorecorder. De poging mislukte, omdat het beoogde slachtoffer al eens eerder slachtoffer was geweest

van deze oplichtingstruc. Hij had enkele maanden daarvoor nepvideo's van een ander lid van deze bende gekocht. De Hoge Raad overwoog (*r.o.* 6.2) dat

> 'de bewezen verklaarde gedragingen kunnen worden beschouwd als gedragingen die naar hun uiterlijke verschijningsvorm zijn gericht op voltooiing van het in de bewezenverklaring bedoelde misdrijf'.

HR 12 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5705, *NJ* 2009/237 (*CBR*)

De verdachte had samen met een aantal anderen met behulp van ontvangers waarop zij de juiste antwoorden konden ontvangen, geprobeerd het theorie-(rij)examen van het CBR te halen. Omdat M. [SA: leid uit de door hem afgelegde verklaring af: een medewerker van het CBR] vermoedde dat er 'iets niet goed zat' had hij de politie gebeld. De Hoge Raad overwoog:

> '2.3. Uit de gebezigde bewijsmiddelen kan het volgende worden afgeleid. Samen met drie andere vrouwen is de verdachte in Amsterdam opgehaald om naar het theorie-examencentrum van het CBR te Apeldoorn te worden gebracht om het theorie-examen af te leggen. Onderweg in de auto is uitgelegd dat de vrouwen vooraf een sigarettenpakje zouden krijgen met daarin een ontvanger waarmee codes voor de verschillende antwoordmogelijkheden konden worden ontvangen. Voorts is de werking van de ontvanger uitgelegd en is aan ieder van de vrouwen een ontvanger overhandigd. De ontvangers zijn van tevoren getest. De verdachte en de andere vrouwen hebben zich, toen zij bij het examencentrum van het CBR waren aangekomen, als kandidaten voor het theorie-examen laten aanmelden. De verdachte heeft plaatsgenomen in de examenzaal en heeft deelgenomen aan het examen.
> 2.4. Het in de bestreden uitspraak besloten liggende oordeel van het Hof dat het hiervoor genoemde samenstel van gedragingen, naar zijn uiterlijke verschijningsvorm bezien, kan worden aangemerkt als te zijn gericht op de voltooiing van het voorgenomen misdrijf om met het oogmerk om zich wederrechtelijk te bevoordelen door een of meer listige kunstgrepen een medewerker van het Centraal Buro Rijvaardigheidsbewijzen te bewegen tot de afgifte van een theoriecertificaat en dat de verdachte door haar aanmelding voor het examen heeft gehandeld ter uitvoering van dat misdrijf, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting terwijl het evenmin onbegrijpelijk is.'

3.2.2 *Analyse*

In de uitspraken *Autolening*, *Videodozen* en *CBR* was sprake van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het misdrijf oplichting.

De casus in de uitspraken *Autolening* en *Videodozen* lijken op elkaar. In beide uitspraken probeert de verdachte het slachtoffer iets op de mouw te spelden, om zo geld van dat slachtoffer los te peuteren. In beide uitspraken mislukt

dit, omdat het slachtoffer de truc doorzag.[61] De feiten in de *CBR*-uitspraak liggen iets anders. Toch zie ik ook hier een aantal overeenkomsten met de twee andere zaken.

Een eerste omstandigheid, die alle drie de uitspraken met elkaar gemeen hebben, is dat de verdachte al een valse naam/valse hoedanigheid had aangenomen, listige kunstgrepen heeft verricht of een samenweefstel van verdichtsels heeft gecreëerd. In de *Autolening*-uitspraak had de verdachte immers een valse naam aangenomen en een schriftelijk stuk opgemaakt als zijnde een stuk van een gefingeerd bedrijf, in de *Videodozen*-uitspraak waren dozen met de afbeelding van een videorecorder gevuld met zand en in de *CBR*-uitspraak had de verdachte een ontvanger gekregen waarop zij de juiste antwoorden kan ontvangen. Daarmee is aan een van de bestanddelen van het grondmisdrijf – (het aanwenden van) oplichtingmiddelen – reeds voldaan. De oplichtingsmiddelen zijn overigens nog niet in al deze uitspraken al ingezet *tegenover* het beoogde slachtoffer. Zo hadden de verdachten de videodozen in de *Videodozen*-uitspraak (nog) niet aan het slachtoffer laten zien. Het lijkt dus niet vereist dat de oplichtingsmiddelen al zijn *ingezet*.[62]

Voorgaande neemt niet weg dat, en dat brengt mij bij een tweede overeenkomst tussen de drie zaken, het potentiële slachtoffer wel al was benaderd. In de *Autolening*-uitspraak was in het cassatiemiddel onder meer aangevoerd dat de verdachte nog meerdere handelingen zou moeten verrichten voordat de gevraagde geldlening aan hem verstrekt zou worden. Daarom zou nog slechts sprake zijn van voorbereiding en nog niet van het voor poging vereiste begin van uitvoering. De Hoge Raad gaat hieraan voorbij, onder andere onder verwijzing naar de omstandigheid dat de verdachte het slachtoffer heeft bezocht in diens kantoor. Ook in de *Videodozen*-uitspraak is het potentiële slachtoffer al benaderd. Hij was op straat aangesproken door de verdachte met de vraag of hij geïnteresseerd was in handel. De verdachte bood het slachtoffer vervolgens de videorecorders aan en maakte de opmerking 'vier voor honderd'. AG Leijten had in zijn conclusie opgemerkt:

> 'Het lijkt mij ook duidelijk dat er van een uitvoeringshandeling en dus van strafbare poging sprake zou zijn geweest, als de dozen met zand als objecten van verkoop voor de dag waren gekomen, waren getoond enz.'

61 Zie voor een soortgelijke casus ook: HR 26 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6180, *NJ* 2007/366 (*Milieu-inspecteur*) (zie ook par. 2.2.3.1) en HR 26 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1006. Dat het slachtoffer de truc doorziet staat niet in de weg aan het oordeel dat sprake is van een strafbare poging. Het middel (of object) van het misdrijf is, blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad, slechts relatief ondeugdelijk. Zie over de verhouding tussen de ondeugdelijkheid van middel of object en de uiterlijke verschijningsvorm par. 2.2.3.

62 Vgl. par. 3.1.2: Ten aanzien van middelen die worden gebruikt om een (kwalificerend) bestanddeel te plegen lijkt bij diefstal evenmin vereist dat zij (ten einde toe) zijn ingezet.

Het enkel aanspreken van een slachtoffer op straat en het hem te koop aanbieden van videorecorders leek AG Leijten niet voldoende om te kunnen spreken van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op de voltooiing van het misdrijf oplichting. De Hoge Raad dacht daar, blijkens de uitspraak, anders over. Uit de overweging van de Hoge Raad in de *CBR*-uitspraak kan worden afgeleid dat reeds met de *aanmelding* bij het CBR een begin is gemaakt met de uitvoering van het voorgenomen misdrijf ('door haar aanmelding heeft gehandeld ter uitvoering van dat misdrijf'). Ook hier heeft de verdachte het 'slachtoffer' dus reeds benaderd.

In de *Videodozen*-uitspraak werd expliciet de vraag voorgelegd of ook niet (ter plaatse) zichtbare omstandigheden mogen worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Ik kom op dit punt terug in paragraaf 3.12.3. Hier signaleer ik alvast dat, hoewel dit punt voor het eerst expliciet aan de orde kwam in de *Videodozen*-uitspraak, ook in oudere uitspraken reeds niet zichtbare omstandigheden werden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Zo was in het *Cito*-arrest ook niet voor een aanwezige toeschouwer zichtbaar dat de wapens doorgeladen waren en de weekendtas leeg.

In de *Autolening*-uitspraak werd door de Hoge Raad het (bewezen) voornemen van de verdachte betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Ook in de *CBR*-uitspraak lijkt dit mee te wegen. In zijn opsomming van omstandigheden (rechtsoverweging 2.3) noemde de Hoge Raad immers de uitleg die in de auto aan de vrouwen wordt gegeven over de werkwijze.

3.2.3 Bevindingen

Uit de uitspraken *Autolening*, *Videodozen* en *CBR*, leid ik af dat de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het misdrijf oplichting:

- Er zijn oplichtingsmiddelen aangewend/aanwezig/er is een delictsbestanddeel van het grondmisdrijf vervuld;
- Het beoogde slachtoffer is al daadwerkelijk benaderd;
- Het bewezenverklaarde voornemen van de verdachte.

Uit de hier besproken uitspraken leid ik verder af dat ook omstandigheden die niet (direct) ter plaatse zichtbaar zijn, maar pas achteraf kunnen worden vastgesteld, worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm.

3.3 Bevrijding van een gevangene (191 Sr)

3.3.1 Jurisprudentie

HR 3 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AB8227, *NJ* 1984/375 (*C.s.*)

C.s. – een militair – was gedetineerd in het huis van bewaring/depot voor Discipline in de Willem III-kazerne. De verdachte was samen met een medeverdachte met een schroevendraaier en ander gereedschap achter een heg aangetroffen. De verdachte had naar eigen zeggen zijn poging om C.s. te bevrijden 'onderbroken, omdat ik het gevoel had dat er iets niet in orde was'. In cassatie (derde middel) werd aangevoerd dat het openknippen van een hek en het trachten te openen van een raam van een cel (nog) geen uitvoeringshandelingen van bevrijding van een gevangene waren. De Hoge Raad overwoog (*r.o.* 7.1):

> 'Anders dan het primair voorgestelde onderdeel van het middel betoogt, heeft het Hof de bewezenverklaarde gedraging ten aanzien van het voorgenomen misdrijf van art. 191 Sr van verdachte kunnen aanmerken als een begin van uitvoering zoals bedoeld in art. 45 Sr. Immers wanneer – zoals bewezen is verklaard – iemand het voornemen heeft opgevat om een op last van het openbaar gezag van zijn vrijheid beroofde persoon te bevrijden en teneinde tot uitvoering daarvan te geraken een gat knipt in de omheining of afrastering van het omliggende terrein en vervolgens een raam, waarachter zich de cel van de gedetineerde bevindt, met een schroevedraaier, een sloopbeitel en/of ander gereedschap gedeeltelijk losschroeft en beschadigt en daaraan wrikt, zijn deze gedragingen aan te merken als een begin van uitvoering van het eerder genoemde misdrijf, daar zij naar haar uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van dat misdrijf.'

3.3.2 Analyse

Over de omstandigheden in uitspraak *C.s.*, kan het volgende worden opgemerkt. De verdachte was aanwezig op het terrein (de plaats-delict). Hij had een schroevendraaier en ander gereedschap bij zich (middelen om het delict te plegen). Hij had die middelen ook al aangewend: hij had daarmee een gat in de omheining geknipt en het raam van de cel van C.s. al gedeeltelijk losgeschroefd. Nu het ging om het raam van de cel van C.s. had de verdachte dus ook het object van het misdrijf al benaderd. Bij zijn oordeel betrok de Hoge Raad ook het bewezenverklaarde voornemen van de verdachte ('Immers wanneer – zoals bewezen is verklaard – iemand het voornemen heeft opgevat (…)'). Het voornemen lijkt daarmee betrokken te kunnen worden bij de interpretatie van de gedraging. De Hoge Raad overwoog dit niet, maar het knippen van een gat in de omheining en het losschroeven en beschadigen van het raam leveren op zichzelf al een strafbaar feit op (vernieling).

3.3.3 Bevindingen

Uit de uitspraak *C.s.* leid ik af dat de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het misdrijf bevrijding van een gevangene:
- De aanwezigheid van de verdachte op de plaats-delict;
- Het benaderen van het object van het misdrijf;
- Het in het bezit zijn van middelen om het delict te plegen;
- Het aanwenden van die middelen;
- Het bewezenverklaarde voornemen van de verdachte.

Mogelijk speelt in deze uitspraak (op de achtergrond) een rol dat de gedragingen van de verdachte op zichzelf al een strafbaar feit opleveren (vernieling).

3.4 Moord en doodslag (287 en 288 Sr)[63]

3.4.1 Jurisprudentie[64]

HR 23 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9921, *NJ* 1988/420, m.nt. Mulder (*Wurging*)

De verdachte was in de ziekenzaal van een verpleegtehuis op de daar liggende patiënt S.– zijn stiefvader – gaan zitten en had die proberen te wurgen. De verdachte had toegegeven S. te hebben willen doden. S. had een hersenbloeding gehad en kon zelf niets meer. De verdachte was van mening dat sterven de beste oplossing voor S. was. De poging was niet geslaagd, omdat de verdachte op heterdaad was betrapt. De Hoge Raad overwoog:

> '6.3 Aldus heeft het hof het verweer terecht en op goede grond verworpen. De bewezen verklaarde gedraging van de verdachte was immers naar haar uiterlijke verschijningsvorm gericht op de voltooiing van het misdrijf doodslag, is daartoe geeigend en is derhalve aan te merken als een begin van uitvoering van dat misdrijf, terwijl de voltooiing daarvan achterwege is gebleven alleen ten gevolge van de

63 Ik bespreek moord en doodslag hier gezamenlijk, omdat het verschil tussen beide delicten, de voorbedachte raad, in het licht van het bestanddeel 'begin van uitvoering' niet relevant is gebleken. Op de uiterlijke verschijningsvorm en voorbedachte raad wordt in hfdst. 6 ingegaan.

64 HR 1 juli 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0511, *NJ* 1997/427 (*Het Trefpunt*), HR 19 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ2169, *NJ* 2007/29 (*Eemskanaal*) en HR 6 december 2012, ECLI:NL:HR:2016:2761 (*Kinderdoodslag*) laat ik hier buiten beschouwing. Alle drie deze uitspraken hebben betrekking op een reeds voltooide poging. In cassatie draait het dan ook niet om beantwoording van de vraag of er sprake was van 'begin van uitvoering'. De uiterlijke verschijningsvorm wordt wel genoemd, maar de Hoge Raad toetst de gedragingen er niet aan. De uitspraak *Het Trefpunt* wordt besproken in par. 3.12.1.1. Zie voor de uitspraak *Eemskanaal* par. 2.4 en de uitspraak *Kinderdoodslag* par. 2.2.3.

– onafhankelijk van de wil van de verdachte ingetreden – omstandigheid dat hij na het begin van uitvoering van genoemd misdrijf op heterdaad is betrapt.'

HR 14 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9588, *NJ* 1994/293 (*Lucifer*)

De verdachte had zijn vrouw (en zichzelf) van het leven willen beroven. Hij had daartoe een aantal flessen benzine in een auto gezet en had de auto zodanig geprepareerd dat de portieren na sluiting niet geopend konden worden. Vervolgens had hij zijn vrouw en zichzelf in de auto opgesloten en de auto naar een plek gereden waar hij de auto – met inzittenden – in brand wilde steken. Daar aangekomen, had hij het slachtoffer en de auto overgoten met benzine en een pakje lucifers ter hand genomen. De poging faalde, omdat een aantal omstanders de verdere uitvoering belette en de vrouw uit de auto bevrijdden. Anders dan ten laste gelegd, was niet bewezenverklaard dat de verdachte de lucifer ook had aangestoken. Zowel de rechtbank als het gerechtshof hadden het ten laste gelegde voor het overige wel bewezenverklaard en hadden dit gekwalificeerd als een poging tot moord. Dat oordeel werd in cassatie aan de orde gesteld. Er zou nog slechts sprake zijn van voorbereidingshandelingen. De Hoge Raad overwoog:

'5.3 De door het middel aan de orde gestelde vraag moet bevestigend worden beantwoord. Terecht heeft het hof geoordeeld dat hetgeen is bewezen verklaard poging tot moord oplevert. Immers, de bewezen verklaarde handelingen kunnen worden beschouwd als gedragingen die naar hun uiterlijke verschijningsvorm zijn gericht op voltooiing van het in de bewezenverklaring bedoelde misdrijf. Daaraan doet niet af dat een onderdeel van de telastelegging, te weten de gedraging dat de verdachte heeft getracht een lucifer aan te steken, niet is bewezen verklaard.'

HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6466, *NJ* 2012/517, m.nt. Keijzer (*Stadhuis Almelo*)

De verdachte was met twee geladen pistolen het stadhuis van Almelo binnengelopen, op zoek naar een bepaalde wethouder. Hij had daarbij herhaaldelijk geroepen dat hij de wethouder wilde doden. Toen hij de wethouder niet aantrof, had hij vijf personen in gijzeling genomen, om zo alsnog de wethouder te laten komen. Na telefonische onderhandelingen met de politie had de verdachte de gijzeling na meer dan vijf uur beëindigd en zijn excuses aangeboden. Een van de vragen die in cassatie aan de orde was, was of (al) sprake was van een begin van de uitvoering van de poging tot moord op de wethouder, nu de wethouder op geen enkel moment binnen het schietbereik van de verdachte was geweest. De Hoge Raad overwoog hierover:

'2.3 Gelet op de door het Hof vastgestelde feiten en omstandigheden geeft het oordeel van het Hof dat de bewezenverklaarde gedragingen van de verdachte – die erop neerkomen dat de verdachte met twee geladen pistolen in zijn handen op de beveiligde verdieping in het stadhuis waar de kamer van wethouder S. zich bevond gericht naar S. op zoek is gegaan en personen urenlang heeft gegijzeld opdat S. zou komen, terwijl hij meermalen heeft gezegd dat hij S. wilde doden – naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden aangemerkt als te zijn gericht op de voltooiing van het voorgenomen misdrijf, niet blijk van een onjuiste rechtsop-

vatting en is het evenmin onbegrijpelijk. Daaraan doet, anders dan het middel wil, niet af dat tussen de verdachte en S. geen rechtstreeks contact heeft plaatsgevonden.'

3.4.2 *Analyse*

In uitspraken *Wurging*, *Lucifer* en *Stadhuis Almelo* stonden – hoewel hetzelfde delict ten laste was gelegd – andere gedragingen centraal. Langzaam raken we ook steeds verder verwijderd van de voltooiing van het misdrijf. In de *Wurging*-uitspraak had de verdachte zich al begeven naar de plaats waar het slachtoffer was, had hij het slachtoffer al benaderd en had hij zelfs de 'middelen' om het slachtoffer van het leven te beroven (het wurgen) al aangewend. In de *Lucifer*-uitspraak werd de poging een stap eerder beëindigd. De verdachte had alle middelen om het misdrijf te plegen bij zich, hij had het slachtoffer al benaderd en het slachtoffer al in een bedreigende situatie gebracht. Wat hij echter nog niet had gedaan was de laatste handeling verrichten die nodig was voor de voltooiing: het aansteken van de lucifer. In de derde uitspraak – *Stadhuis Almelo* – zitten we nog weer een stap daarvoor. De verdachte had de middelen bij zich om het misdrijf te plegen en had zich begeven naar de plaats waar hij meende dat het slachtoffer zich bevond, maar hij had het slachtoffer niet in het vizier gekregen. In alle drie de uitspraken was sprake van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm gericht is op voltooiing van het misdrijf.

De overeenkomst tussen de drie uitspraken is dat de verdachte zich had begeven naar de plaats waar (hij meende dat) het slachtoffer zich bevond en de middelen bij zich had om het slachtoffer van het leven te beroven. Is dat dan voldoende, gelet op de *Stadhuis Almelo*-uitspraak, waar de verdachte niet verder komt dan dat? De opmerking van de Hoge Raad 'Daaraan doet, anders dan het middel wil, niet af dat tussen de verdachte en S. geen rechtstreeks contact heeft plaatsgevonden' lijkt in die richting te wijzen. Toch durf ik aan deze uitspraak niet de conclusie te verbinden dat het daadwerkelijk benaderen van het slachtoffer geen relevante omstandigheid is. In de *Stadhuis Almelo*-uitspraak had de verdachte zich begeven naar de plaats waar hij meende dat het slachtoffer zich bevond, diens kantoor. In de bewezenverklaring had het gerechtshof het erover dat de verdachte naar het stadhuis was gegaan. De Hoge Raad noemde echter specifiek 'de beveiligde verdieping waar de kamer van S. zich bevond'. Dit duidt er op dat relevant is dat de verdachte zich ook echt naar de plek had begeven waar hij het slachtoffer ook zou hebben aangetroffen, ware het niet dat het slachtoffer – geheel toevallig – op dit specifieke moment niet op het stadhuis was geweest. De verdachte had het daar vervolgens niet bij gelaten en was gericht op zoek gegaan naar het slachtoffer. Deze laatste omstandigheid werd evenmin (expliciet) door het gerechtshof genoemd

in de bewezenverklaring, maar werd wel door de Hoge Raad genoemd.[65] De verdachte had bovendien, toen het slachtoffer niet aanwezig bleek te zijn, op een andere manier – namelijk door een gijzeling (een ander strafbaar feit) – geprobeerd het slachtoffer alsnog naar het stadhuis te krijgen. Ten opzichte van de bewezenverklaring door het gerechtshof voegde de Hoge Raad toe dat de gijzeling 'urenlang' duurde, mogelijk om de grootte van de inspanning van de verdachte/diens vastberadenheid te benadrukken. Het was de verdachte menens.

In alle drie de uitspraken heeft de verdachte al personen in gevaar gebracht. In de uitspraken *Wurging* en *Lucifer* ging het om het beoogde slachtoffer, in de uitspraak *Stadhuis Almelo* om anderen in het stadhuis, en in het bijzonder de personen die urenlang door hem gegijzeld zijn.

De poging was, zonder de stomme toevalligheid dat het slachtoffer op dit specifieke moment niet op het stadhuis was, in de *Stadhuis Almelo*-zaak geslaagd. Ook in de *Lucifer*-uitspraak en de *Wurging*-uitspraak was de reden dat de verdachte niet tot voltooiing kwam, gelegen in een niet van de wil van de verdachte afhankelijke omstandigheid, namelijk dat omstanders hem tegenhielden. In deze laatste twee uitspraken werd deze expliciet genoemd. Een verklaring daarvoor kan zijn dat tot 1994 het uitblijven van vrijwillige terugtred een delictsbestanddeel van poging was.[66] In de *Stadhuis Almelo*-uitspraak kwam deze omstandigheid wel expliciet aan de orde, maar dan in het kader van het beroep dat was gedaan op vrijwillige terugtred. Uit deze drie uitspraken kan dus niet zonder meer worden afgeleid dat de omstandigheid dat de verdachte alleen niet tot voltooiing kwam door gedragingen van anderen, relevant is in het kader van de uiterlijke verschijningsvorm. Dat neemt niet weg dat in de *Stadhuis Almelo*-uitspraak de 'toevalligheid' van de afwezigheid van het slachtoffer en de volhardendheid van de verdachte wel werden betrokken bij het oordeel. Mogelijk speelde het gegeven dat het delict alleen niet is voltooid vanwege een niet van de wil van de verdachte afhankelijke omstandigheid dus toch (al dan niet impliciet) een rol.

In de zaken *Stadhuis Almelo* en *Lucifer* was nog geen sprake van een 'automatische' voltooiing. De verdachte in de *Lucifer*-zaak had de lucifer nog moeten aansteken en de verdachte in de *Stadhuis Almelo*-zaak had zijn wapen nog op het slachtoffer moeten richten en de trekker moeten overhalen. Maar de gedraging ging in beide zaken wel wat verder dan dat de verdachten de middelen alleen maar bij zich hadden. De verdachte in de *Lucifer*-zaak had het pakje lucifers al in zijn handen. De verdachte in de *Stadhuis Almelo*-zaak had de wapens niet alleen bij zich, hij had die wapens ook geladen en in zijn handen. In beide zaken werden deze omstandigheden ook genoemd. De

65 Zie nader par. 3.12.2.3. Daar kom ik op dit punt, in vergelijking met uitspraken over andere delicten, terug.

66 Daarna werd het een uitsluitingsgrond, opgenomen artikel 46b Sr. Zie de wet van 27 januari 1994, *Stb.* 60.

omstandigheid dat de verdachte een wapen 'in de aanslag' heeft, lijkt dus relevant. In de *Wurging*-uitspraak had de verdachte, zoals gezegd, de middelen (het wurgen) al aangewend.

Mogelijk werd in de *Stadhuis Almelo*-zaak ook het voornemen van de verdachte betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. De Hoge Raad betrok bij de uiterlijke verschijningsvorm immers ook de (herhaalde) uitspraak van de verdachte – gedaan tijdens de uitvoering van het feit – dat hij het slachtoffer wilde doden. In de uitspraken *Wurging* en *Lucifer* was het voornemen van de verdachte eveneens (afzonderlijk) vastgesteld. In de *Wurging*-uitspraak bleek dit voornemen uit de verklaringen van de verdachte, de reclassering en een psychiater. Mogelijk zijn de gedragingen mede tegen de achtergrond van het voornemen geïnterpreteerd.

3.4.3 Bevindingen

Uit de uitspraken *Wurging*, *Lucifer* en *Stadhuis Almelo*, leid ik af dat de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het misdrijf moord/doodslag:

- De aanwending van middelen om het misdrijf te plegen/de verdachte heeft een wapen 'in de aanslag';
- De aanwezigheid van de verdachte op de plaats-delict;
- De daadwerkelijke benadering van het slachtoffer of een (zeer) grote inspanning daartoe (volhardendheid van de verdachte);
- Het plegen van andere strafbare feiten;
- De verdachte heeft personen in gevaar gebracht;
- De voltooiing van het misdrijf blijft alleen uit vanwege een niet van de wil van de verdachte afhankelijke omstandigheid;
- Het vastgestelde voornemen van de verdachte.

3.5 Afpersing (317 Sr)

3.5.1 Jurisprudentie

HR 8 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0501, *NJ* 1988/612, m.nt. 't Hart (*Grenswisselkantoor/GWK*)

Twee verdachten hadden het voornemen om een Grenswisselkantoor te beroven. Zij hadden daarvoor al de nodige voorbereidingen getroffen. Ze hadden een auto gestolen, waarop ze gestolen kentekens hadden bevestigd. Ook hadden ze zich wapens verschaft en afspraken gemaakt. Al ten minste een keer eerder waren ze langs het Grenswisselkantoor gereden, maar ze hadden hun voornemen om dat te beroven toen niet uitgevoerd (wegens drukte/omdat de medewerker die ze hadden willen grijpen te snel het gebouw was binnengegaan). Op 27 april 1986 gingen de verdachten opnieuw op pad

met het voornemen de overval te plegen. Zij reden met de gestolen auto met valse kentekenplaatsen naar het Grenswisselkantoor. Ze zorgden ervoor dat ze daar voor het tijdstip van opening waren. In de auto hadden ze (imitatie)wapens liggen, evenals handboeien, touw en tape om de bankmedewerker te knevelen. Ze droegen dubbele kleding en hadden pruiken bij zich. Ze hadden zich met hun auto met draaiende motor op een parkeerplaats in de buurt van het Grenswisselkantoor geïnstalleerd, waar zij hadden gewacht op de komst van de medewerkers. Een van de verdachten zat op dat moment achter het stuur, de ander lag op de achterbank. Het plan was een medewerker te grijpen op het moment dat hij het kantoor zou binnengaan. Dat was van belang, want als de medewerker eenmaal binnen zou zijn, dan zou die zich in een beschermde ruimte bevinden. Een gearriveerde medewerker zag de auto, die hij een dag eerder ook al had zien staan, en vond dit verdacht. Daarop besloot hij niet het kantoor te openen, maar de politie te waarschuwen. Toen de politieauto verscheen, gingen de verdachten er vandoor. Na een wilde achtervolging werden zij tot stoppen gedwongen.

In cassatie was de vraag aan de orde of al sprake was van uitvoeringshandelingen of dat nog sprake was van voorbereidingshandelingen. De Hoge Raad overwoog:

> '6.1 De aangehaalde overwegingen van de Rb. kunnen de gegeven beslissing dragen. Zij zijn niet onbegrijpelijk en geven niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.
> 6.2 Met name heeft de Rb. aan het begrip "begin van uitvoering" niet een betekenis toegekend welke niet zou stroken met de zin die aan dat begrip toekomt in het eerste lid van art. 45 Sr.
> 6.3 Immers, wanneer iemand het voornemen heeft opgevat in een bank het misdrijf voorzien bij art. 317 Sr te plegen kan niet worden gezegd dat hij aan dat misdrijf begin van uitvoering heeft gegeven indien hij zich met een auto naar die bank heeft begeven, doch – om welke reden dan ook – die auto niet heeft verlaten, noch – in of vanuit die auto – een gedraging heeft verricht welke naar haar uiterlijke verschijningsvorm moet worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van dat voorgenomen misdrijf.'

HR 8 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0645, *NJ* 1988/896, m.nt. Mulder (*Wella*)

De verdachte had aan Wella Nederland NV – een fabrikant van haarverzorgingsmiddelen – twee brieven gestuurd waarin hij dreigde de haarverzorgingsmiddelen te bewerken met een vrijwel niet te verwijderen kleurstof (met alle nadelige gevolgen voor de gebruikers en het bedrijf van dien) als niet een geldbedrag van *f* 1.200.000,- aan hem werd overgemaakt. Wella had die brieven ook ontvangen. Volgens het middel was met de brieven nog geen sprake van een begin van uitvoering (maar slechts voorbereiding). De Hoge Raad overwoog:

> '5.2 Het middel faalt omdat de bewezen verklaarde verzending van de in de gebezigde bewijsmiddelen bedoelde brieven aan Wella Nederland NV, in aanmerking genomen de inhoud dier brieven, naar zijn uiterlijke verschijningsvorm moet worden beschouwd, als te zijn gericht op de voltooiing van het in art. 317 Sr beschreven misdrijf.'

3.5.2 *Analyse*

Twee uitspraken over begin van uitvoering bij een poging tot afpersing, waarbij in de ene uitspraak, de GWK-uitspraak, geen sprake was van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het misdrijf afpersing en in de andere uitspraak, het *Wella*-arrest, wel. Het feitencomplex in de GWK-uitspraak doet bovendien – hoewel het gaat om een ander misdrijf – sterk denken aan het feitencomplex in het in paragraaf 3.1 besproken *Cito*-arrest. Ook werd hetzelfde verweer gevoerd ('Het was een generale repetitie'). Niettemin werd in het *Cito*-arrest wel begin van uitvoering aangenomen en in de GWK-uitspraak niet.

Een verklaring die wel is gegeven voor het verschil in uitkomst tussen het *Cito*-arrest en de GWK-uitspraak is dat een waarnemer ter plekke in de *Cito*-casus wel én in de GWK-casus geen 'verdachte' situatie zou hebben waargenomen. De wapens, handboeien, touw, tape en pruiken lagen in de GWK-uitspraak immers nog in de auto en waren niet zichtbaar. Ook kon ter plekke niet worden gezien dat de auto gestolen was en dat de kentekenplaten vals waren.[67] Deze verklaring lijkt mij, gelet op de beide uitspraken, niet erg waarschijnlijk. Ook in het (oudere) *Cito*-arrest wogen al niet zichtbare omstandigheden mee (de inhoud van de weekendtas, dat het vuurwapen 'schietklaar' was en het voornemen). Ik kom hierop in paragraaf 3.12.3 nog terug. Mijns inziens kan niet gesteld worden dat het verschil daarin zit dat het handelen in de *Cito*-casus er – ook zonder de niet zichtbare omstandigheden – 'verdacht' uitzag en het handelen in de GWK-uitspraak niet. Dit laatste wordt immers weersproken door de omstandigheid dat de medewerker in de GWK-uitspraak de politie inschakelde omdat hij de situatie verdacht vond. Ook een gemiddelde waarnemer zal het gevoel krijgen dat er iets 'niet pluis' is wanneer hij een auto even voor openingstijd met draaiende motor met twee mannen daarin voor een bank ziet staan (en hij die auto de dag daarvoor ook al rondjes bij de bank heeft zien rijden).

Een andere verklaring lijkt mij dan ook waarschijnlijker, namelijk dat de gedragingen in de GWK-uitspraak nog te ver af lagen van de voltooiing van het misdrijf. Weliswaar waren de verdachten al op de plaats-delict aanwezig, maar anders dan in de *Cito*-zaak, hadden de verdachten in de GWK-uitspraak het object van het misdrijf (de bank) of het slachtoffer (de medewerker) nog niet daadwerkelijk benaderd. De Hoge Raad noemde dit ook ('doch – om welke reden dan ook – die auto niet heeft verlaten, noch – in of vanuit die auto – een gedraging heeft verricht'). Had(den) een of beide verdachten de bank benaderd of zich al naar de medewerker hebben begeven om die te 'grijpen', dan was de uitkomst mogelijk anders geweest, zo kan hieruit worden afgeleid.[68] Overigens laat de zinsnede 'in of vanuit die auto' de mogelijkheid open

67 Vgl. Rozemond, 2011, p. 134; De Hullu 2018, p. 398.
68 Zie in deze zin ook Knigge & Wolswijk 2015, p. 226.

dat al 'begin van uitvoering' had kunnen worden aangenomen voordat de verdachten de auto hadden verlaten. Onduidelijk is echter welke gedragingen de verdachten daarvoor (op zijn minst) vanuit de auto zouden hebben moeten verricht. De Hoge Raad liet zich daarover niet uit. Het niet daadwerkelijk benaderen van het object/slachtoffer is niet alleen een verschil tussen de uitspraken *GWK* en *Cito*, maar ook tussen de *GWK*- en de *Wella*-uitspraak, waarin wel 'begin van uitvoering' werd aangenomen. In deze laatste uitspraak had de verdachte het slachtoffer al benaderd door middel van brieven.[69] In de bewezenverklaring werd genoemd dat de brieven waren verzonden én dat ze waren ontvangen door het slachtoffer. Dit lijkt dus van belang.

Daar komt in de *Wella*-uitspraak bij dat met de gepleegde gedraging – gelet op de dreigende inhoud van de brieven – ook al een delictsbestanddeel van het grondmisdrijf was vervuld, namelijk bedreiging met geweld. Het middel om het slachtoffer af te persen was dus al ingezet. Dat dit door de Hoge Raad relevant wordt geacht, kan worden afgeleid uit de verwijzing door de Hoge Raad naar de inhoud van de brieven ('in aanmerking genomen de inhoud dier brieven'). Dit is ook een verschil met de *GWK*-uitspraak, waar de verdachten de middelen weliswaar bij zich hadden, maar nog niet hadden aangewend.

3.5.3 Bevindingen

Uit de uitspraken *GWK* en *Wella* leid ik af dat de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het misdrijf afpersing:

- Het beoogde object van het misdrijf is al daadwerkelijk benaderd;
- Er is een delictsbestanddeel van het grondmisdrijf vervuld/er zijn al middelen ingezet om het grondmisdrijf te plegen.

3.6 Verboden voorwerpen (Opiumwet, Wet wapens en munitie, Vuurwerkbesluit, Wet milieugevaarlijke stoffen)

In een aantal uitspraken werd de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad gebruikt bij een poging tot het bezit, vervoer, etc. van drugs, vuurwapens of vuurwerk. Ik bespreek deze uitspraken gezamenlijk omdat zij gingen over soortgelijke gedragingen ten aanzien van in Nederland (deels) verboden voorwerpen en sprake is van soortgelijke feitencomplexen. In de uitspraken zijn verschillende gedragingen ten laste gelegd: voorhanden hebben, vervoer,

69 Omdat deze omstandigheid niet alleen het verschil vormt tussen het *Cito*-arrest en de *GWK*-uitspraak, maar ook een verschil is tussen de *GWK*-uitspraak en het *Wella*-arrest, vind ik het ook niet waarschijnlijk dat een verklaring voor een verschil in uitkomst tussen de *Cito*- en *GWK*-casus (alleen) zou zijn dat een ander delict ten laste is gelegd.

afleveren, invoer, uitvoer en teelt. Ik bespreek deze verschillende gedragingen eerst afzonderlijk, zodat de vraag kan worden beantwoord of de omstandigheden die relevant zijn (mede) afhankelijk zijn van de centraal staande gedraging.[70] Ik begin met de uitspraken over een poging tot het (enkele) voorhanden hebben van het verboden voorwerp – de 'eenvoudigste' gedraging – en ga vervolgens verder met het vervoeren, het afleveren en het binnen en buiten het grondgebied brengen van het verboden voorwerp. Voordat ik inga op de vraag welke omstandigheden overkoepelend een rol spelen, eindig ik met een bespreking van het arrest dat betrekking heeft op hennepteelt.

In al de hier besproken uitspraken ging het om formele delicten.[71] Op dat aspect kom ik in paragraaf 3.12.3.7 terug.

3.6.1 Voorhanden hebben

3.6.1.1 Jurisprudentie

HR 31 augustus 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1187, *NJ* 2004/592 (*Vuurwerk*)

De verdachte had (illegaal) vuurwerk besteld. Hij was met een bestelauto naar een loods toegereden om dat vuurwerk af te halen. In die loods stond een vrachtwagen met vuurwerk. De laadklep daarvan was al neergelaten. Ten laste van de verdachte was bewezenverklaard dat

> 'hij op 6 december 1999, in de gemeente Coevorden, ter uitvoering van het door hem voorgenomen misdrijf om opzettelijk een hoeveelheid vuurwerk als bedoeld in het Vuurwerkbesluit Wet Milieugevaarlijke stoffen (Vwb), te weten: vijf Celebration Crackers (100 000 schots, T 809), welk vuurwerk niet voldeed aan de bij of krachtens het Vwb gestelde eisen, voorhanden te hebben, met dat opzet met een motorvoertuig, naar een loods van het transportbedrijf X op het industrieterrein, gelegen aan de Data te Coevorden is gegaan terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid'.

Het ingediende cassatiemiddel bevatte de klacht dat uit de gebezigde bewijsmiddelen niet kon worden afgeleid dat sprake was van een begin van uitvoering. De Hoge Raad overwoog:

---

70 Dit wordt wel gesteld in de literatuur. Zo stelt Rozemond in zijn noot bij HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, *NJ* 2015/403 (*Vuurwapen*) (onder 2), wanneer hij ingaat op het verschil tussen die zaak en HR 15 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9971, *NJ* 2011/95 (*Heroïne uit Roemenië*): 'Een mogelijk verschil met de zaak van het vuurwapen is dat de verdachte werd vervolgd voor een poging tot invoer van heroïne in Nederland en niet voor een poging tot het aanwezig hebben van heroïne.' In zijn noot bij HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:575, *NJ* 2016/318 (*Hasjiesj uit Marokko*)(onder 4) stelt dezelfde auteur: 'Het kan van de aard van het misdrijf (voorhanden hebben, aanwezig hebben, invoeren) afhangen of sprake is van een begin van uitvoering.'

71 Vgl. de annotaties bij de arresten en De Hullu 2018, p. 405-407; Knigge & Wolswijk 2015, p. 228-229; Kelk & De Jong 2019, p. 416-417; Vetzo 2016.

> '3.4 Uit die bewijsmiddelen kan worden afgeleid:
> i. dat de verdachte verboden vuurwerk heeft besteld en dat vuurwerk wilde afhalen bij een loods in Coevorden (bewijsmiddelen 5 en 6);
> ii. dat hij daartoe met een bestelauto naar die loods is gereden (bewijsmiddel 1);
> iii. dat in die loods een vrachtwagen met vuurwerk stond, waarvan de laadklep was neergelaten (bewijsmiddel 1);
> iv. dat kort voor aankomst van de verdachte een zekere Y, die eveneens vuurwerk had besteld, in een bestelauto bij de loods arriveerde (bewijsmiddelen 1 en 3);
> v. dat die bestelauto de loods werd binnengereden om vuurwerk in te laden (bewijsmiddel 3); en
> vi. dat de verdachte en Y via zendapparatuur met elkaar in contact stonden (bewijsmiddelen 4 en 5).
> 3.5 In aanmerking genomen hetgeen hiervoor onder 3.4 is overwogen geeft 's Hofs in de bestreden uitspraak besloten liggende oordeel dat de bewezenverklaarde gedraging van de verdachte naar haar uiterlijke verschijningsvorm moet worden aangemerkt als te zijn gericht op voltooiing van het voorgenomen misdrijf, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, en is het evenmin onbegrijpelijk. De hier besproken klacht faalt dus.'

HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, *NJ* 2015/403, m.nt. Rozemond (*Vuurwapen*)

De verdachte had gereageerd op een op internet geplaatste advertentie waarin een vuurwapen te koop werd aangeboden. Hij had de adverteerder opgebeld en gezegd dat hij het wapen wilde kopen. Toen de adverteerder begreep dat de verdachte geen verlof voor het bezit van een vuurwapen had, had de adverteerder het gesprek afgebroken. Ten laste van de verdachte werd bewezenverklaard dat

> 'hij op 17 januari 2013 te Zeist, ter uitvoering van het door hem, verdachte, voorgenomen misdrijf om een vuurwapen van categorie III (een vuurwapen: S&W 5906) voorhanden te krijgen,
> – heeft gereageerd op een advertentie waarin een vuurwapen te koop werd aangeboden en
> – tegen een adverteerder heeft gezegd dat hij een vuurwapen wilde kopen en
> – met die adverteerder een (mondelinge) overeenkomst heeft gesloten om voor €350,- een wapen (een vuurwapen: S&W 5906) te kopen, althans tegen die adverteerder, althans persoon, – doelend op een wapen (een vuurwapen: S&W 5906) – heeft gezegd: "Prima ik wil hem kopen",
> terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid'.

Het gerechtshof had ten aanzien van de bewezenverklaring het volgende overwogen:

> '3.2.3. Door de raadsman is aangevoerd dat verdachte moet worden vrijgesproken van het onder 2 tenlastegelegde, nu er geen sprake is van een begin van uitvoering en dus geen poging. Verdachte heeft zich alleen willen laten informeren over de mogelijkheden van het kopen van een vuurwapen. Toen bleek dat hij daar een vergunning voor nodig had, heeft hij zich als koper vrijwillig teruggetrokken. Verdachte had geen opzet op het voorhanden krijgen/hebben van het vuurwapen; zijn contact met de verkoper moet als een hulpkreet worden aangemerkt.

> Het hof verwerpt de verweren. De uiterlijke verschijningsvorm van de gedragingen van verdachte is die van een op het verkrijgen van een vuurwapen gericht contact met de verkoper. Verdachte heeft deze verkoper gerichte vragen gesteld over het aangeboden vuurwapen en de bijbehorende munitie. Tijdens dat gesprek heeft verdachte ook aangegeven het wapen daadwerkelijk te willen kopen. Daarmee heeft verdachte geprobeerd een overeenkomst te sluiten die tot het door hem voorhanden krijgen/hebben van het vuurwapen zou leiden. Dat dit voorhanden krijgen/hebben niet is gerealiseerd is het gevolg van het feit dat de verkoper niet bereid was het wapen en de munitie te leveren zonder dat verdachte een verlof voor het bezit van een vuurwapen had. In een dergelijke situatie is met betrekking tot het ten laste gelegde delict sprake van een begin van uitvoering en is niet gebleken dat het misdrijf niet is voltooid ten gevolge van omstandigheden van de wil van de dader afhankelijk.'

De Hoge Raad overwoog in reactie op het middel dat tegen de bewezenverklaring was gericht:

> '3.3 Blijkens de bewijsvoering heeft het Hof vastgesteld dat de verdachte naar aanleiding van een op internet geplaatste advertentie waarin een vuurwapen te koop werd aangeboden telefonisch contact heeft gezocht met de verkoper, [betrokkene]. Hij heeft deze verkoper daarbij gerichte vragen gesteld over het aangeboden vuurwapen en de bijbehorende munitie. Tijdens dat gesprek heeft hij aangegeven het wapen daadwerkelijk te willen kopen en daarmee "geprobeerd een overeenkomst te sluiten die tot het door hem voorhanden krijgen van het vuurwapen zou leiden". De verkoper was echter niet bereid het vuurwapen te leveren toen hem bleek dat de verdachte geen verlof voor het bezit van een vuurwapen had. Gelet op deze vaststellingen geeft het kennelijk oordeel van het Hof dat de bewezenverklaarde gedragingen van de verdachte naar de uiterlijke verschijningsvorm zijn gericht op de voltooiing van het delict dat bestaat in het voorhanden hebben van een vuurwapen en dat die gedragingen dus moeten worden aangemerkt als een begin van uitvoering van het voorgenomen misdrijf van art. 26, eerste lid, van de Wet wapens en munitie, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het, de gevoerde verweren in aanmerking genomen, evenmin onbegrijpelijk.'

3.6.1.2 Analyse

In zowel de *Vuurwerk*- als de *Vuurwapen*-uitspraak liet de Hoge Raad het oordeel van het gerechtshof dat sprake was van een gedraging die is gericht op voltooiing van het voorhanden hebben van het betreffende voorwerp, in stand. Een overeenkomst tussen beide casus is dat de verdachte contact had gezocht met een verkoper en met die verkoper een 'overeenkomst' had gesloten respectievelijk proberen te sluiten. In de vuurwerkzaak had de verdachte immers vuurwerk besteld. In de vuurwapenzaak probeert de verdachte telefonisch een overeenkomst te sluiten.

Een verschil tussen beide uitspraken is dat de verdachte in de *Vuurwerk*-zaak ook al naar de loods was toegereden om het vuurwerk op te halen (hij was dus al op de 'plaats-delict'), terwijl de verdachte in de *Vuurwapen*-zaak 'slechts' met de verkoper had gebeld. Dit verschil is opvallend omdat de Hoge

Raad in de *Vuurwerk*-zaak zelfs nog een aantal bijkomende omstandigheden noemde (de vrachtwagen was al open; dat vuurwerk was zichtbaar; Y., met wie de verdachte in contact stond, arriveerde bij de loods met een bestelwagen waarin het vuurwerk kon worden ingeladen). Deze aanvullende omstandigheden waren niet in de bewezenverklaring genoemd. Daarmee lijkt die uitspraak erop te wijzen dat het enkele aanwezig zijn op de plaats-delict niet voldoende is. De uitspraak lijkt erop te duiden dat de verdachte in de aanwezigheid van het verboden voorwerp moet zijn.

In de *Vuurwapen*-zaak was de verdachte echter lang zo ver nog niet. Toch werden de gedragingen van de verdachte ook in die zaak aangemerkt als 'begin van uitvoering'. Mogelijk speelt daarbij mee dat duidelijk was dat de verdachte het wapen daadwerkelijk wilde kopen en hij daar ook moeite voor had gedaan. Het voornemen van de verdachte had een bepaalde vastheid. Hij stelde immers – in de woorden van de Hoge Raad – 'gerichte vragen' en 'hij heeft aangegeven het wapen daadwerkelijk te willen kopen en daarmee geprobeerd een overeenkomst te sluiten die tot het door hem voorhanden krijgen van het vuurwapen zou leiden'. Een andere omstandigheid die mogelijk relevant is in dit verband is dat de (enige) reden waarom de verdachte niet verder is gekomen in de uitvoering van zijn voornemen, is dat de verkoper het wapen niet meer wilde verkopen toen hij hoorde dat de verdachte geen wapenvergunning had (een van de wil van de verdachte niet afhankelijke omstandigheid). In de overweging van het gerechtshof kwam dit punt vrij expliciet naar voren. Ook de Hoge Raad noemde de omstandigheid dat de verkoper niet bereid was het vuurwapen te leveren. In de literatuur is wel gesteld dat de gevaarlijkheid van het verboden voorwerp op de achtergrond meespeelt. Hoewel ook van illegaal vuurwerk een gevaar uitgaat, is dat gevaar wellicht minder acuut dan het gevaar dat uitgaat van het bezit van een vuurwapen.[72] Ik denk echter dat het niet zozeer gaat om de gevaarlijkheid van het voorwerp – daarover overwoog de Hoge Raad in de *Vuurwapen*-uitspraak immers niets en ook in de andere uitspraken over verboden voorwerpen lijkt dit aspect geen rol te spelen – , maar de mate waarin sprake was van een beslissende gedraging die in principe zal leiden tot voltooiing van het misdrijf. In de *Vuurwapen*-uitspraak overwoog de Hoge Raad immers onder andere (rechtsoverweging 3.3): 'Daarmee heeft verdachte geprobeerd een overeenkomst te sluiten die *tot het door hem voorhanden krijgen van het vuurwapen zou leiden* [cursivering: SA]'. Daarmee lijkt de Hoge Raad tot uitdrukking te brengen dat er door de gedraging van de verdachte iets in gang is gezet dat, zonder ingrijpen van buitenaf, zal leiden tot voltooiing van het misdrijf.

Bij voorgaande moet worden bedacht dat met het sluiten van de overeenkomst al sprake kan zijn van 'voorhanden hebben', ook als de koper het voorwerp dan nog niet zelf in handen heeft. Met het sluiten van de overeen-

72 Vgl. Rozemond in zijn noot bij het *Vuurwapen*-arrest, onder 4.

komst komt het wapen immers in de machtssfeer/beschikkingsmacht van de verdachte.[73] Dit is een verschil met de *Vuurwerk*-zaak. Met het (enkele) bestellen van illegaal vuurwerk, is dat vuurwerk immers nog niet in de beschikkingsmacht van de koper. De verkoper is misschien zelf nog niet eens in bezit van het vuurwerk (maar moet dat weer elders bestellen) en de koper kan ook nog van zijn bestelling afzien. Het vuurwerk komt pas in de beschikkingsmacht van de koper op het moment dat hij op zijn minst in de nabijheid van dat vuurwerk komt. Hetzelfde geldt mogelijk wanneer iemand in algemene zin bij een wapenhandelaar (illegale) wapens besteld of drugs besteld bij een drugsdealer.[74] Dat is anders wanneer, zoals in de *Vuurwapen*-zaak, het gaat om de koop van een specifiek wapen van een verkoper die dat wapen (legaal) in zijn bezit heeft en dat (legaal) wil verkopen.

Een andere reden waarom de aanwezigheid van het vuurwerk (en de zichtbaarheid daarvan) in de *Vuurwerk*-zaak mogelijk van belang is voor de uiterlijke verschijningsvorm, is dat deze omstandigheid mogelijk niet (alleen) relevant is om te bepalen in welke fase het feitencomplex zich bevindt (voorbereiding of poging), maar ook om vast te stellen dat de in de casus centraal staande gedraging geen alledaagse gedraging was, maar een op een misdrijf gerichte gedraging. Het naar een loods rijden met een bestelbusje is immers niet zonder meer een op een misdrijf gerichte gedraging. Dat wordt het pas als duidelijk wordt dat in die loods illegaal vuurwerk aanwezig is en de verdachte van plan is dat vuurwerk in te laden.

3.6.1.3 Bevindingen

Uit de uitspraken *Vuurwerk* en *Vuurwapen*, leid ik af dat de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het misdrijf:

- Het benaderen van de verkoper van de voorwerpen en het maken van afspraken over de verkrijging van het voorwerp (sluiten van een overeenkomst/bestellen);
- Het zich begeven naar de plaats waar die voorwerpen zich bevinden/de aanwezigheid (en zichtbaarheid) van dat voorwerp op de plaats waar de verdachte zich bevindt;
- De vastheid van het voornemen van de verdachte;
- Het niet bemachtigen van het voorwerp is alleen gelegen in een niet van de wil van de verdachte afhankelijke omstandigheid;

73 T&C Sr, art. 26 WWM, aant. 6.

74 Zie over de onzekerheid dat de verdachte ook hetgeen hij bestelt krijgt in het bijzonder de *Weed*-uitspraak in par. 3.6.2. Zie over deze omstandigheid eveneens par. 3.6.4.

- Het door de verdachte al (bijna) in zijn beschikkingsmacht hebben van het verboden voorwerp/het verrichten van een beslissende gedraging die ertoe zal leiden dat de verdachte het voorwerp voorhanden krijgt.

3.6.2 Vervoeren, afleveren, binnen en buiten het grondgebied brengen

3.6.2.1 Jurisprudentie

HR 20 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0821, *NJ* 1990/32, m.nt. Van Veen (*Heroïne in Utrecht I*)

De verdachte was van Amsterdam naar Utrecht gereden om daar een pakketje heroïne op te halen. Voordat hij de heroïne in ontvangst kon nemen, werd hij bij het Jaarbeursplein aangehouden door de politie. De heroïne werd pas enige tijd daarna op een heel andere plek – langs de snelweg aan de Oostwaard te Maarssen – aangetroffen. De Hoge Raad overwoog:

> '5.1 Het middel stelt terecht dat het ten laste van de verdachte bewezen verklaarde, voor zover inhoudende dat deze "zich van Amsterdam naar Utrecht heeft begeven om de in de bewezenverklaring bedoelde heroine in ontvangst te nemen", niet oplevert een begin van uitvoering van de in art. 2 eerste lid onder B (vervoeren) resp. in art. 2 eerste lid onder C Opiumwet, jo. art. 10 van die Wet strafbaar gestelde feiten. Indien – zoals ten laste van de verdachte bewezen is verklaard – iemand het voornemen heeft opgevat tot het opzettelijk vervoeren en aanwezig hebben van een hoeveelheid heroïne kan het enkele zich begeven naar de gemeente waar hij – zoals het hof kennelijk met de woorden "om die heroïne in ontvangst te nemen" tot uitdrukking gebracht heeft beschouwd – ingevolge tevoren gemaakte afspraak verwacht die heroïne in ontvangst te kunnen nemen, niet worden aangemerkt als een gedraging die naar haar uiterlijke verschijningsvorm moet worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van dat voorgenomen misdrijf.'

HR 20 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0822, *NJ* 1990/33, m.nt. Van Veen (*Heroïne in Utrecht II*)

In deze zaak gaat het om dezelfde casus als in *NJ* 1990/32. Staat in *NJ* 1990/32 de afnemer van de heroïne centraal, in deze zaak draait het om de verkoper. De verdachte in deze zaak werkte samen met een aantal personen die beschikten over heroïne. De verdachte, die zelf niet beschikte over de heroïne, had een potentiële afnemer gebeld. Hij had de afnemer voorgesteld om naar Utrecht te komen om daar in contact te treden met degenen die de beschikking hadden over de heroïne en vervolgens de heroïne van hen in ontvangst te nemen. De potentiële afnemer was naar het Jaarbeursplein toegekomen. Daar had de verdachte hem gevraagd of hij de drugs naar Amsterdam wilde vervoeren. De personen die beschikten over de drugs waren ook op het Jaarbeursplein aanwezig, maar de drugs zelf niet: die waren in Maarssen. De verdachte werd, net als de anderen, aangehouden door de politie op het Jaarbeursplein. In het middel werd betoogd dat de gedragingen niet een begin van de uitvoering van het afleveren van heroïne opleverde. De Hoge Raad overwoog:

> '5.2 (…) Het aldus bewezen verklaarde oproepen van degeen die als afnemer van de af te leveren heroïne zou optreden om zich op een afgesproken tijd naar een afgesproken plaats te begeven ten einde die heroïne in ontvangst te nemen, en het na aankomst van die persoon op die plaats met deze in contact treden – welk contact blijkens de gebezigde bewijsmiddelen heeft bestaan in het aanspreken van die persoon (Y) met het verzoek een partij heroïne naar Amsterdam te vervoeren, zulks terwijl de personen die de beschikking hadden over die heroïne zich in overleg met de verdachte ophielden in diens onmiddellijke nabijheid – heeft het hof kunnen aanmerken als gedragingen die naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op voltooiing van het in de bewezenverklaring bedoelde misdrijf. Daaraan doet niet af dat – gelijk mede uit de bewijsmiddelen blijkt – de af te leveren heroïne zich niet bevond ter plaatse waar voormeld contact tot stand werd gebracht.'

HR 17 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:436, *NJ* 2007/436, m.nt. Reijntjes (*Cocaïne*)

De verdachte en zijn mededader hadden het plan opgevat een kilo cocaïne te kopen. Ze waren met het oog daarop, met vuurwapens, naar een woning gegaan. De poging om cocaïne te kopen mislukte, omdat er een schietpartij ontstond tussen de verdachten en de andere aanwezigen in de woning, waarna de verdachten vertrokken en de cocaïne achterlieten in de woning. De verdachte werd in deze zaak door het gerechtshof veroordeeld voor het medeplegen van poging tot vervoer van cocaïne. Bewezenverklaard werd dat

> 'hij op 25 oktober 2002 te Zoetermeer, ter uitvoering van het door verdachte tezamen met een ander voorgenomen misdrijf om opzettelijk te vervoeren ongeveer 1 kilogram cocaïne zijnde cocaïne een middel vermeld op de bij de Opiumwet behorende lijst I, opzettelijk zich tezamen met een ander op afspraak in een voertuig naar een woning te Zoetermeer heeft begeven om aldaar een hoeveelheid cocaïne na weging aan te kopen en vervolgens te vervoeren, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid'.

In cassatie werd tegen dit oordeel opgekomen: de bewezenverklaarde gedragingen zouden geen begin van uitvoering opleveren. De Hoge Raad overwoog:

> '4.4 Uit de gebezigde bewijsmiddelen kan worden afgeleid:
> (i) dat de verdachte en zijn mededader voornemens waren een kilo cocaïne te kopen;
> (ii) dat zij zich met het oog daarop, met vuurwapens gewapend, hebben begeven naar een woning in Zoetermeer;
> (iii) dat zij – zoals met de verkopers was afgesproken – een aankoopbedrag van € 20.000,- hadden meegenomen, dat in de kleding van de verdachte verstopt was, alsmede weegschalen, ammoniak en een lepel om de cocaïne te testen;
> (iv) dat in die woning "een blok cocaïne" aanwezig was, hun is getoond en door hen is getest.
> 4.5 De klacht dat de bewezenverklaring, voor zover inhoudende dat de verdachte "zich tezamen met een ander op afspraak (…) naar een woning te Zoetermeer heeft begeven om aldaar een hoeveelheid cocaïne na weging aan te kopen en vervolgens

> te vervoeren", niet oplevert een begin van uitvoering van het medeplegen van het vervoeren in de zin van art 2, eerste lid onder B, Opiumwet, faalt. De klacht miskent (…) dat de gebezigde bewijsmiddelen niet alleen inhouden dat de verdachte en zijn mededader zich met evenvermeld voornemen derwaarts hebben begeven, maar ook dat in bedoelde woning "een blok cocaïne" aanwezig was en dat "dat spul" door hen is getest. Het oordeel van het Hof dat het hiervoor onder 4.4 weergegeven samenstel van gedragingen, naar hun uiterlijke verschijningsvorm bezien, kan worden aangemerkt als te zijn gericht op de voltooiing van het voorgenomen misdrijf om de cocaïne na het aankopen daarvan te vervoeren en dat de verdachte daarom heeft gehandeld ter uitvoering van dat misdrijf, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting terwijl het evenmin onbegrijpelijk is.'

HR 7 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5707 (*Weed*)

De verdachte en zijn medeverdachte hadden contact met een Engelse afnemer van weed. De medeverdachte had een tussenpersoon benaderd met het verzoek om 200 kg weed te regelen. Die wilde daartoe pas overgaan na een aanbetaling van 10%. Nadat de aanbetaling was gedaan, had de tussenpersoon 200kg weed bij twee anderen besteld. Die gaven aan dat het al veel was als ze 100kg zouden kunnen krijgen. Met de Engelse afnemer werd afgesproken dat hij eerst 100kg zou krijgen en de volgende morgen nog eens 100kg. Uiteindelijk werd het maar (iets meer dan) 40kg. Deze 40kg weed werd afgeleverd in een BMW-garage in Naarden en daar overgeladen in een bus. Met die bus werd naar een parkeerplaats gereden, waar ook de verdachte aanwezig was. De bus werd geplaatst naast een andere bus, met een Engels kenteken. De weed werd daarin overgeladen. Op dat moment kwam de politie ter plaatse. De verdachte werd door het gerechtshof veroordeeld wegens een poging tot medeplegen tot het buiten het grondgebied brengen van 200kg weed. In cassatie werd tegen dit oordeel opgekomen. Bewezenverklaard werd dat

> 'hij in de periode van 24 maart 2002 tot en met 26 maart 2002 in Nederland, ter uitvoering van het door verdachte en zijn mededaders voorgenomen misdrijf om tezamen en in vereniging met anderen, opzettelijk buiten het grondgebied van Nederland te brengen, als bedoeld in artikel 1 lid 5 van de Opiumwet, in totaal ongeveer 200 kilogram weed, zijnde weed een middel vermeld op de bij die wet behorende lijst II (hierna te noemen: softdrugs) immers hebben verdachte en zijn mededaders opzettelijk:
> – afspraken gemaakt over de verkrijging en aanschaf van genoemde hoeveelheid softdrugs en de prijs van die softdrugs en de financiële afwikkeling van de transactie en de plaats van de overdracht en de betaling van die softdrugs en de wijze waarop de overdracht en de betaling van die softdrugs zou plaatsvinden en
> – een geldbedrag voor de aankoop van die softdrugs verschaft en
> – een deel van de softdrugs opgehaald en in een auto (een blauwe volkswagen transporter) geladen en vervoerd naar de plek van de overdracht en overgeladen in een andere auto (een witte mercedes vito voorzien van een Engelse kentekenplaat), terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid'.

De Hoge Raad overwoog:

> '4.1. Het middel behelst onder meer de klacht dat uit de gebezigde bewijsmiddelen niet kan worden afgeleid dat de verdachte en zijn mededaders gepoogd hebben om 200 kg weed buiten het grondgebied van Nederland te brengen, zoals onder 1 is bewezenverklaard.
> 4.2. Uit de gebezigde bewijsmiddelen kan worden afgeleid:
> (i) dat de verdachte en zijn mededaders voornemens waren in totaal 200 kg weed (eerst 100 kg, daags daarna nog eens 100 kg) te leveren om deze in het buitenland, onder meer in Engeland af te zetten (bewijsmiddelen e, h en i);
> (ii) dat na een aanbetaling van 10% een bestelling is gedaan voor 200 kg weed (bewijsmiddelen h en i);
> (iii) dat de prijs per kilogram werd bepaald op fl. 5300,= (bewijsmiddel h en i);
> (iv) dat is afgesproken dat meteen 40 kg zou worden geleverd (bewijsmiddel k);
> (v) dat een leverantie van 100 kg volgens de toeleverancier "al veel was" (bewijsmiddel h) en "dat 200 kg zeer moeilijk haalbaar was om te regelen" (bewijsmiddel i);
> (vi) dat de aflevering van die 40 kg plaatvond bij de BMW-garage in Naarden (bewijsmiddel k) en dat die 40 kg daar in een bus is geladen (bewijsmiddel h);
> (vii) dat daarmee naar een Tulip Inn hotel is gereden alwaar zich op de parkeerplaats ook de verdachte bevond (bewijsmiddelen a en d);
> (viii) dat op deze parkeerplaats de bus werd geparkeerd naast een Mercedes Vito die was voorzien van een Engels kenteken (bewijsmiddel a);
> (xi) dat de politie in de achterruimte van die Mercedes Vito een viertal gevulde kartonnen dozen heeft aangetroffen waarvan een doos is geopend en waarin 20 pakketten weed lagen (bewijsmiddel b);
> (x) dat in de ruimte van de bus waar deze dozen voordien stonden, de geur van weed hing (bewijsmiddel b).
> 4.3. Mede in het licht van deze vaststellingen is het in de bestreden uitspraak besloten liggende oordeel van het Hof dat de bewezenverklaarde gedragingen van de verdachte en zijn mededaders naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden aangemerkt als te zijn gericht op de voltooiing van het voorgenomen misdrijf om 200 kilogram weed buiten het grondgebied van Nederland te brengen, niet naar de eis der wet met redenen omkleed.'

HR 15 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9971, *NJ* 2011/95 (*Heroïne uit Roemenië*)

De verdachte was afgereisd naar Roemenië om aldaar heroïne in ontvangst te nemen voor doorvoer naar Nederland. Hij kon echter de vrachtauto waarin de heroïne zich zou bevinden niet vinden en keerde onverrichter zaken terug naar Nederland. De verdediging voerde aan dat de verdachte nimmer de persoon had ontmoet die de heroïne aan hem zou afgeven en dat er ook geen overdracht aan de verdachte had plaatsgevonden, hetgeen volgens de verdediging noodzakelijk was om te kunnen spreken van 'begin van de uitvoering'. Het gerechtshof verwierp dit verweer. Het overwoog daartoe:

> 'Blijkens artikel 1, vierde lid van de Opiumwet is het binnen het grondgebied van Nederland brengen een ruim begrip. Uit de afgeluisterde en opgenomen telefoon-

> gesprekken tussen de verdachte en zijn medeverdachten kan worden afgeleid dat de verdachte de intentie had om de heroïne naar Nederland te brengen. Door de ten laste gelegde en bewezenverklaarde handelingen heeft de verdachte een begin gemaakt met het verwezenlijken van de invoer van de heroïne in Nederland. Het verweer wordt dan ook verworpen.'

Dit oordeel hield in cassatie geen stand. De Hoge Raad overwoog:

> '2.4 In het licht van de uit de gebezigde bewijsmiddelen blijkende toedracht, te weten dat de verdachte geld, navigatiemateriaal en een GSM met SIM-kaart heeft ontvangen/aangenomen van B. en dat hij met een auto is afgereisd naar Roemenië en/of Hongarije met de bedoeling aldaar een hoeveelheid van 59 kg heroïne in ontvangst te nemen voor vervoer naar Nederland, maar dat hij onverrichterzake is teruggekeerd omdat hij de vrachtauto waarin de heroïne zich zou bevinden niet heeft kunnen vinden, is het oordeel van het Hof dat sprake was van een begin van uitvoering van het binnen Nederland brengen van heroïne niet zonder meer begrijpelijk. Daaraan doet niet af dat de verdachte, zoals het Hof heeft overwogen, wel de intentie tot zodanige invoer van heroïne had.'

HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:575, *NJ* 2016/318, m.nt. Rozemond (*Hasjiesj uit Marokko*)

De verdachte werd veroordeeld voor het medeplegen van een poging tot het binnen het grondgebied van Nederland brengen van hasjiesj. Bewezenverklaard was dat zij

> 'in de periode van 7 november 2008 tot en met 10 januari 2009 te Susteren, gemeente Echt Susteren en te Sittard, gemeente Sittard-Geleen en te Tanger tezamen en in vereniging met anderen ter uitvoering van het door verdachte voorgenomen misdrijf om opzettelijk binnen het grondgebied van Nederland te brengen een hoeveelheid hasjiesj, zijnde hasjiesj een middel als bedoeld op de bij de Opiumwet behorende lijst II, immers hebben verdachte en haar mededader
> – een voertuig (Seat Toledo gekentekend (...)) gekocht en op naam gesteld en
> – voornoemd voertuig laten voorzien van een dubbele bodem en
> – zich ter beschikking gesteld om als koerier verdovende middelen te vervoeren en
> – door een of meer mededaders zijnde B. en H. gegeven aanwijzingen opgevolgd en
> – voornoemd voertuig in ontvangst genomen van B. en
> – voornoemd voertuig naar Marokko gereden terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid'.

Het gerechtshof had overwogen:

> 'Evenals de rechtbank constateert het hof dat in deze zaak vast staat dat de verdachte en haar partner, D., en een ander stel zich met auto's van hetzelfde type naar Marokko hebben begeven om aldaar hasjiesj op te halen en deze hasjiesj naar Nederland te smokkelen. Met dat doel waren beide auto's van een verborgen ruimte voorzien. Op een gegeven moment is het andere stel vanuit Marokko naar Neder-

> land vertrokken. Kort nadat dit stel in Nederland was gearriveerd bleek dat zij inderdaad hasjiesj binnen het grondgebied van Nederland hadden gebracht. Een aantal personen werd daarop door de politie aangehouden. Toen de verdachte dit hoorde vermoedde zij naar eigen zeggen direct dat het ging om het stel dat reeds met de andere auto vanuit Marokko naar Nederland was gereisd. De verdachte besloot daarop niet langer in Marokko te blijven en terug te vliegen naar Nederland. Naar het oordeel van het hof waren de even weergegeven gedragingen van meerdere betrokken personen, onder wie de verdachte, ontegenzeggelijk gericht op het transporteren van hasjiesj van Marokko naar Nederland. Er was dan ook reeds sprake van een begin van uitvoering van het invoeren van hasjiesj op het moment dat de verdachte met een speciaal daartoe geprepareerde auto naar Marokko vertrok om aldaar hasjiesj op te halen met als doel deze naar Nederland te brengen. Deze gedraging was naar haar uiterlijke verschijningsvorm immers gericht op de voltooiing van het voorgenomen misdrijf, te weten het binnen het grondgebied van Nederland brengen van hasjiesj.'

De Hoge Raad casseerde:

> '2.3 Het Hof heeft blijkens zijn, hiervoor in 2.2.2 weergegeven, overwegingen het oordeel dat de verdachte zich heeft schuldig gemaakt aan een strafbare poging tot het binnen het grondgebied van Nederland brengen van hasjiesj bij uitstek erop gebaseerd dat het begin van uitvoering is gesitueerd "op het moment dat de verdachte met een speciaal daartoe geprepareerde auto naar Marokko vertrok". Dat oordeel is, zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet begrijpelijk, mede in aanmerking genomen dat ook van de overige bewezenverklaarde gedragingen niet kan worden gezegd dat deze naar hun uiterlijke verschijningsvorm reeds in voldoende concrete mate gericht waren op de voltooiing van de invoer in Nederland van hasjiesj.'

3.6.2.2 Analyse

In de uitspraken *Heroïne in Utrecht I* (vervoeren), *Weed* (buiten grondgebied brengen), *Heroïne uit Roemenië* (binnen grondgebied brengen) en *Hasjiesj uit Marokko* (binnen grondgebied brengen) was geen sprake van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm was gericht op voltooiing van het misdrijf; in de uitspraken *Heroïne in Utrecht II* (afleveren) en *Cocaïne* (vervoeren) wel.

Een overeenkomst tussen alle zes de uitspraken is dat het voornemen van de verdachte vaststond, vaak omdat hij afspraken had gemaakt met medeverdachten. Ook had de verdachte zich in alle uitspraken al begeven naar de plaats waar hij de drugs in ontvangst zal nemen of juist zal overdragen (aanwezigheid op de 'plaats-delict'). Dit is – althans in gevallen waarin de verdachte de afnemer van de drugs is – niet voldoende voor 'begin van uitvoering', zo kan worden afgeleid uit de *Heroïne in Utrecht I*-uitspraak. Het lijkt er op dat de drugs op dezelfde plaats als de verdachte aanwezig moeten zijn, of in ieder geval in de nabijheid daarvan. In de *Cocaïne*-uitspraak – waarin de veroordeling van de verdachte wel in stand bleef – waren de drugs wél aanwezig op de plaats waar de verdachten zich bevonden. In de *Cocaïne*-zaak

hadden de verdachten de drugs zelfs gezien en getest. De verdachten hadden de drugs dus voorhanden gehad. Ook hadden zij middelen meegenomen om de cocaïne te verkrijgen, namelijk geld en vuurwapens. Dat de Hoge Raad voornoemde omstandigheden relevant acht, leid ik daaruit af dat de Hoge Raad deze omstandigheden noemde bovenop de omstandigheden die in de bewezenverklaring zijn opgenomen. Met name de aanwezigheid van de cocaïne en de omstandigheid dat de verdachten de cocaïne hadden getest, lijken van bijzonder belang. Deze omstandigheden werden immers niet alleen in rechtsoverweging 4.4 (opsomming feiten en omstandigheden), maar ook in rechtsoverweging 4.5 (beoordeling) genoemd.

In de uitspraken *Heroïne uit Roemenië* en *Hasjiesj uit Marokko* – waarin het binnen het grondgebied van Nederland brengen van drugs ten laste was gelegd – was duidelijk dat de verdachte het voornemen had drugs te smokkelen. De verdachte had ook al gehandeld ter uitvoering daarvan. In beide zaken was de verdachte afgereisd naar het land waar hij/zij de drugs in ontvangst zou nemen en had de verdachte middelen bij zich – een auto (met een dubbele bodem) – om de drugs terug naar Nederland te vervoeren. In beide zaken bleek dit niet voldoende voor een veroordeling. Overeenkomsten tussen beide zaken zijn dat de verdachte onverrichter zake naar Nederland waren teruggekeerd en niet met de drugs in aanraking waren gekomen. Althans, dat was niet bewezen. In de *Hasjiesj uit Marokko*-uitspraak kon volgens AG Aben uit de bewijsmiddelen worden afgeleid dat de auto van de verdachte na haar aankomst in Marokko was 'volgestopt met drugs'.[75] Dit maakte evenwel geen onderdeel uit van de bewezenverklaring of de beschrijving van de feiten door het gerechtshof. Het gerechtshof had specifiek het moment dat de verdachte naar Marokko vertrok genoemd als gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm was gericht op voltooiing van het voorgenomen misdrijf. Dit oordeel was volgens de Hoge Raad (zonder nadere motivering) niet begrijpelijk. De Hoge Raad nam nog wel mede in aanmerking de overige *bewezenverklaarde* gedragingen, maar zoals gezegd, werd de door AG Aben genoemde omstandigheid door het gerechtshof niet genoemd in de bewezenverklaring. Uit de uitspraken kan hierdoor niet worden afgeleid of het in aanwezigheid van de drugs verkeren voldoende zou zijn geweest om aan het *Cito*-criterium te voldoen of dat daarvoor al een beweging richting het Nederlandse grondgebied had moeten zijn gemaakt met de drugs.[76] De *Cocaïne*-uitspraak biedt hierover

75 Zie de conclusie van de AG, onder 15.

76 In dit laatste geval zal in ieder geval sprake zijn van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het misdrijf, zo lijkt te kunnen worden afgeleid uit HR 18 november 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9559, *NJ* 1987/276, m.nt. 't Hart. Dat betekent mijns inziens evenwel nog niet dat het maken van een reisbeweging ook altijd vereist is, zoals annotator Rozemond stelt in zijn conclusie bij de *Hasjiesj uit Marokko*-uitspraak, onder 3. Die conclusie kun je op basis van voornoemde uitspraak in combinatie met *Hasjiesj uit Marokko* niet zomaar trekken, nu de variant waarin iemand wel over de drugs beschikt, maar nog niet begonnen is met een reisbeweging, precies tussen de situaties

evenmin uitsluitsel, omdat in die uitspraak het 'vervoeren' van drugs ten laste was gelegd, terwijl in de *Hasjiesj uit Marokko*-uitspraak het 'binnen het grondgebied van Nederland brengen' van drugs ten laste was gelegd. Bij 'vervoeren' is op grond van de jurisprudentie sprake van een voltooid delict op het moment dat de drugs worden verplaatst, terwijl het binnen het grondgebied van Nederland brengen pas is voltooid op het moment dat de verdachte de drugs de grens overbrengt.[77] Mogelijk wordt bij het vervoer van drugs dus al in een (iets) eerdere fase 'begin van uitvoering' aangenomen dan bij het binnen het grondgebied van Nederland brengen van drugs. Een aanwijzing dat het enkele in aanraking komen met de drugs niet voldoende is, en dat een reisbeweging richting het grondgebied van Nederland vereist is, zou kunnen zijn dat de Hoge Raad de omstandigheid dat de drugs in de auto waren 'gepropt' niet heeft betrokken. In andere uitspraken heeft de Hoge Raad er immers geen moeite mee omstandigheden die niet in de bewezenverklaring, maar wel uit de bewijsmiddelen voortvloeien, te betrekken bij zijn oordeel.[78] Tegelijkertijd ging het hier niet om een (kleine) aanvullende omstandigheid die relevant was voor de context, maar om een belangrijk onderdeel van de gedraging. Dat kan ook betekenen dat de Hoge Raad in dit geval de omstandigheid niet had betrokken, omdat hij daarmee te veel op de stoel van de feitenrechter zou zijn gaan zitten, aan wie immers de feitenselectie is voorbehouden.

De *Weed*-uitspraak, die gaat over een poging tot het *buiten* het grondgebied brengen van drugs, biedt hierover evenmin uitsluitsel. In deze zaak was de drugs wel aanwezig geweest op de plaats-delict, maar volgde er geen veroordeling. Hieruit kan mijns inziens echter niet worden afgeleid dat de in deze zaak verrichte gedraging niet konden worden aangemerkt als een poging tot het buiten het grondgebied van Nederland brengen van drugs. Het probleem in deze zaak lijkt te zijn dat in de bewezenverklaring specifiek 200 kg weed wordt genoemd, terwijl (maar) iets meer dan 40 kg weed aanwezig was geweest op de plaats-delict. De Hoge Raad noemde in de opsomming van de omstandigheden bovendien ook de omstandigheid dat 'is afgesproken dat meteen 40 kg zou worden geleverd' en 'dat een leverantie van 100 kg volgens de toeleverancier "al veel was" (bewijsmiddel h) en "dat 200 kg zeer moeilijk haalbaar was om te regelen"'. De Hoge Raad lijkt zich hiermee aan te sluiten bij de AG Knigge, die concludeerde (conclusie, onder 16 en 17):

> 'De verdachten beschikten niet over 200 kg weed en koesterden ook niet de concrete, op een tevoren gemaakte afspraak gebaseerde verwachting dat zij die 200 kg op een afgesproken plaats in ontvangst zouden kunnen nemen. Hun was immers

in beide arresten in valt.

77 Zie T&C Sr, art. 1 Opiumwet, aant. 5 en art. 2 Opiumwet, aant. 8.

78 Dit kwam in de vorige paragrafen bij verschillende uitspraken al aan de orde. Zie bijv. de *Ramkraak*-uitspraken, de uitspraak *Stadhuis Almelo* en de uitspraken *Vuurwerk* en *Vuurwapen*.

> gezegd dat zelfs 100 kg moeilijk zou worden (…) Dat de 40,5 kg weed die uiteindelijk door de verdachten werd overgedragen, het voortvloeisel was van een bestelling die oorspronkelijk 200 kg had bedragen, doet daaraan mijns inziens niet af. Anders was het misschien geweest als de verdachten daadwerkelijk de beschikking hadden gehad over een partij van 200 kg weed en als met betrekking tot die partij concrete afspraken waren gemaakt over een gefaseerde aflevering, waarbij het vervoer en de overdracht van de eerste 40,5 kg dan als het begin van uitvoering van het totale plan zou kunnen worden aangemerkt. Die situatie doet zich evenwel niet voor. Het is nog maar de vraag of en zo ja wanneer de aflevering van 40,5 kg een vervolg zou krijgen. Over eventuele vervolgafleveringen dienden in elk geval nieuwe afspraken te worden gemaakt. Het lijkt me daarbij niet direct waarschijnlijk dat die eventuele nieuwe afspraken uitsluitend betrekking zouden hebben op de resterende 159,5 kilo weed. Even goed mogelijk is da[t] ook over de hoeveelheid te leveren weed nieuwe – wellicht realistischer – afspraken zouden zijn gemaakt. Ik meen derhalve dat uit de bewijsmiddelen slechts blijkt van een poging tot uitvoer van 40,5 kg weed. De uitvoer van de resterende 159,5 kilo is in de fase van de plannenmakerij blijven steken.'

Uit de uitspraak kan, zoals gezegd, mijns inziens dan ook niet worden afgeleid of het met een busje vol met weed rijden naar een afgesproken plaats en de weed daar overladen in de wagen van een buitenlandse koper wel of niet een gedraging is die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het buiten het grondgebied van Nederland brengen van drugs (of dat daarvoor bijvoorbeeld ook nog een reisbeweging richting de Nederlandse grens nodig is). Er kan slechts uit worden afgeleid dat het met een busje met *40 kg* weed rijden naar een afgesproken plaats en de weed daar overladen in de wagen van een buitenlandse koper niet kan leiden tot de conclusie dat (in de gegeven omstandigheden) sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het voorgenomen misdrijf om *200kg* weed buiten het grondgebied van Nederland te brengen. Alles overziend geven de uitspraken dus geen uitsluitsel over in hoeverre bij de gedraging 'binnen/buiten het grondgebied van Nederland brengen' een reisbeweging moet zijn gemaakt (richting de grens) om van 'begin van uitvoering' te kunnen spreken.

Zoals gezegd is relevant of de drugs aanwezig zijn op de plaats waar de verdachte zich bevindt of waar hij zich naartoe begeeft. Dat geldt, althans in gevallen waarin de verdachte degene is die de drugs ontvangt. Maar hoe zit dat als we het perspectief verplaatsen naar *degene die de drugs levert*? Opvallend in de *Heroïne in Utrecht*–uitspraken is dat de verdachte die de drugs in ontvangst zou nemen niet veroordeeld werd, omdat de drugs niet op de plaatsdelict aanwezig waren (*Heroïne in Utrecht I*), maar de verdachte die de drugs wilde overdragen (*Heroïne in Utrecht II*) wel. De verklaring van annotator Van Veen is dat met het wijzigen van het perspectief van afnemer naar leverancier het perspectief verplaatst, waardoor sprake is van een andere situatie waarin de aanwezigheid van de drugs niet relevant is. Inderdaad lijkt uit de uitspraak *Heroïne in Utrecht II* te kunnen worden afgeleid dat de aanwezigheid van drugs

zelf niet per se relevant is, maar de aanwezigheid van degene die beschikkingsmacht over de drugs heeft (al dan niet via medeplegers), is dat wel. De Hoge Raad noemde in zijn overwegingen immers de omstandigheid dat 'de personen die de beschikking hadden over die heroïne' in de onmiddellijke nabijheid van de verdachte waren. Een verklaring voor waarom dit – in het geval van de leveranciers – voldoende is voor 'begin van uitvoering' is dat de leveranciers de beschikkingsmacht hebben over de drugs, en de drugs dus 'aanwezig' hebben, ook al hebben zij die drugs niet in hun directe nabijheid. Ook annotator Van Veen lijkt dat zo te zien:

> 'Het kan wat vreemd lijken dat de opbeller strafbaar is maar degene die aan de oproep gehoor geeft en zich op weg begeeft niet. Maar bedacht moet worden dat de opbeller de heroïne aanwezig had en bezig was die af te zetten terwijl de potenti[ë]le afnemer, die naar Utrecht reisde zich nog in het stadium bevond waarin hij van plan was zich in een crimineel avontuur te storten.'

Zowel wanneer de verdachte de afnemer als wanneer de verdachte de leverancier van de drugs is, is dus relevant of de verdachte de beschikkingsmacht over de drugs had.

3.6.2.3 Bevindingen

Uit de uitspraken *Heroïne in Utrecht I*, *Heroïne in Utrecht II*, *Cocaïne*, *Weed*, *Heroïne uit Roemenië* en *Hasjiesj uit Marokko*, leid ik af dat de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van afleveren, vervoeren en binnen of buiten het grondgebied van Nederland brengen van drugs:

- Het voornemen van de verdachte (gemaakte afspraken);
- Aanwezigheid van de verdachte op de plaats delict;
- Het door de verdachte al (bijna) in zijn beschikkingsmacht hebben van het verboden voorwerp.

De door mij bestudeerde casus bieden geen uitsluitsel over of voor het *binnen en buiten het grondgebied van Nederland* brengen van drugs – in aanvulling op voornoemde omstandigheden – het maken van een reisbeweging (richting de grens) vereist is.

3.6.3 Hennepteelt

3.6.3.1 Jurisprudentie

HR 17 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ3565, *NJ* 2010/337, m.nt. Borgers (*Kweekruimte I*) en HR 17 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ3566 (*Kweekruimte II*)

Ten aanzien van de twee verdachten was niet meer vastgesteld dan dat zij in een woning een voor de teelt van hennep ingerichte ruimte hadden. Volgens het door het

OM ingestelde middel had het gerechtshof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting van het begrip 'begin van uitvoering'

> 'door op grond van de enkele omstandigheid dat in de woning van de verdachte en de medeverdachte geen kweekmateriaal is aangetroffen te oordelen dat niet kan blijken van een begin van uitvoering van het telen, bereiden, bewerken, verwerken of aanwezig hebben van hennep.'

Volgens AG Knigge kon de voorliggende rechtsvraag als volgt worden geformuleerd (conclusie onder 7):

> 'Is in het algemeen een voorwaarde voor het aannemen van een poging tot het telen, bereiden, bewerken, verwerken en opzettelijk aanwezig hebben van hennep dat de verdachte de onmiddellijke beschikking had over kweekmateriaal, zodat van zodanige poging geen sprake is indien de verdachte al wel, met het doel om hennep te telen, een complete kwekerij had ingericht, maar nog niet over het benodigde kweekmateriaal beschikte?'

Deze vraag wordt, blijkens de conclusie van de AG, in de lagere rechtspraak verschillend beantwoord. De AG concludeerde (conclusie onder 20):

> 'Niet vereist is dus dat de dader op het punt staat de stekjes in de grond te steken. Maar ik zou wel vast willen houden aan de gedachte dat tenminste vereist is dat de dader op het desbetreffende moment de feitelijke mogelijkheid moet hebben om tot telen over te gaan. Dat brengt mee dat voor een poging tot het opzettelijk telen van hennep vereist is dat de dader de beschikking heeft over kweekmateriaal.'

De Hoge Raad overwoog:

> '2.3 Het Hof heeft vastgesteld dat ten aanzien van de verdachte en zijn medeverdachte niet méér is gebleken dan dat zij in hun woning een kweekruimte voor hennep aanwezig hadden, waarmee het Hof klaarblijkelijk doelt op een voor de teelt van hennep ingerichte ruimte. Het Hof heeft geoordeeld dat bij die stand van zaken geen sprake is van een begin van uitvoering van het telen, bereiden, bewerken, verwerken of aanwezig hebben van hennep. Daarin ligt besloten dat naar het oordeel van het Hof het enkele aanwezig hebben van een dergelijke ruimte niet reeds op zichzelf een gedraging vormt die naar haar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op de voltooiing van de tenlastegelegde misdrijven. Die oordelen getuigen niet van een onjuiste rechtsopvatting, mede in aanmerking genomen dat de enkele aanwezigheid van een kweekruimte zonder enige verdere activiteit van de verdachte onvoldoende is voor een strafbare poging en door het Hof niets anders is vastgesteld dat van belang is voor de vraag of de gedraging van de verdachte naar haar uiterlijke verschijningsvorm op de voltooiing van de tenlastegelegde misdrijven was gericht.'

3.6.3.2 Analyse en bevindingen

Uit de uitspraken *Kweekruimte I & II* kan worden afgeleid dat de enkele aanwezigheid van een voor hennepteelt ingerichte ruimte nog geen gedraging

oplevert die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op de voltooiing van het telen etc. van hennep. Er moet sprake zijn van 'enige verdere activiteit van de verdachte'. Wat daaronder precies moet worden begrepen blijkt niet uit de uitspraak. Of het in het bezit zijn van materiaal om hennep te kweken, zoals door de AG genoemd, daarvoor wel voldoende is, blijkt niet uit de overweging van de Hoge Raad.[79]

3.6.4 *Overkoepelende bevindingen ten aanzien van de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm bij verboden voorwerpen*

Over het algemeen lijken bij de verschillende gedragingen met verboden voorwerpen steeds dezelfde omstandigheden een rol te spelen. Uit de uitspraken over pogingen tot het voorhanden hebben, vervoeren en afleveren en telen van verboden voorwerpen, leid ik af dat de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing daarvan:
- Het voornemen van de verdachte (gemaakte afspraken);
- De aanwezigheid van middelen om het verboden voorwerp te verkrijgen respectievelijk vervoeren;
- Het zich in de machtssfeer van de verdachte bevinden van de voorwerpen (omdat zij op dezelfde plaats aanwezig zijn als de verdachte of omdat de verdachte de beschikkingsmacht daarover heeft).

In de *Kweekruimte*-uitspraken was van deze laatste omstandigheid geen sprake. Dat lijkt te maken te hebben met de aard van de gedraging (telen). Had de verdachte de hennep voorhanden gehad, dan was het misdrijf immers voltooid. Voor dit misdrijf zijn mogelijk – zie ook de conclusie van de AG bij deze arresten – de eerste omstandigheid (voornemen om hennep te telen) en de tweede omstandigheid (aanwezigheid middelen om te kweken) dan ook voldoende, ten minste als die middelen aan bepaalde vereisten voldoen. In zoverre kan wellicht toch een parallel worden getrokken met de derde opgesomde omstandigheid. De verdachte zou voor een veroordeling voor poging tot telen – conform de conclusie van de AG bij de arresten – dan de beschikking hebben over bepaalde voorwerpen waarmee het telen van hennep binnen handbereik is. Dit doet denken aan de *Vuurwapen*-uitspraak waarin de verdachte met het sluiten van de overeenkomst het verboden voorwerp (het vuurwapen) bijna in zijn beschikkingsmacht had.

Ook bij het binnen en buiten het grondgebied van Nederland brengen van verboden voorwerpen spelen voornoemde omstandigheden een rol bij de uiterlijke verschijningsvorm. Onduidelijk is of de omstandigheid dat de verdachte de verboden voorwerpen in zijn beschikkingsmacht heeft voldoende

79 Annotator Borgers (zie diens noot onder 3) lijkt het 'geenszins onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad het ter beschikking hebben van kweekmateriaal in principe toereikend zou achten'.

is voor de vaststelling dat sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van dat misdrijf, of dat – aanvullend – is vereist dat een reisbeweging (richting de grens) wordt gemaakt met de verboden voorwerpen.

3.7 Brandstichting/teweegbrengen ontploffing (157 Sr)

3.7.1 Jurisprudentie

HR 24 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC9006, *NJ* 1992/815, m.nt. Schalken (*Hoevense brandstichting*)

De cafetaria waarvan verdachte de beheerder was, draaide niet goed. De verdachte had gemeend dat de enige oplossing om uit de problemen te komen brandstichting was, om zo geld van de verzekering te krijgen. Hij had dit idee besproken met B. en S, die hem wel wilden helpen. Daarop had de verdachte vier jerrycans met benzine gekocht, die hij in het konijnenhok op de binnenplaats achter de cafetaria had gezet. Om een alibi te creëren was hij zelf naar Texel vertrokken. Zijn vader zou de benzine over emmers verdelen en deze in de keuken van de cafetaria klaarzetten. Daarna zouden B. en S. voor de rest zorgen. Nadat B. en S. 's nachts om 3.00 uur bij de cafetaria waren aangekomen, vond een explosie plaats, waarbij de cafetaria afbrandde. B. had daarbij zodanige brandwonden opgelopen dat hij enkele dagen later aan de gevolgen daarvan was overleden. Uit het onderzoek werd niet duidelijk of die brand was aangestoken of dat een spontane explosie van de benzine had plaatsgevonden. De Hoge Raad overwoog:

> '5.1. De middelen stellen terecht dat het bewezen verklaarde niet oplevert het medeplegen van strafbare poging tot een in art. 157 Sr strafbaar gesteld misdrijf. Immers, indien – zoals ten laste van de verdachte is bewezen verklaard – iemand het voornemen heeft om, samen met zijn mededaders, opzettelijk brand te stichten, leveren het enkele opvatten van een daartoe strekkend plan en het met die mededaders maken van een afspraak daartoe, het daartoe aanschaffen van benzine en het opslaan daarvan in een hok op de achterplaats van het in brand te steken pand, niet op enige gedraging die naar haar uiterlijke verschijningsvorm moet worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van dat voorgenomen misdrijf, en mitsdien niet een begin van uitvoering van dat voorgenomen misdrijf.
> 5.2. De door het hof niet bewezen verklaarde omstandigheid, dat B. en/of S. de benzine in het in de bewezenverklaring bedoelde pand hebben/heeft uitgegoten, heeft in het geheel van het onder tweede subsidiair ten laste gelegde – hetwelk slechts aldus kan worden verstaan dat de opsteller daarvan aan de verdachte medeplegen van strafbare poging tot opzettelijke brandstichting heeft willen verwijten – een zodanige betekenis dat het als onmisbaar bestanddeel daarvan moet worden beschouwd. Door niettemin de resterende onderdelen van het onder tweede subsidiair ten laste gelegde bewezen te verklaren heeft het hof mitsdien niet overeenkomstig het bepaalde in art. 350 en 358 Sv – ingevolge art. 415 Sv te dezen van overeenkomstige toepassing – beraadslaagd op de grondslag van de telasteleg-

ging. Het hof had de verdachte moeten vrijspreken van hetgeen hem ten tweede subsidiair is ten laste gelegd.'

HR 7 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4142 (*Jerrycan*)

De verdachte had een jerrycan benzine uitgegoten, over zichzelf en in de richting van het slachtoffer (een beveiligingsmedewerker), Ook had hij benzine over de vloer verspreid en een aansteker in de hand genomen. De beveiligingsmedewerker had verklaard dat hij voelde dat zijn kleren 'doordrenkt' waren. In cassatie werd gesteld dat geen sprake was van begin van uitvoering omdat uit de bewijsmiddelen niet was gebleken dat de verdachte had geprobeerd de aansteker tot ontsteking te brengen en omdat hij de aansteker in de hand had genomen in een ander vertrek dan waar hij de benzine had uitgegoten. AG Wortel concludeerde:

> '19. Gelet op deze bewijsmiddelen, en in aanmerking genomen dat (naar van algemene bekendheid is) benzine uitermate makkelijk tot ontbranding komt en een enkele vonk uit een aansteker die ontbranding reeds kan veroorzaken, zijn verzoekers in de bewezenverklaring genoemde handelingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm te beschouwen als gericht op de voltooiing van voorgenomen brandstichting.
> 20. De stelling dat verzoeker de aansteker toonde in een ander vertrek dan waarin hij de benzine uitgoot berust kennelijk op ander bewijsmateriaal dan de door het Hof gebruikte bewijsmiddelen. In zoverre is miskend dat de selectie en waardering van de bewijsmiddelen aan de feitenrechter is voorbehouden.'

De Hoge Raad kwam aan bespreking van het betreffende middel niet toe, omdat de uitspraak van het gerechtshof om een andere reden moest worden vernietigd.[80]

HR 13 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6709, *NJ* 2007/171 (*Gasexplosie*)

De verdachte had de gaskraan van het fornuis opengezet en de pitten van het kooktoestel verwijderd. Vervolgens had hij zijn huis verlaten. Drie uur later had hij zich bij de politie gemeld, zijn sleutel overhandigd en verteld dat hij de gaskraan open had gezet. Het gerechtshof had hierover overwogen:

> 'De raadsman van de verdachte heeft ter terechtzitting in hoger beroep aangevoerd dat er geen sprake is van een poging tot opzettelijke brandstichting/veroorzaken van een ontploffing nu niet is komen vast te staan dat er een brandende waakvlam van een geiser danwel een c.v.-ketel was, die de brand of ontploffing teweeg had kunnen brengen.
> Voorts kan volgens de raadsman evenmin van een poging tot brandstichting/ontploffing worden gesproken nu de handelingen van verdachte zelf volgens hem onvoldoende zijn om de brand/ontploffing te doen intreden, en eerst door andere

80 Er was vanwege een administratieve fout niet beslist op een verzoek om aanhouding wegens ziekte.

> factoren, waarop de verdachte zelf géén invloed heeft, alsnog de brand/ontploffing zou intreden.
> Het hof overweegt daartoe het volgende.
> Blijkens de verklaring ter terechtzitting in hoger beroep van 6 oktober 2005 van de heer ing. M. de Maaijer, ter toelichting op zijn faxbericht van 13 februari 2004, is het ontsteken van een aardgas/lucht mengsel in het explosieve gebied op veel manieren mogelijk en is dit niet voorbehouden aan een waakvlam. Het verweer treft derhalve in zoverre geen doel.
> Voor zover de raadsman heeft betoogd dat de handelingen van de verdachte zelf onvoldoende zouden zijn om een ontploffing teweeg te brengen en dat daarom geen sprake kan zijn van een strafbare poging, faalt ook dit verweer. De verdachte heeft verklaard dat hij bij een openstaande gaskraan, de kranen van het fornuis in zijn woning heeft opengezet en vervolgens zijn woning, die deel uitmaakt van een aaneengesloten bebouwing van twee verdiepingen, heeft verlaten. Pas drie uren later heeft hij dit gemeld bij de politie. Deze gedragingen van de verdachte moeten naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van het teweegbrengen van een ontploffing.'

Het cassatiemiddel waarin werd betoogd dat nog geen sprake is van begin van uitvoering (derde middel) werd door de Hoge Raad afgedaan met toepassing van artikel 81 Wet RO.

3.7.2 Analyse

In het *Hoevense brandstichting*-arrest konden de gedragingen niet worden aangemerkt als 'begin van uitvoering' van brandstichting/teweegbrengen van een ontploffing, in de twee andere uitspraken wel.

Uit het *Hoevense brandstichting*-arrest volgt dat het enkele opvatten van een plan, het maken van afspraken en het opslaan van benzine geen gedraging oplevert die naar uiterlijke verschijningsvorm moet worden beschouwd als te zijn gericht op voltooiing van het misdrijf brandstichting. Blijkens rechtsoverweging 5.2 van het arrest was de uitkomst mogelijk anders geweest als de benzine door de verdachte of zijn mededaders zou zijn uitgegoten in het pand. De Hoge Raad merkte deze omstandigheid immers aan als 'onmisbaar bestanddeel'. In uitspraken *Lucifer* en *Gasexplosie*-uitspraak had de verdachte wel al een (zeer) ontvlambare substantie – benzine/aardgas – verspreid/laten verspreiden over de ruimte. Het (laten) verspreiden van een (zeer) ontvlambare substantie in een ruimte is blijkens deze uitspraken een relevante omstandigheid bij de beantwoording van de vraag of sprake is van 'begin van uitvoering'.

Naar aanleiding van het *Hoevense brandstichting*-arrest heb ik me afgevraagd of het verdelen van emmers benzine over de cafetaria (zonder ze om te gooien) wel een strafbare poging tot brandstichting zou hebben opgeleverd. Deze gedraging – die, zo leid ik af uit de conclusie van de AG, wel had plaatsgevon-

den – was buiten de bewezenverklaring gelaten.[81] Zou opname van deze gedraging in de bewezenverklaring de uitkomst anders hebben gemaakt? Ik vermoed van niet. De verdeling van de benzine over de emmers gebeurde niet door degenen die het misdrijf zouden moeten voltooien (B. en S.), maar door de vader van de verdachte, terwijl B. en S. bovendien pas (veel) later naar de cafétaria zouden komen. Vanuit dat oogpunt zou het klaarzetten van de emmers wellicht eerder als een voorbereidingshandeling moeten worden gezien. Anders zou het wellicht zijn geweest als B. en S. zelf de emmers zouden hebben gevuld en klaargezet, om ze vervolgens direct daarna zelf om te gooien. Dan zou immers sprake zijn geweest van een nauw samenhangend, opeenvolgend geheel van gedragingen.[82] Of het daadwerkelijk uitmaakt wie de benzine klaar had gezet, zullen we echter niet weten. Rechtsoverweging 5.2 lijkt er in ieder geval op te wijzen dat (in deze casus) pas bij het uitgieten van de benzine sprake was geweest van een gedraging die had kunnen worden aangemerkt als 'begin van uitvoering'. Dit werd immers, zoals hiervoor al aan de orde kwam, door de Hoge Raad als een 'onmisbaar bestanddeel' aangemerkt.

In zowel de *Jerrycan*- als de *Gasexplosie*-uitspraak is de vraag aan de orde in hoeverre relevant is of een ontsteker in de buurt van de zeer ontvlambare substantie wordt gehouden. In de *Jerrycan*-uitspraak lijkt de AG er van uit te gaan dat voor het aannemen van 'begin van uitvoering' niet nodig is dat de aansteker al is gebruikt. Hoewel het om andere misdrijven gaat, doet de casus denken aan de *Lucifer*-zaak, die ik in paragraaf 3.4 besprak. In die zaak had de verdachte de lucifer ook nog niet had aangestoken. In beide zaken had de verdachte de ontsteker wel al ter hand genomen ('in de aanslag').

In de *Gasexplosie*-zaak werd het daarentegen niet relevant geacht of er iets in de ruimte aanwezig was (zoals een waakvlam) dat het gas tot ontploffing had kunnen brengen. In reactie op een dienaangaand verweer overwoog het gerechtshof dat volgens een deskundige met het enkele langdurig in een woning laten stromen van aardgas reeds het reële gevaar van een ontploffing was ontstaan. Nu de mate van ontvlambaarheid bij gas groter is dan bij benzine, geldt dit mogelijk specifiek voor gas en geldt voor benzine wel dat een ontstekingsmechanisme in de buurt moet zijn. Dit is niet met zekerheid te zeggen. Het *Hoevense brandstichting*-arrest lijkt de mogelijkheid open te laten dat ook daar niet gewacht had hoeven te worden tot een ontsteker ter hand zou zijn genomen, nu slechts het uitgieten van de benzine over de vloer werd genoemd.

81 In par. 3.12.3 bespreek ik waarom de Hoge Raad in bepaalde gevallen omstandigheden die buiten de bewezenverklaring zijn gelaten wel alsnog betrekt bij de uiterlijke verschijningsvorm en andere niet.

82 Vgl. par. 3.1.2; zie nader par. 3.12.2.2.

3.7.3 *Bevindingen*

Uit de uitspraken over *Hoevense brandstichting*, *Jerrycan* en *Gasexplosie* leid ik af dat de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het misdrijf brandstichting/teweegbrengen van een ontploffing:

- Of de verdachte datgene wat (of diegene wie) hij in brand wil steken al heeft overgoten met een (licht) ontvlambaar middel, zoals benzine;
- Of een ontsteker ter hand is genomen/of er een reëel gevaar is dat brand ontstaat/een ontploffing volgt.

3.8 Mensenhandel (250ter (oud) Sr, thans: 273f Sr)

3.8.1 *Jurisprudentie*

HR 2 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2806, *NJ* 2002/187 (*Liefdesbrieven*)

De verdachte had liefdesbrieven naar buitenlandse vrouwen gestuurd om hen zo naar Nederland te lokken en hen voor hem in de prostitutie te laten werken. In cassatie werd opgekomen tegen de verwerping door het gerechtshof van het verweer dat geen sprake was van een poging (maar nog slechts van voorbereiding) tot mensenhandel. Het gerechtshof had het verweer als volgt verworpen:

> 'Dit verweer miskent dat bij een delict als mensenhandel het verheimelijken van de eigen bedoeling – een ander tot prostitutie brengen – juist een kenmerk is van de misleiding. De door verdachte gebezigde en door het hof bewezenverklaarde middelen – hun voorhouden dat hij een relatie aan wilde gaan, hun vertellen dat hij verdachte zeer rijk was en/of het schrijven van liefdesbrieven – waren naar het oordeel van het hof geëigend om die vrouwen te misleiden, hetgeen nog eens wordt bevestigd door de overkomst naar Nederland van A.Z.'

De Hoge Raad overwoog:

> '4.5 In het oordeel van het Hof, dat de bewezenverklaarde gedragingen geëigend waren om die vrouwen door misleiding tot prostitutie te brengen, ligt besloten dat in de bewezenverklaring voldoende feitelijke gedragingen waren opgenomen om aan die in de rechtspraak ontwikkelde eis van gedragingen die naar haar uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van de bewezenverklaarde mensenhandel, te voldoen.
> 4.6 In het licht van de door het Hof onder meer vastgestelde feiten dat:
> – de verdachte het voornemen had vrouwen uit het buitenland naar Nederland te laten komen om voor zich te laten werken in de prostitutie;
> – hij al een locatie geregeld had waar de vrouwen konden slapen en achter het raam konden zitten;

– hij een groot aantal buitenlandse vrouwen, van wie hij de adresgegevens had gekregen via een relatiebemiddelingsbureau, met dat oogmerk heeft geschreven en gebeld;
– hij de vrouwen voorhield dat hij uit liefde een relatie met hen wilde aangaan, hetgeen hij aanlokkelijk maakte door zich in zijn brieven rijker voor te doen dan hij was;
– hij sommige vrouwen, die antwoordden dat zij bang waren in de prostitutie te belanden, schreef dat het hem werkelijk alleen om de liefde ging en niet om de prostitutie;
– A.Z. naar Nederland is gekomen om met de verdachte een relatie aan te gaan, doch weer rechtsomkeert heeft gemaakt toen haar van de werkelijke bedoelingen van de verdachte bleek, getuigt het onder 4.5 weergegeven oordeel van het Hof niet van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl het evenmin onbegrijpelijk is.
4.7 Voorzover het middel nog stelt dat het enkele schrijven van liefdesbrieven een voorbereidingshandeling behelst en geen op voltooiing van het delict gericht begin van uitvoering, gaat het uit van een onjuiste lezing van het arrest van het Hof. Uit de samenhang met de door het Hof vastgestelde feiten blijkt dat de geschreven brieven ook verzonden zijn, zodat het middel in zoverre feitelijke grondslag mist.'

3.8.2 Analyse

In de *Liefdesbrieven*-uitspraak zag het verweer van de verdachte op het stadium waarin de gedragingen waren blijven steken (afbakening voorbereiding en poging). Aan het verweer lijkt evenwel ten grondslag te liggen dat het schrijven van liefdesbrieven een alledaagse gedraging is, en dus niet een gedraging gericht op het plegen van een misdrijf. Een aantal van de door de Hoge Raad genoemde omstandigheden lijkt met name in reactie op dit punt van belang. Het gaat in de eerste plaats om het voornemen van de verdachte, dat anders dan door het gerechtshof, door de Hoge Raad expliciet wordt betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. De Hoge Raad legt daarbij een duidelijke link tussen het schrijven van de brieven en het voornemen ('met dat oogmerk heeft geschreven').[83] Het schrijven van liefdesbrieven verwordt van een alledaagse gedraging tot een misdadige gedraging wanneer het (kwade) voornemen daarbij wordt betrokken. In de tweede plaats gaat het om de – evenmin door het gerechtshof, maar wel door de Hoge Raad genoemde – omstandigheid dat de verdachte al gedragingen had verricht in lijn met zijn voornemen, zoals het regelen van ruimtes waar de vrouwen konden slapen en werken.

Voor het oordeel dat niet langer sprake was van voorbereiding, maar van poging (begin van uitvoering), is blijkens rechtsoverweging 4.7 doorslaggevend dat de liefdesbrieven niet alleen geschreven, maar ook verzonden waren aan de vrouwen. Uit de overweging kan worden afgeleid dat met het verzenden van de brieven een begin is gemaakt met de uitvoering. Het verzenden van

83 Vgl. Machielse 2008, p. 237. Machielse heeft het over het voornemen als 'complement van het uiterlijk waarneembare gedrag'.

de brieven is een middel om het misdrijf te plegen, betekent dat het slachtoffer daadwerkelijk is benaderd door de verdachte en vormt de vervulling van een delictsbestanddeel ('misleiding').

3.8.3 Bevindingen

Uit de *Liefdesbrieven*-uitspraak leid ik af dat de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het bewegen van een ander tot prostitutie:
- Het bewezenverklaarde voornemen van de verdachte;
- Het verrichten van handelingen in lijn met dat voornemen (zoals het regelen van ruimtes);
- De daadwerkelijke benadering van het slachtoffer;
- Het inzetten van middelen om het delict te plegen/het vervullen van delictsbestanddelen van het grondmisdrijf.

3.9 Vrijheidsberoving (282 Sr)

3.9.1 Jurisprudentie

HR 15 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR3260 (*Omhelzing*)[84]

> '4.1 Het middel bevat de klacht dat het Hof "het verweer inhoudende dat de gedragingen geen uitvoeringshandelingen tot het beroven van de vrijheid van het slachtoffer opleveren, dan wel een poging daartoe" heeft verworpen op gronden die deze verwerping niet kunnen dragen.
> (…)
> 4.4. Het Hof heeft in een nadere bewijsoverweging overwogen:

84 In deze zaak is niet helemaal duidelijk of het cassatiemiddel zich richtte tegen het oordeel dat de verdachte het voornemen had om zijn zus van vrijheid te beroven of zich richtte tegen het oordeel dat sprake was van 'begin van uitvoering' (of beide). Het verweer van de verdachte lijkt op het eerste oog betrekking te hebben op het bestanddeel 'voornemen'. Zo wordt het ook opgevat door AG Fokkens (conclusie, onder 10). In het cassatiemiddel werd echter gesteld dat wordt opgekomen tegen de verwerping door het gerechtshof van 'het verweer inhoudende dat de gedragingen geen uitvoeringshandelingen tot het beroven van de vrijheid van het slachtoffer opleveren, dan wel een poging daartoe'. Door het noemen van 'uitvoeringshandelingen' werd het verweer in het cassatiemiddel in de sleutel van het bestanddeel 'begin van uitvoering' geplaatst. Zo werd het middel ook opgevat door de Hoge Raad, die in rechtsoverweging 4.5 (alleen) ingaat op de vraag of sprake is van begin van uitvoering ('zijn aan te merken als een begin van uitvoering'). Nu de Hoge Raad zich richtte op het bestanddeel 'begin van uitvoering', ga ik er van uit dat de uitspraak daarop betrekking heeft (en niet op het bestanddeel voornemen).

> "Uit het dossier en het verhandelde ter terechtzitting is het navolgende komen vast te staan. Het slachtoffer is vele jaren geleden van Marokko naar Nederland gevlucht en heeft hier te lande een andere identiteit aangenomen. Verdachte heeft gedurende geruime tijd stelselmatig samen met zijn broer naar het slachtoffer gezocht. Verdachte heeft hiervoor bij verschillende instanties navraag gedaan naar de verblijfplaats van het slachtoffer. Verdachte is veelvuldig naar [plaats B] gegaan om naar het slachtoffer te zoeken. Hoewel het slachtoffer bij de politie en via anderen aan de verdachte heeft laten weten dat zij geen contact met de familie wenst, is verdachte desondanks doorgegaan met achtervolgen van het slachtoffer. Op de bewuste dag is verdachte met zijn broer in de auto achter het slachtoffer aangereden, is hij achter haar aangerend, heeft hij haar vastgegrepen en is hij, toen zij gilde dat zij het niet wilde, haar desondanks vast blijven houden. Door getuigen is verklaard dat verdachte het slachtoffer met zijn arm om haar nek vast had respectievelijk dat hij haar met zijn arm in een nekklem hield. Nadat het slachtoffer zich had weten te bevrijden en een winkel was ingevlucht, is verdachte opnieuw achter haar aangegaan. In de omstandigheden zoals hiervoor omschreven is het vasthouden van het slachtoffer door verdachte niet als liefdevol aan te merken. Integendeel, deze omstandigheden leiden tot de conclusie dat verdachte en zijn medeverdachte dusdoende hun voornemen om het slachtoffer van haar vrijheid te beroven uitvoerden."
> 4.5 Deze overwegingen moeten aldus worden verstaan dat de genoemde gedragingen van de verdachte en zijn medeverdachte zijn aan [te] merken als een begin van uitvoering van het door hen voorgenomen misdrijf – het opzettelijk [slachtoffer] van de vrijheid beroven en/of beroofd houden – omdat die gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf. Dit oordeel, dat niet blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, is toereikend gemotiveerd, zodat het middel faalt.'

3.9.2 Analyse

Uit de *Omhelzing*-uitspraak leid ik af dat het tegen haar wil (blijven) vasthouden van het slachtoffer en het achter haar blijven aangaan nadat zij zich heeft weten te bevrijden, een gedraging is die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van vrijheidsberoving. Blijkbaar was niet nodig – anders dan AG Fokkens had betoogd – dat de verdachten het slachtoffer al in de auto hadden getrokken of in de auto hebben doen plaatsnemen.

De verdachte had gesteld dat hij het slachtoffer niet van haar vrijheid had willen beroven, maar slechts had willen omhelzen. Daarmee wordt in feite gesteld dat geen sprake was van een gedraging gericht op een misdrijf. In het licht van dit verweer, lijken de volgende omstandigheden in deze uitspraak van belang. Allereerst gedroeg de verdachte zich gewelddadig en intimiderend. Het gerechtshof heeft het over 'achtervolgen' en een 'nekklem'. Een tweede omstandigheid is dat de verdachte het slachtoffer vasthield tegen haar wil. Bovendien bleef de verdachte haar vasthouden, ook nadat zij uitdrukkelijk had aangegeven dat ze dat niet wilde. Tot slot bleef de verdachte achter het slachtoffer aangaan, ook nadat zij zich had bevrijd en was weggevlucht. De

verdachte bleef, met andere woorden, maar doorgaan. Bij de (juridische) duiding van de gedraging van de verdachte werd ook de voorgeschiedenis betrokken tussen de verdachte en het slachtoffer.

3.9.3 Bevindingen

Uit de *Omhelzing*-uitspraak leid ik af dat de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van vrijheidsberoving:
- De benadering van het slachtoffer;
- De intimiderende/gewelddadige wijze van benadering/het benaderen en vasthouden van het slachtoffer tegen haar wil;
- Het blijven doorgaan, ook wanneer het slachtoffer laat weten dat zij het niet wil.

Uit de uitspraak leid ik verder af dat bij de kwalificatie van de gedraging ook de voorgeschiedenis tussen de verdachte en het slachtoffer kan worden betrokken.

3.10 Vervalsing (232 Sr)

3.10.1 Jurisprudentie

HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ8635, *NJ* 2013/280 (*Vervalsen betaalpassen*)

> '2.2.2. Het Hof heeft ten aanzien van de bewezenverklaring voorts nog het volgende overwogen:
> "Namens de verdachte heeft zijn raadsman ter terechtzitting in hoger beroep betoogd dat de verdachte dient te worden vrijgesproken van het onder 1 tenlastegelegde. Ter adstructie van zijn standpunt heeft hij aangevoerd – kort gezegd – dat, nu de handelingen van de verdachte zo ver afstaan van het vervalsen van betaalpassen, deze naar de uiterlijke verschijningsvorm niet kunnen worden aangemerkt als te zijn gericht op het voltooien van het voorgenomen misdrijf dat hem is tenlastegelegd, en derhalve (…) niet gezegd kan worden dat sprake is van een begin van uitvoering in de zin van artikel 45 van het Wetboek van Strafrecht. De verdachte dient dientengevolge van het hem tenlastegelegde te worden vrijgesproken.
> Het hof overweegt te dien aanzien het volgende. Naar het oordeel van het hof staan op grond van de gebezigde bewijsmiddelen de volgende feiten en omstandigheden vast. Op 9 december 2009 omstreeks 8.30 uur wordt de verdachte aangetroffen onder een bed in de Ikea vestiging te Delft. Nadat verdachte is aangehouden omstreeks 9.30 uur worden bij gelegenheid van de veiligheidsfouillering bij de verdachte een pakje kauwgom en een kruiskopschroevendraaiertje aangetroffen. In het klantenrestaurant van de Ikea wordt bij de pinterminal van één van de vier kassa's een onregelmatigheid gevonden. In de behuizing van voornoemde pin-

terminal blijkt een gat te zitten. Een gebruikelijke wijze om aangepaste printplaatjes te kunnen plaatsen waardoor de bankgegevens verkregen kunnen worden, is door een pinterminal op de relevante plaats te verbreken. Onder het bed waar de verdachte is aangetroffen zijn op 10 december 2009 omstreeks 8.00 uur tussen de lattenbodem en het matras een pakje sigaretten met daarin printplaatjes, een schroevendraaier en een stukje plastic in dezelfde kleur als de pinterminal gevonden.
Naar het oordeel van het hof zijn op grond van voornoemde omstandigheden, bezien in onderlinge samenhang en verband, de handelingen van de verdachte aan te merken als een begin van uitvoering van het voorgenomen misdrijf – het zogenaamde skimmen – nu die naar de uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf, als bedoeld in artikel 45, eerste lid van het Wetboek van Strafrecht. Het verweer van de raadsman wordt mitsdien verworpen."
(…)
4.1. Het middel klaagt dat het Hof ten onrechte, althans ontoereikend gemotiveerd, heeft geoordeeld dat te dezen sprake is van een begin van uitvoering van het valselijk opmaken van betaalpassen.
4.2 Gelet op de door het Hof vastgestelde feiten en omstandigheden geeft het oordeel van het Hof dat de bewezenverklaarde gedragingen van de verdachte te weten: een pinterminal losschroeven en een gat in de behuizing daarvan branden nadat hij zich had laten insluiten in het filiaal van Ikea – naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden aangemerkt als te zijn gericht op de voltooiing van het voorgenomen misdrijf van het valselijk opmaken van betaalpassen, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het toereikend gemotiveerd.'

3.10.2 Analyse

De verdachte in de uitspraak *Vervalsen betaalpassen* had zich laten insluiten in een winkel en had middelen bij zich om pinterminals te preparen.
Er zijn verschillende omstandigheden aanwezig waaruit kan worden afgeleid dat geen sprake was van een 'alledaagse' gedraging. Zo heeft de verdachte zich 's nachts laten insluiten, werd hij de volgende ochtend aangetroffen (verstopt) onder een bed en had hij middelen bij zich en handelingen verricht (een gat branden in een pinterminal) die 'een gebruikelijke wijze [zijn] om aangepaste printplaatjes te kunnen plaatsen waardoor de bankgegevens verkregen kunnen worden'. Met het preparen van de pinterminals had de verdachte al een ander strafbaar feit gepleegd (vernieling), hetgeen eveneens een aanwijzing vormt dat geen sprake is van een alledaagse gedraging.

De geprepareerde pinterminals zijn een middel om te kunnen vervalsen. De pinterminals waren evenwel nog niet zover geprepareerd dat zij gebruikt konden worden voor het 'skimmen'. Blijkens de uitspraak is het voldoende dat de verdachte was *begonnen* met het prepareren van de pinterminals. De casus doet op dit punt denken aan de in paragraaf 3.1 besproken *Telcentrum*-arresten. Net als in die uitspraak, is de verdachte in *Vervalsen betaalpassen* begonnen met de eerste stap van zijn plan. Hij had zich immers in laten sluiten

in de winkel en was begonnen met het preparen van de pinterminals. De volgende – daarmee nauw samenhangende – stap was de gegevens van de geprepareerde pinterminals gebruiken om betaalkaarten te vervalsen.

3.10.3 Bevindingen

Uit de uitspraak *Vervalsen betaalpassen*, leid ik af dat de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het misdrijf vervalsing:

- De gedragingen die worden verricht zijn niet-alledaags/gebruikelijk om tot vervalsing te komen;
- De gedraging van de verdachte levert een ander strafbaar feit op;
- De gedragingen die worden verricht vormen de eerste stap(pen) van een nauw samenhangend, opeenvolgend geheel van gedragingen;
- De verdachte heeft de middelen die nodig zijn om de eerste stap van het plan uit te voeren (hier: het preparen van de pinterminals) bij zich en ingezet.

3.11 Verleiding (248a Sr)

3.11.1 Jurisprudentie

Voor een beschrijving van de inhoud van HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:579, *NJ* 2017/290 (*Ponypark*) over de verleiding van een minderjarige wordt verwezen naar paragraaf 2.2.2.

3.11.2 Analyse

In de *Ponypark*-uitspraak had de verdachte een minderjarige benaderd en seksueel getinte vragen aan haar gesteld. Later op dezelfde dag had hij haar gevraagd om seksueel getinte foto's van zichzelf naar hem te sturen en haar daarvoor € 100,- in het vooruitzicht gesteld. Op het moment dat de verdachte om de foto vroeg zat echter niet de minderjarige zelf, maar haar vader achter de computer. Met het vragen van een foto in ruil voor € 100,- is sprake van een voltooide poging.

Zoals in paragraaf 2.2.2 besproken, deed niet af aan het oordeel dat sprake was van begin van uitvoering dat de verdachte op het moment dat hij vroeg om foto's, hij niet meer sprak met een minderjarige, maar met een meerderjarige (de vader van de minderjarige). Een verklaring daarvoor, waarvoor ook aanwijzingen kunnen worden gevonden in de overwegingen van de Hoge Raad, is dat het object pas ondeugdelijk was geworden, nadat met de uitvoering van het misdrijf was aangevangen. Dat zou betekenen dat het benaderen van de minderjarige en het stellen van seksueel getinte vragen aan die minder-

jarige een gedraging is die naar uiterlijke verschijningsvorm wordt beschouwd als te zijn gericht op voltooiing van het bewegen van een minderjarige tot het plegen van ontuchtige handelingen. Met het stellen van seksueel getinte vragen lijkt de verdachte te zijn begonnen met de uitvoering van een delictsbestanddeel (bewegen tot ontuchtige handelingen).

Ook de aard van de website lijkt in deze zaak van belang. In de uitspraak noemde de Hoge Raad dat het ging om een website die is bedoeld voor minderjarigen onder twaalf jaar. Dit is mogelijk relevant, omdat hieruit blijkt dat de verdachte niet bezig was met een alledaagse gedraging of op zoek was naar een meerderjarige (en bijvoorbeeld alleen maar per ongeluk een minderjarige benaderde), maar wel degelijk bezig was met een gedraging die was gericht op het plegen van het misdrijf.

3.11.3 Bevindingen

Uit de *Ponypark*-uitspraak leid ik af dat de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het bewegen van een minderjarige tot ontuchtige handelingen:

- De meerderjarige verdachte begeeft zich op een website bedoeld voor minderjarigen tot twaalf jaar (geen alledaagse gedraging);
- De verdachte heeft – via die website – de minderjarige (het object van het misdrijf) benaderd;
- De verdachte heeft seksueel getinte (ongepaste/ontuchtige) vragen gesteld aan de minderjarige (begonnen met uitvoering delictsbestanddeel).

3.12 Delictoverstijgende bevindingen over de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm

In de paragrafen 3.1-3.11 besprak ik per delict(type) welke omstandigheden worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Ik ben veel verschillende feitencomplexen tegengekomen. Ook in gevallen waarin hetzelfde delict ten laste is gelegd, kunnen de feitencomplexen sterk van elkaar verschillen. Zo kwamen in paragraaf 3.4 over moord/doodslag zaken aan de orde waarin sprake was van een poging tot verwurging (*Wurging*), een poging het slachtoffer in brand te steken (*Lucifer*) en een poging om het slachtoffer neer te schieten (*Stadhuis Almelo*). Welke gedragingen en omstandigheden bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken verschilt dus per zaak. Desondanks is het in de paragrafen 3.1-3.11 mogelijk gebleken om per delict(type) zaakoverstijgende omstandigheden aan te wijzen. Bij vergelijking van de omstandigheden per delict(type) blijkt bovendien dat een heel aantal omstandigheden bij meerdere – en soms zelf bij alle – delict(typ)en terugkeren. Er zijn, met andere woorden, niet alleen zaakoverstijgend, maar ook delictoverstij-

gend omstandigheden aan te wijzen die bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken.

Bij bestudering van deze delictoverstijgende omstandigheden valt op dat een aantal omstandigheden met name betrekking heeft op het stadium waarin de gedraging is blijven steken. Andere omstandigheden bevatten eerder aanwijzingen voor het antwoord op de vraag 'Waar was de verdachte nu eigenlijk mee bezig?', maar zeggen nog weinig over het stadium waarin de gedraging was aanbeland toen de verdachte zijn gedraging moest staken. Dit sluit aan bij mijn bevindingen in paragraaf 2.1.1 dat het *Cito*-criterium tweeledig is en zowel wordt gebruikt om vast te stellen of sprake is van (1) gerichtheid op het grondmisdrijf als (2) gerichtheid op voltooiing daarvan. In het hiernavolgende zal ik dan ook een onderscheid maken tussen deze beide aspecten en voor beide afzonderlijk bespreken welke omstandigheden delictoverstijgend bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken (paragrafen 3.12.1 en 3.12.2). In paragraaf 3.12.3 zullen vervolgens enkele overkoepelende noties over die omstandigheden besproken worden. In die paragraaf zal ook – in aanvulling op paragraaf 2.1.5.3 – worden stilgestaan bij de betekenis van de uiterlijke verschijningsvorm voor formele delicten, evenals bij de ondergrens ('drempel') van de uiterlijke verschijningsvorm.

3.12.1 Gerichtheid op het misdrijf

Het cassatieberoep richt zich in de meeste gevallen met name op de afbakening tussen voorbereiding en poging, en dus op het stadium waarin de gedraging is blijven steken. Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad in vrijwel alle uitspraken ook omstandigheden bij de uiterlijke verschijningsvorm betrekt die aanwijzingen bevatten voor het antwoord op de vraag of de verdachte wel bezig was een bepaald misdrijf te plegen. Zo vulde de Hoge Raad in de *Ramkraken*-uitspraken de overwegingen van het gerechtshof aan met omstandigheden waaruit bleek dat geen sprake was van een 'alledaagse' gedraging, maar van een op een misdrijf gerichte gedraging, terwijl in cassatie niet betwist werd dat de verdachten op het in de tenlastelegging opgenomen moment een ramkraak hadden willen plegen. Ik leid daaruit af dat de gerichtheid op het grondmisdrijf eigenlijk in alle gevallen vastgesteld (en onderbouwd) moet worden. Ik kom hierop in paragraaf 3.12.3.6 terug. Daarbij, zo constateerde ik al in paragraaf 2.1.5.2, lijkt de inhoud uiteindelijk belangrijker dan de vorm, nu de Hoge Raad in veel gevallen bereid lijkt om de overwegingen van de gerechtshoven op dit punt verbeterd te lezen of aan te vullen (zonder te casseren).

In een aantal zaken speelt de gerichtheid op het misdrijf wat meer op de voorgrond, omdat in het cassatiemiddel wordt gesteld dat de gedraging van de verdachte (op dat moment) niet gericht was op het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf, maar op een andere (niet strafbare) activiteit (hierna: alledaagse gedraging). Voorbeelden hiervan zijn de uitspraken *Vuurwapen*

(verdediging: de verdachte wilde zich alleen maar laten informeren), *Omhelzing* (verdediging: er was geen sprake van vasthouden, maar van omhelzen) en *Liefdesbrieven* (verdediging: het schrijven van liefdesbrieven is niet gericht op iemand bewegen tot prostitutie).

In de door mij bestudeerde uitspraken keert een aantal omstandigheden steeds terug. Ik zal deze omstandigheden hier eerst afzonderlijk bespreken (paragrafen 3.12.1.1-3.12.1.3). Vervolgens zal ik ingaan op het belang van en de onderlinge verhouding tussen deze omstandigheden (paragraaf 3.12.1.4).

3.12.1.1 Het voornemen van de verdachte

Bij alle delict(typ)en ben ik het door de (feiten)rechter vastgestelde voornemen van de verdachte als omstandigheid tegengekomen. Dit voornemen blijkt vaak leidend bij de kwalificatie van de gedraging.[85] Er wordt getoetst of de gedragingen 'passen' binnen het voornemen van de verdachte. In een heel aantal uitspraken (zie bijvoorbeeld *Cito, C.s, GWK* en *Liefdesbrieven*) blijkt dit duidelijk uit de overwegingen van de Hoge Raad, omdat de Hoge Raad dat voornemen expliciet vooropstelt. Het voornemen is blijkens de uitspraken van de Hoge Raad zowel van belang om alledaagse gedragingen te onderscheiden van gedragingen gericht op een misdrijf, als voor de kwalificatie van gedragingen die – op zichzelf genomen – op meerdere misdrijven gericht zouden kunnen zijn. Ik licht dit toe.

Kwalificatie van 'alledaagse gedragingen'

Het voornemen van de verdachte is blijkens de bestudeerde rechtspraak belangrijk voor de kwalificatie van de gedraging in zaken waarin die gedraging op het eerste oog 'alledaags' aandoet. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak *PTT*, waarin de door een toeschouwer waar te nemen gedraging niet meer inhield dan dat er een PTT-bezorger naar een voordeur liep. Andere voorbeelden zijn de uitspraken *Autolening* – waarin de verdachte een aanvraag voor een autolening had gedaan –, *Vuurwerk* – waarin de verdachte met een bestelbusje naar een loods was gereden – en *Liefdesbrieven* – waarin de verdachte aan verschillende vrouwen liefdesbrieven had geschreven. Mede aan de hand van het vastgestelde voornemen – en de mate waarin de gedragingen 'passen' bij dat voornemen – werd in deze zaken vastgesteld dat de gedraging toch niet zo alledaags was als op het eerste oog leek, maar een uitvoeringshandeling van een misdrijf betrof.[86] Dat de gedraging is gericht op het grondmisdrijf, zo kan uit deze uitspraken worden afgeleid, hoeft niet zonder meer uit de gedraging zelf te blijken; de gedraging kan worden geïnterpreteerd in het licht van het bewezen voornemen.

---

85 Vgl. Pelser 2004, p. 188-189. Machielse 2008, p. 237.

86 Machielse spreekt in dit verband ook wel over het voornemen van de verdachte als complement van het uiterlijk waarneembare gedrag; zie Machielse 2008, p. 237.

Eén gedraging, meerdere misdrijven
In gevallen waarin op zichzelf duidelijk is dat de verdachte bezig is een misdrijf te begaan, is het vastgestelde voornemen belangrijk voor de beantwoording van de vraag op welk misdrijf de gedraging precies was gericht.[87] Illustratief zijn uitspraken waarin *vergelijkbare* feitencomplexen leiden tot de conclusie dat sprake is van 'begin van uitvoering' van verschillende misdrijven. Een eerste voorbeeld vormen de uitspraken *Cito*, *PTT* en *GWK*. In alle drie deze zaken waren de verdachten met een auto naar een locatie gereden en hebben zij vermommingen en vuurwapens bij zich. Toch werd aangenomen dat de gedragingen in de arresten *Cito* en *PTT* waren gericht op *diefstal met geweld*, terwijl de gedragingen in de *GWK*-uitspraak in de sleutel van *afpersing* werden geplaatst.[88] Dat in de *GWK*-uitspraak afpersing ten laste werd gelegd en niet diefstal met geweld, lijkt er mee te maken te hebben dat een duidelijk onderdeel van het plan van de verdachten was om een bankmedewerker te grijpen en die onder druk te zetten. Niet de gedraging, maar het voornemen van de verdachte is hier dus doorslaggevend bij de beantwoording van de vraag op welk misdrijf de gedragingen waren gericht.

Een tweede voorbeeld vormen de uitspraken *Lucifer* en *Jerrycan*. De gedragingen in deze twee uitspraken verschillen in de kern niet. In alle twee deze uitspraken had de verdachte een ruimte en een zich daarin bevindend slachtoffer overgoten met benzine en een ontsteker ter hand genomen. In de *Lucifer*-uitspraak werd geoordeeld dat de gedragingen naar de uiterlijke verschijningsvorm waren gericht op voltooiing van het misdrijf *moord*. In de uitspraak *Jerrycan* werd geoordeeld dat sprake was van gedragingen die naar uiterlijke verschijningsvorm waren gericht op voltooiing van het misdrijf *brandstichting waarvan levensgevaar te duchten is*. Dit verschil in kwalificatie lijkt te zijn ingegeven door het verschil in voornemen. In de *Lucifer*-uitspraak was duidelijk dat de verdachte het voornemen had gehad zichzelf en zijn vrouw (het slachtoffer) van het leven te beroven. In de *Lucifer*-uitspraak was daarentegen niet duidelijk dat de gedragingen van de verdachte ook tegen andere personen waren gericht. Hij had (slechts) zichzelf van het leven willen beroven, zo had hij bij de rechter-commissaris verklaard.[89] Hier lijkt (de reikwijdte van) het voornemen dus belangrijk te zijn geweest voor de kwalificatie van de gedraging.

In dit verband kan, tot slot, ter illustratie worden gewezen op het arrest *Het Trefpunt*. In deze zaak volgde geen veroordeling voor poging tot moord/doodslag omdat de gedraging van de verdachte de mogelijkheid openhield

87 Vgl. Machielse 2008, p. 237.
88 Dat in de *GWK*-uitspraak geen begin van uitvoering werd aangenomen was niet omdat er twijfel bestond over of de gedragingen waren gericht op het misdrijf afpersing, maar omdat de gedragingen nog niet in een stadium waren beland waarin kon worden gesproken van gerichtheid op voltooiing. Zie ook par. 3.5 en par. 3.12.2).
89 Zie de conclusie van de AG, onder 18.

dat de verdachte het slachtoffer 'slechts' had willen bedreigen en niet had willen doden. Had het voornemen van de verdachte om het slachtoffer van het leven te beroven in deze uitspraak vastgestaan – bijvoorbeeld omdat hij iemand had verteld dat hij dit van plan was – dan denk ik niet dat het nog een probleem was geweest om de gedraging van de verdachte – het doorladen van een wapen en dat tegen het hoofd van het slachtoffer houden – aan te merken als een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op levensberoving.[90]

Bovenstaande voorbeelden laten zien dat – afhankelijk van het *voornemen* – soortgelijke gedragingen kunnen worden beschouwd als te zijn gericht op verschillende misdrijven.[91]

Voornemen wordt niet genoemd door de Hoge Raad

Ik ben een aantal uitspraken tegengekomen waarin het voornemen door de Hoge Raad niet (met zoveel woorden) bij de uiterlijke verschijningsvorm werd betrokken. Dat neemt niet weg dat (zelfs dan) het veronderstelde plan van de verdachte in die uitspraken (op de achtergrond) meespeelde. Zo had de verdachte in de uitspraak *Vervalsen betaalpassen* zich laten insluiten in een winkel en een gat in een pinterminal gebrand. Deze gedraging kan op zichzelf worden gekwalificeerd als vernieling. Er werd echter aangenomen dat de verdachte niet bezig was geweest met (alleen maar) vernieling. Het gerechtshof ging er van uit dat de verdachte printplaatjes had willen plaatsen om zo bankgegevens te verkrijgen (vermeend plan). Het voornemen van de verdachte was geweest het kopiëren van betaalpasgegevens ('skimmen'). Nu de verdachte een gat in de onderkant van de pinterminal had gemaakt – volgens het gerechtshof 'een gebruikelijke wijze om aangepaste printplaatjes te kunnen plaatsen' – werd aangenomen dat sprake was van een uitvoeringshandeling van vervalsing.[92] Dat de gedraging niet werd gekwalificeerd als 'vernieling', maar als begin van uitvoering van 'vervalsing' is in deze uitspraak dus in belangrijke mate ingegeven door het vermeende plan van de verdachte. Zelfs in gevallen waarin het voornemen niet expliciet werd genoemd, is dat voornemen dus van belang voor de kwalificatie van de gedraging.

Bevinding: Voornemen leidend bij kwalificatie

Op basis van bovenstaande concludeer ik dat waarop de gedraging (precies) was gericht niet zonder meer uit de gedraging zelf hoeft te blijken. De gedraging kan worden geïnterpreteerd in het licht van het voornemen. Het voornemen heeft in veel gevallen een belangrijke, zelfs leidende, rol bij de interpretatie en kwalificatie van de gedraging.

---

90 Voor het overige doen de omstandigheden in deze zaak immers sterk denken aan de *Lucifer*-zaak. De verdachte heeft het slachtoffer in het vizier en het wapen in de aanslag.

91 Vgl. Machielse 2008, p. 237.

92 Vgl. de conclusie van de AG, onder 13.

Kanttekening: het voornemen compenseert niet het ontbreken van een gedraging
Bij bovenstaande past een kanttekening. Dat de gedraging wordt bezien in het licht van het vastgestelde voornemen, betekent niet dat dat voornemen een gebrek aan een gedraging, gericht op een bepaald gevolg, kan 'compenseren' of 'repareren'. In dit verband kan in het bijzonder worden gewezen op de *Weed*-uitspraak. De verdachten in deze zaak hadden weliswaar plannen om 200kg weed uit te voeren, maar nu slechts 40kg weed werd aangetroffen, kon niet worden geoordeeld dat sprake was van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm moest worden beschouwd als te zijn gericht op het uitvoeren van *200kg* weed. Wat de verdachte daadwerkelijk aan gedragingen verricht is in het kader van het bestanddeel 'begin van uitvoering' uiteindelijk dus doorslaggevend, ook ten aanzien van de gerichtheid op het misdrijf. Hoewel het voornemen van de verdachte als omstandigheid een belangrijke rol heeft bij de vaststelling van gerichtheid op het misdrijf, zijn 'voornemen' en 'gerichtheid op het misdrijf' dus niet hetzelfde.

Voornemen zelfstandige rol bij poging(?)
Mijn bevindingen staan op dit punt haaks op de stelling van De Hullu dat het voornemen in de rechtspraak niet op de voorgrond staat. Volgens De Hullu wordt de aandacht doorgaans geconcentreerd op de uitvoeringshandeling en vloeit het voornemen daar vaak uit voort.[93] In reactie daarop merk ik het volgende op.

Het komt voor (in de feitenrechtspraak) dat de oordelen dat sprake is van 'begin van uitvoering' en 'voornemen' materieel (en bewijstechnisch) samenvallen.[94] Daaruit kan mijns inziens echter niet worden geconcludeerd dat aan de vaststelling van het voornemen geen aandacht hoeft te worden besteed en dat dit voornemen 'voortvloeit' uit de vaststelling dat sprake is van 'begin van uitvoering'.[95] Het gebeurt immers wel vaker dat de (feiten)rechter meerdere bestanddelen tezamen bespreekt. Dat de Hoge Raad in de uitspraken die in dit hoofdstuk zijn besproken weinig aandacht besteedt aan de wijze waarop invulling is gegeven door het gerechtshof aan het bestanddeel 'voornemen' hangt er mijns inziens mee samen dat (in cassatie) niet wordt betwist dat de verdachte voornemens was het misdrijf te plegen. Daar komt bij dat ik in dit hoofdstuk geen uitspraken ben tegengekomen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van zowel het bestanddeel

93 De Hullu 2018, p. 400-401. Zie in soortgelijke zin: AG Jörg in zijn conclusie bij HR 2 november 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO9806, *NJ* 2005/275, onder 9 en 10; de conclusie van AG Harteveld bij HR 13 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1093, onder 4.5; de conclusie van AG Harteveld van 11 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2014:358, onder 4.5.

94 Zie bijv. de uitspraak van het gerechtshof die leidde tot het *Omhelzing*-arrest.

95 Anders: De Hullu 2018, p. 400-401; AG Jörg in zijn conclusie bij HR 2 november 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO9806, *NJ* 2005/275, onder 9 en 10; de conclusie van AG Harteveld bij HR 13 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1093, onder 4.5; de conclusie van AG Harteveld van 11 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2014:358, onder 4.5.

'begin van uitvoering' als het bestanddeel 'voornemen' van artikel 45 Sr.[96] Dit ondersteunt mijn stelling dat deze bestanddelen in de jurisprudentie van de Hoge Raad (nog altijd) van elkaar worden onderscheiden. Ik kom hierop in de hoofdstukken 7, 8 en 10 nog uitgebreid terug.

3.12.1.2 De aanwezigheid van middelen om het misdrijf of een kwalificerend bestanddeel te plegen

Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een gedraging gericht op een bepaald misdrijf, wordt betrokken of de verdachte middelen aanwezig had om het betreffende misdrijf te plegen. Deze omstandigheid ben ik bij alle in de paragrafen 3.1 tot en met 3.11 besproken misdrijven tegengekomen.

Blijkens mijn analyse worden niet alleen gevaarlijke middelen of ongewone middelen die eigenlijk geen ander doel kunnen hebben dan het plegen van een misdrijf, zoals vuurwapens en geprepareerde auto's, bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken. Het kan ook gaan om 'alledaagse' voorwerpen, zoals schroevendraaiers. Uit deze voorwerpen zelf blijkt vaak niet waarop de gedraging precies was gericht. Dat geldt overigens ook ten aanzien van 'gevaarlijke' voorwerpen zoals vuurwapens. Een vuurwapen kan immers zowel worden gebruikt om iemand te bedreigen als om iemand van het leven te beroven (vgl. de hiervoor beschreven uitspraak *Het Trefpunt*). Het gaat dus vooral om voorwerpen die 'passen' binnen het (vermeende) plan van de verdachte. Hier blijkt opnieuw het belang van het voornemen van de verdachte in het kader van de uiterlijke verschijningsvorm.

Bij de uiterlijke verschijningsvorm worden niet alleen voorwerpen betrokken waarmee het grondmisdrijf kan worden gepleegd, maar ook middelen om een kwalificerend bestanddeel te plegen en middelen om een (eerste) stap uit te voeren van een nauw samenhangend, opeenvolgend geheel van gedragingen. In al deze gevallen gaat het om middelen die worden ingezet om een uitvoeringshandeling te plegen. Daarnaast worden ook middelen bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken die niet voor een uitvoeringhandeling van het misdrijf worden gebruikt. Ik licht dit toe

96 De uitspraak *Omhelzing* wekt op het eerste oog wellicht de indruk dat het voornemen wordt afgeleid uit de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. Het cassatiemiddel lijkt zich in deze uitspraak immers (ook) te richten tegen het oordeel dat de verdachte het voornemen had het slachtoffer van haar vrijheid te beroven. De Hoge Raad vat het middel echter zo op dat het uitsluitend betrekking heeft op 'begin van uitvoering'. Het is dus niet zo dat de Hoge Raad in deze uitspraak het voornemen afleidt uit de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. Overigens lijkt ook het gerechtshof, hoewel het geen duidelijk onderscheid maakt tussen de bestanddelen begin van uitvoering en voornemen, bij het voornemen meer omstandigheden te betrekken dan alleen de gedraging. Zo besteed het gerechtshof ook veel aandacht aan de voorgeschiedenis tussen de verdachte en het slachtoffer.

Middelen om het grondmisdrijf te plegen
In verschillende uitspraken wordt betrokken dat middelen zijn aangetroffen die (kunnen) worden gebruikt om het grondmisdrijf te plegen. Bij een aantal misdrijven, zoals bij oplichting, afpersing, mensenhandel en misleiding van een minderjarige worden deze middelen in de delictsomschrijving genoemd. Wanneer deze middelen worden aangewend, wordt dus een delictsbestanddeel vervuld (zie nader paragraaf 3.12.2.2). Ook bij misdrijven waarin de middelen niet in de delictsomschrijving worden genoemd, zoals bij de bevrijding van een gevangene, moord/doodslag en brandstichting, wordt blijkens de jurisprudentie de aanwezigheid van middelen om dat grondmisdrijf te plegen betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm.

Middelen om kwalificerend bestanddeel te plegen
Bij de uitspraken over gekwalificeerde diefstal worden aangetroffen middelen die (kunnen) worden gebruikt om een gekwalificeerd bestanddeel te vervullen, zoals braak of geweld, bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken.

Middelen om een eerste stap te zetten
In de twee uitspraken waarin sprake was van een nauw samenhangend, opeenvolgend geheel van gedragingen – de *Telcentrum*-uitspraken en de uitspraak *Vervalsen van een betaalpas* – werden door de Hoge Raad bij de uiterlijke verschijningsvorm ook de middelen betrokken die waren gebruikt om de eerste stap van dat stappenplan uit te voeren.

Middelen die niet werden gebruikt voor een uitvoeringshandeling
In de *Cocaïne*-uitspraak werd door de Hoge Raad betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm dat de verdachten vuurwapens en geld bij zich hadden om de cocaïne te verkrijgen, evenals weegschalen en ammoniak om de cocaïne te testen. Van het geldbedrag en de vuurwapens kan worden gezegd dat zij middelen zijn om het misdrijf te plegen. Door het geldbedrag en de vuurwapens konden de verdachten immers de cocaïne verkrijgen. Voor de weegschalen en de ammoniak geldt dat echter niet. Dat neemt niet weg dat deze middelen wel een (nadere) aanwijzing vormen voor waarom de verdachten in het pand aanwezig waren. In zoverre vormen zij dus wel aanwijzingen voor de 'gerichtheid' van de gedraging op het grondmisdrijf.

Gebruik dat is gemaakt van de middelen
In paragraaf 3.12.2.1 zal aan de orde komen dat de mate waarin de middelen al zijn gebruikt, van belang is voor de beantwoording van de vraag in hoeverre de gedraging was gericht op *voltooiing*. In het kader van de gerichtheid op het misdrijf lijkt niet vereist te zijn dat de middelen ook al zijn ingezet.[97] Dat

97 Zie in het bijzonder de paragrafen 3.1 en 3.2.

neemt niet weg dat het gebruik dat van de middelen is gemaakt ook in dit verband relevant kan zijn. In het bijzonder wanneer de verdachte middelen aanwezig heeft die ook een 'alledaagse' functie hebben, zoals gereedschap (diefstal met braak, bevrijding gevangene), communicatieapparatuur (oplichting), benzine en aanstekers (moord/doodslag en brandstichting), lijkt ook de wijze waarop die middelen zijn ingezet en de omstandigheden waaronder die middelen zijn aangetroffen van belang. Zo werd in de uitspraak *C.s.* door de Hoge Raad niet alleen betrokken dat de verdachte een schroevendraaier en ander gereedschap bij zich had, maar (met name) ook dat hij daarmee het raam waarachter zich de cel van de gedetineerde bevond, gedeeltelijk had losgeschroefd en beschadigd.

In uitspraken waarin de verdachte middelen aanwezig had die op zichzelf gevaarlijk zijn of op een misdrijf duiden, zoals (vuur)wapens (diefstal met geweld, moord/doodslag) en geprepareerde auto's met een dubbele bodem (binnen het grondgebied van Nederland brengen van drugs), is wat minder duidelijk of bij de beantwoording van de vraag of de gedraging is gericht op een misdrijf alleen de aanwezigheid van die middelen werd betrokken, of dat ook de inzet van die middelen relevant was. Dit laatste is wel voorstelbaar, omdat bijvoorbeeld de enkele aanwezigheid van vuurwapens weliswaar over het algemeen op kwade bedoelingen duidt (behalve misschien wanneer iemand een wapenvergunning heeft en op weg is naar de schietclub), maar zegt nog weinig over op welk misdrijf de gedragingen precies waren gericht: bedreiging, diefstal met geweld of moord/doodslag. De wijze waarop de middelen zijn aangewend kunnen – naast het voornemen– inzicht geven in waarop de gedraging precies was gericht.

3.12.1.3 De context

In veel uitspraken werden omstandigheden bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken waaruit bleek dat de gedragingen van de verdachte afweken van 'normale' (niet strafbare) gedragingen. Ik ben dergelijke omstandigheden tegengekomen in uitspraken over pogingen tot diefstal, misdrijven met verboden voorwerpen, mensenhandel, vrijheidsberoving, vervalsing en misleiding van een minderjarige.

Alledaagse gedragingen

In uitspraken waarin de gedraging van de verdachte alledaags aandeed, werden in de overwegingen van de Hoge Raad omstandigheden genoemd waaruit bleek dat de gedraging bij nader inzien toch niet zo 'alledaags' was. Zo werd in de *Liefdesbrieven*-uitspraak door de Hoge Raad bij zijn overwegingen betrokken dat de verdachte zich niet had beperkt tot het schrijven van liefdesbrieven, maar dat hij ook ruimten had gehuurd waar vrouwen achter het raam konden zitten, dat hij een groot aantal (buitenlandse) vrouwen brieven had geschreven en dat hij die vrouwen leugens had verteld (hij deed zich veel rijker voor dan hij was). Het schrijven van liefdesbrieven deed door

deze aanvullende omstandigheden ineens een stuk minder denken aan romantiek en veel meer aan mensenhandel. Ook het rijden met een busje naar een loods kan een 'onschuldige' gedraging zijn. Dat wordt anders wanneer duidelijk is dat in die loods (zichtbaar) illegaal vuurwerk aanwezig was en de verdachte via zendapparatuur in contact stond met iemand anders die ook naar de loods was gereden met een busje om vuurwerk te halen (zie de *Vuurwerk*-uitspraak). Dan lijkt de gedraging er ineens op te duiden dat de verdachte vuurwerk kwam ophalen.

Niet alleen in uitspraken waarin een 'alledaagse' gedraging centraal stond waren naast de fysieke gedraging aanvullende omstandigheden van belang. Ook in uitspraken waarin de gedraging op zichzelf al 'ongewoon' was – zoals het achteruitrijden met een auto in de richting van de pui van een supermarkt – werden door de Hoge Raad ten opzichte van de bewezenverklaring nog aanvullende omstandigheden genoemd die de ongewoonheid van de gedraging benadrukten, zoals het tijdstip waarop de verdachten zich bij de supermarkt hadden bevonden (3.40u in de ochtend) en de omstandigheid dat de verdachten in het donker met gedoofde lichten reden (*Ramkraak*-uitspraken).

Soms worden ook eerder verrichte gedragingen of de voorgeschiedenis tussen de verdachte en slachtoffer bij de overwegingen betrokken. Zo werd in de uitspraak *Omhelzing* de voorgeschiedenis tussen de verdachte en het slachtoffer (een broer en zus) betrokken bij het oordeel of de gedraging was gericht op het misdrijf vrijheidsberoving.

3.12.1.4 Belang van de omstandigheden en onderlinge verhouding: de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm (1)

Het voornemen speelt in vrijwel alle uitspraken, expliciet dan wel impliciet, een rol bij de interpretatie van de gedragingen. Dat voornemen is in veel gevallen leidend bij de kwalificatie van de gedragingen. Ook de aangetroffen voorwerpen worden veelal in het licht van het voornemen bezien.

Hoewel het voornemen een belangrijke omstandigheid is in het kader van de uiterlijke verschijningsvorm, is dat voornemen op zichzelf niet voldoende om gerichtheid op het grondmisdrijf aan te nemen. Er moet ook altijd sprake zijn van een gedraging, zo besprak ik al in paragraaf 3.12.1.1. Ook de fysieke gedraging blijkt op zichzelf zelden voldoende om gerichtheid op het misdrijf vast te stellen, zo leid ik af uit de rechtspraak van de Hoge Raad. Ik ben geen uitspraken tegengekomen waarin de gerichtheid alleen werd afgeleid uit de fysieke gedraging. De Hoge Raad betrekt bij de uiterlijke verschijningsvorm ook steeds omstandigheden waaruit blijkt van de context waarin die gedraging is verricht. Op dit punt vult de Hoge Raad het oordeel van het gerechtshof regelmatig aan. De omstandigheden die de context betreffen worden daarbij niet geïnterpreteerd in het licht van het voornemen, maar lijken eerder andersom bij te dragen aan het oordeel dat de fysieke gedraging inderdaad de uitvoering van dat voornemen betrof. Dit betekent dat de gedraging altijd in de context wordt geplaatst waarbinnen hij werd verricht. De context is daarbij

ondersteunend aan het oordeel dat de verdachte een gedraging verrichtte ter uitvoering van zijn voornemen. Dat ook dergelijke 'ondersteunende' omstandigheden worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm, laat zien dat er een bepaalde drempel is die moet worden gehaald, voordat gerichtheid op het misdrijf kan worden aangenomen. Het is niet voldoende dat er sprake is van een voornemen en een fysieke gedraging die daarbij 'past'. Er moet een bepaalde mate van aannemelijkheid zijn dat met de gedraging daadwerkelijk uitvoering werd gegeven aan het vastgestelde voornemen. Waar die 'drempel' precies ligt, blijkt niet eenduidig uit de uitspraken. Ik sluit niet uit dat het belang van de aanvullende omstandigheden mede afhankelijk is van in welke mate de fysieke gedraging er op zichzelf reeds 'misdadig' uitziet. Dat neemt niet weg dat zelfs in gevallen waarin uit de fysieke gedraging overduidelijk blijkt dat die is gericht op een misdrijf, zoals rondlopen met een vuurwapen, de context wordt betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm.[98] Dat heeft er mijns inziens mee te maken dat in het kader van de poging moet worden vastgesteld dat er sprake is van gerichtheid op een *bepaald* misdrijf.

3.12.2 Gerichtheid op voltooiing

In de vorige paragraaf ging ik in op omstandigheden die van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of de gedragingen van de verdachte naar uiterlijke verschijningsvorm zijn gerichtheid op het grondmisdrijf (het eerste *Cito*-vereiste). Zij zeggen echter nog niets over het stadium waarin het feitencomplex zich bevindt. Alleen op basis van de in paragraaf 3.12.1 genoemde omstandigheden kan dan ook niet worden geoordeeld dat sprake is van een gedraging die naar het uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het misdrijf. Daarvoor moet blijkens de jurisprudentie ook worden vastgesteld dat de gedragingen een dusdanig stadium hebben bereikt dat kan worden gesproken van gerichtheid op voltooiing (tweede *Cito*-vereiste).

In een groot deel van de door mij geanalyseerde rechtspraak was in cassatie niet (alleen) de vraag aan de orde of de gedraging was gericht op het misdrijf, maar (ook) of de gedraging ver genoeg was gevorderd om te kunnen spreken van het voor strafbare poging vereiste 'begin van uitvoering'. Ook in het *Cito*-arrest vormde de afbakening tussen voorbereiding en poging de kern van de in cassatie centraal staande vraag. In de meeste uitspraken waarin het oordeel van het gerechtshof werd gecasseerd, was het op dit punt 'misgegaan'. Hoewel niet werd getwijfeld (door de feitenrechter) aan het misdadige voornemen van de verdachte, en de verdachte ook al wel gedragingen had verricht om uitvoering te geven aan dat voornemen, waren de gedragingen (volgens de rechter) in een te vroeg stadium blijven steken om ze aan te kunnen merken als 'begin van uitvoering' van het misdrijf. Voorbeelden zijn de uitspraken

98 Vgl. Machielse 2008, p. 234-238; De Hullu 2018, p. 396-398; Knigge & Wolswijk 2015, p. 229.

GWK, *Heroïne in Utrecht I*, *Hasjiesj uit Marokko* en *Hoevense brandstichting*. Uit een vergelijking tussen de uitspraken waarin géén en uitspraken waarin wél sprake is van 'begin van uitvoering', kan worden afgeleid dat een aantal omstandigheden hierbij doorslaggevend is. Anders dan bij de gerichtheid op het misdrijf, speelt bij de gerichtheid op voltooiing het voornemen van de verdachte geen centrale rol. In de jurisprudentie kunnen objectieve omstandigheden worden aangewezen op basis waarvan wordt vastgesteld of aan dit laatste vereiste is voldaan. Ik zal deze omstandigheden hierna eerst afzonderlijk bespreken (paragraaf 3.12.2.1-3.12.2.6). Daarna zal ik het belang van de verschillende omstandigheden en hun onderlinge verhouding bespreken (paragraaf 3.12.2.7).

3.12.2.1 Het aanwenden van middelen om het misdrijf of een kwalificeren bestanddeel te plegen: (gedeeltelijke) vervulling (kwalificerend) bestanddeel

In paragraaf 3.12.1.2 maakte ik een onderscheid tussen (1) middelen die worden gebruikt voor het plegen van het grondmisdrijf, (2) middelen die worden gebruikt voor het vervullen van een kwalificerend bestanddeel, (3) middelen die worden gebruikt bij de uitvoering van een (eerste) stap in een nauw samenhangend, opeenvolgend geheel van gedragingen en (4) middelen die niet worden gebruikt voor de uitvoering van het misdrijf zelf. Op de situatie waarin sprake is van een nauw samenhangend, opeenvolgend geheel van gedragingen (3), kom ik in paragraaf 3.12.2.2 terug. De situatie waarin sprake is van middelen die niet worden gebruikt voor de uitvoering van het misdrijf zelf (4), laat ik hier buiten beschouwing. De aanwezigheid van dergelijke middelen kunnen wellicht een aanwijzing vormen voor waarop de gedraging is gericht, maar zij zeggen niets over het stadium waarin de gedraging zich bevindt. Daarmee zijn zij niet relevant voor de vereiste gerichtheid op *voltooiing*. Dat betekent dat ik me hier beperk tot de situatie waarin middelen zijn aangetroffen die kunnen worden gebruikt om het grondmisdrijf te plegen (1) of een kwalificerend bestanddeel te vervullen (2).

In het kader van gerichtheid op voltooiing is de *enkele aanwezigheid* van middelen om het misdrijf of een kwalificerend bestanddeel te plegen onvoldoende. Dit volgt onder meer uit de uitspraken GWK en *Hoevense brandstichting*. In deze uitspraken hadden de verdachten middelen aanwezig om het misdrijf te plegen. Toch werd geen 'begin van uitvoering' aangenomen.

Het is echter ook niet vereist dat de middelen al ten einde toe zijn ingezet. Ik besprak dit al in de paragrafen 3.1, 3.2 en 3.3. Dit betekent dus ook dat niet vereist is dat het (kwalificerend) bestanddeel al is vervuld. Wel is het in de bestudeerde uitspraken zo dat, met uitzondering van de in paragraaf 3.12.2.2 te bespreken gevallen, met de inzet van de middelen werd *aangevangen* met de vervulling van een (kwalificerend) bestanddeel. Het bestanddeel werd dus

wel gedeeltelijk vervuld.[99] Het ging hierbij telkens om bestanddelen die betrekking hadden op een gedraging of de inzet van een middel.[100]

Ik ben ook uitspraken tegengekomen waarin, ondanks dat de middelen nog niet waren aangewend, toch 'begin van uitvoering' werd aangenomen. Zo had de verdachte in de uitspraken *Lucifer* en *Jerrycan* de lucifer respectievelijk aansteker wel ter hand had genomen, maar nog niet gebruikt. In de *Gasexplosie*-uitspraak had de verdachte niet eens een ontsteker in de hand genomen. Ook in de arresten *Cito* en *PTT* hadden de verdachten nog geen middelen ingezet waarmee een (kwalificerend) bestanddeel kon worden vervuld.[101] Dat in deze uitspraken (toch) 'begin van uitvoering' werd aangenomen heeft mijns inziens met name te maken met de omstandigheden die in de paragrafen 3.12.2.3 en 3.12.2.4 aan de orde komen. Hoewel het hebben aangewend van middelen om een (kwalificerend) bestanddeel te plegen een belangrijke omstandigheid is, is dit niet altijd vereist.

3.12.2.2 Het aanvangen met de eerste stap van het stappenplan

In de uitspraken *Telcentrum* en *Vervalsen betaalpassen* bestond het plan van de verdachte uit verschillende stappen. In beide zaken had de verdachte nog slechts een aanvang gemaakt met de eerste stap uit dat plan. Daarmee was nog geen sprake van een aanvang met de vervulling van een (kwalificerend) bestanddeel. In beide gevallen bleef het oordeel dat sprake was van 'begin van uitvoering' in cassatie desalniettemin in stand. Zoals ik in paragraaf 3.1.2 al opmerkte, sluit de omstandigheid dat de verdachte is aangevangen met de uitvoering van de eerste stap van een stappenplan aan bij de lijn die is uitgezet in het (voor het *Cito*-arrest gewezen) *Poging gasmoord*-arrest.

---

99 Vgl. Knigge & Wolswijk 2015, p. 227-228 (in het bijzonder voetnoot 31). De Hullu meent dat het goed denkbaar is dat 'per delict karakteristieke uiterlijke verschijningsvormen worden onderkend, zoals vervulling van een (kwalificerend) bestanddeel'; zie De Hullu 2018, p. 399. Zou dit pleidooi worden gevolgd, dan zou dat ten opzichte van de jurisprudentie van de Hoge Raad een inperking betekenen. De jurisprudentie van de Hoge Raad laat immers de mogelijkheid open dat ook al eerder, namelijk wanneer is aangevangen met de uitvoering van een bestanddeel, begin van uitvoering kan worden aangenomen. De Hullu verwijst in deze passage naar de noot van Mulder bij het *Wella*-arrest (zie par. 3.5). Mulder heeft het daar evenwel over 'de *partiële* uitvoering [cursivering: SA] van een delictsbestanddeel'. Mulder pleit er overigens voor om in die gevallen niet de uiterlijke verschijningsvorm, maar de partiële uitvoering als objectief criterium te gebruiken. Deze lijn volgt de Hoge Raad niet. De (gedeeltelijke) vervulling van een (kwalificerend) delictsbestanddeel wordt betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm.

100 Er zijn ook (kwalificerende) bestanddelen die niet een gedraging betreffen, maar een toestand – bijv. 'bij gelegenheid van brand' (artikel 311, eerste lid, onder 2°) – of een gevolg – bijv. 'zwaar lichamelijk letsel' (artikel 312, eerste lid, onder 5°). In dergelijke gevallen zal het vervuld zijn van een (kwalificerend) bestanddeel niet (op zichzelf) leiden tot het oordeel dat sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het misdrijf. Ik ben althans geen uitspraken tegengekomen waarin dit zo was en het lijkt me ook niet erg voor de hand liggend. Zie ook De Hullu 2018, p. 406.

101 Vgl. Knigge & Wolswijk 2015, p. 227-228, voetnoot 31.

Anders is dat in het *Hoevense brandstichting*-arrest. Ook daar bestond het plan van de verdachte uit verschillende stappen. Een aantal van die stappen was zelfs al gezet. Toch was hier naar het oordeel van de Hoge Raad geen sprake van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm was gericht op voltooiing van het misdrijf. Wat verklaart het verschil tussen de uitkomst in deze uitspraak en de andere twee uitspraken?

Een mogelijke verklaring is de aard van het delict. Brandstichting (*Hoevense brandstichting*) is een gevaarzettingsdelict, terwijl diefstal (*Telcentrum*) en vervalsing (*Vervalsen betaalpassen*) krenkingsdelicten zijn. Deze verklaring acht ik zelf niet heel waarschijnlijk. Op andere punten komt de benadering in de verschillende door mij geanalyseerde arresten over brandstichting/het teweegbrengen van een ontploffing namelijk overeen met de benadering bij andere (krenkings)delicten. Mij lijkt een andere verklaring dan ook meer voor de hand te liggen. In het *Hoevense brandstichting*-arrest werden de verschillende stappen van het plan door verschillende mensen genomen en bovendien op verschillende tijdstippen gezet. In de *Telcentrum*-uitspraken werden de stappen daarentegen door dezelfde personen gezet en achtte het gerechtshof het 'uitermate onwaarschijnlijk dat de verdachten (…) de woning weer zouden hebben verlaten om – na beraad – vervolgens op een ander moment het telcentrum te overvallen of aldaar in te breken'. Het gerechtshof ging er van uit dat de verdachten het slachtoffer mee wilden nemen naar het telcentrum. Het belangrijkste verschil lijkt daarmee te zijn dat in de *Telcentrum*-uitspraken de stappen nauwer met elkaar samenhingen en meer een opeenvolgend geheel vormden dan de stappen in het *Hoevense brandstichting*-arrest. Dat een eerste stap van een stappenplan is gezet lijkt, met andere woorden, pas tot de conclusie te kunnen leiden dat sprake is van een gedraging die is gericht op voltooiing van het misdrijf als de stappen nauw met elkaar samenhangen (zowel in tijd als in termen van door welke persoon zij worden uitgevoerd) en een opeenvolgend geheel vormen.[102] Dit verklaart mogelijk ook waarom in een aantal uitspraken over het vervoeren, in- en uitvoeren van verboden voorwerpen geen 'begin van uitvoering' werd aangenomen. De gedragingen die al waren verricht (zich begeven naar een bepaalde plaats) vormden wel onderdeel van een 'stappenplan', maar zolang de verdachte de verboden voorwerpen niet in zijn beschikkingsmacht had, was nog geen sprake van een zodanig nauw samenhangend, opeenvolgend geheel, dat de gedraging (zonder ingrijpen van buitenaf) zou hebben geleid tot voltooiing van het delict. Dit moet overigens niet worden verward met het criterium van 'automatische voltooiing' uit het *Eindhovense brandstichting*-arrest. Ik ga hierop in paragraaf 3.12.2.6 nog in.

Het is mogelijk een parallel te trekken tussen de benadering in de uitspraken *Telcentrum* en *Vervalsen betaalpassen* en de benadering ten aanzien van

102 Het is – in het kader van de voltooiing van het misdrijf – dus niet voldoende dat de betreffende stappen onderdeel uitmaakten van een plan, er is ook een bepaalde (nauwe) samenhang tussen die stappen vereist.

kwalificerende bestanddelen (zie paragraaf 3.12.2.1). Met het aanvangen van een kwalificerend bestanddeel is immers evenmin een aanvang gemaakt met het basisdelict. Dat dit toch 'begin van uitvoering' oplevert kan, net als hier, worden verklaard vanuit de gedachte dat ook het kwalificerend bestanddeel en het basisdelict een nauw samenhangend, opeenvolgend geheel vormen.

Wat opvalt is dat het in zowel de *Telcentrum*-uitspraken als in de uitspraak *Vervalsen betaalpassen* gaat om formele delicten. Ik kom op dit punt in paragraaf 3.12.3.7 terug. Hier merk ik wel alvast op dat deze benadering niet (per definitie) is beperkt tot gevallen waarin sprake is van een formeel delict, zoals het *Poging Gasmoord*-arrest al illustreert.

3.12.2.3 Het daadwerkelijk benaderen van het object van het misdrijf/het in zijn machtssfeer hebben van verboden voorwerpen

In paragraaf 3.5 merkte ik op dat een bepalend verschil tussen het *Cito*-arrest (wel 'begin van uitvoerig') en de GWK-uitspraak (geen 'begin van uitvoering') is dat in het *Cito*-arrest het object van het misdrijf al wel en de GWK-uitspraak nog niet daadwerkelijk was benaderd. Uit de overwegingen van de Hoge Raad in de GWK-uitspraak kan worden afgeleid dat als de verdachten uit hun auto waren gestapt, wel sprake zou zijn geweest van 'begin van uitvoering'. De enkele aanwezigheid op de plaats-delict is dus niet voldoende, het object van het misdrijf moet al daadwerkelijk zijn benaderd. Dit gaat niet alleen op voor de uitspraken *Cito* en GWK. In vrijwel alle uitspraken van de Hoge Raad waarin wordt aangenomen dat sprake is van een gedraging gericht op voltooiing van het misdrijf, had de verdachte het beoogde slachtoffer of het gebouw waar dat slachtoffer (of het goed) zich bevond – zoals een woning, supermarkt of kantoor – al benaderd. Deze omstandigheid ben ik tegengekomen in uitspraken over diefstal, oplichting, bevrijding van een gevangene, moord, afpersing, mensenhandel, vrijheidsberoving en misleiding.

Ik ben slechts één uitspraak tegengekomen waarin de verdachte het object van het misdrijf (het slachtoffer) nog niet daadwerkelijk had benaderd, maar waarin (toch) werd aangenomen dat sprake was van 'begin van uitvoering'. Ik doel dan op het *Stadhuis Almelo-arrest*. In deze zaak had de advocaat-generaal bij het gerechtshof zich op het standpunt gesteld dat geen sprake kon zijn van begin van uitvoering in de zin van artikel 45 Sr, omdat 'de verdachte nimmer in het (schiet)bereik is gekomen van het beoogde slachtoffer'. Het gerechtshof overwoog dat voor dit criterium geen steun bestond in het recht en oordeelde dat wel degelijk sprake was van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm was gericht op voltooiing van het misdrijf. In cassatie bleef het oordeel van het gerechtshof in stand. Hieruit kan mijns inziens echter niet worden afgeleid dat het daadwerkelijk benaderen van het slachtoffer niet relevant is. Zoals in paragraaf 3.4 aan de orde is gekomen, had het gerechtshof overwogen dat de verdachte zich naar het stadhuis had begeven. De Hoge Raad preciseerde dit naar 'de beveiligde verdieping in het stadhuis waar de kamer van wethouder S. zich bevond'. De verdachte had dus heel gericht de

plaats waar het slachtoffer zich normaliter bevond opgezocht. Dit kan worden vergeleken met het aanbellen bij de woning van het slachtoffer, waarbij ook niet doorslaggevende is of het slachtoffer wel of niet heeft opengedaan (vgl. de uitspraken *Cito* en *PTT*). Bovendien had de verdachte er daadwerkelijk alles aan gedaan – onder meer urenlang andere aanwezigen gijzelen – om het slachtoffer alsnog bij zich te krijgen. In zoverre kan wellicht ook in deze uitspraak wel gesproken worden van 'benadering' van het slachtoffer.

In de uitspraken over verboden voorwerpen leverde de enkele aanwezigheid op een afgesproken plaats nog geen 'begin van uitvoering' op. Een doorslaggevende omstandigheid bleek te zijn of de verboden voorwerpen zich in de machtssfeer van de verdachte bevonden, ofwel omdat de voorwerpen op dezelfde plaats als de verdachte aanwezig waren ofwel omdat de verdachte de beschikkingsmacht over die voorwerpen had.[103] Ook in die gevallen geldt dus dat pas sprake is van gerichtheid op voltooiing als het object van het misdrijf – de verboden voorwerpen – 'binnen handbereik' van de verdachte zijn.

3.12.2.4 Het direct in gevaar brengen van personen of goederen

In de vorige paragrafen noemde ik een aantal zaken waarin de daar besproken omstandigheden niet (volledig) aan de orde waren, maar waarin desalniettemin werd aangenomen dat sprake was van een gedraging die naar de uiterlijke verschijningsvorm werd beschouwd als te zijn gericht op voltooiing van het misdrijf. Mogelijk woog daarbij mee dat de verdachte al personen (of goederen) in gevaar had gebracht.

In de uitspraken *Lucifer* en *Jerrycan* hadden de verdachten weliswaar benzine uitgegoten (ook over personen) en een lucifer/aansteker ter hand genomen, maar zij hadden die nog niet aangestoken. In de *Lucifer*-uitspraak overwoog de Hoge Raad expliciet dat dit niet afdeed aan het oordeel dat sprake was van een gedraging die naar de uiterlijke verschijningsvorm gericht is op voltooiing van het misdrijf. Het middel was dus nog niet ingezet (zie paragraaf 3.12.2.1), maar toch wordt aangenomen dat de gedraging gericht is op voltooiing. Dat lijkt er mee te maken te hebben dat de verdachte – door het slachtoffer te overgieten met benzine en vervolgens de ontsteker ter hand te nemen – een beslissende gedraging verrichte op weg naar het misdrijf, waarmee hij direct gevaar voor brand – en belangrijker nog: voor het leven van het slachtoffer – veroorzaakte. Het akelige gevolg was maar een fractie

103 Zoals in par. 3.6.2 toegelicht is mogelijk voorwerpen in je beschikkingsmacht te hebben zonder deze onder je te hebben. Ook in de literatuur als 'uitschieter' beschouwde (in de zin dat daarin wel in een zeer vroeg stadium 'begin van uitvoering' werd aangenomen) uitspraak *Vuurwapen* had de verdachte (bijna) de beschikkingsmacht over het verboden voorwerp. Om die reden beschouw ik deze uitspraak niet als een uitschieter. Zie nader par. 3.6.1.

van een seconde weg.[104] Of, in de woorden van AG Wortel bij de *Jerrycan*-uitspraak (conclusie onder 19):

> '(naar van algemene bekendheid is) komt benzine uitermate makkelijk tot ontbranding en kan een enkele vonk uit een aansteker die ontbranding reeds veroorzaken.'

Dat de verdachte het middel om het misdrijf te plegen ter hand heeft genomen en al 'in de aanslag' heeft, werd ook in andere uitspraken bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken. Zo werd bijvoorbeeld in het *Cito*-arrest en de *Stadhuis Almelo*-uitspraak expliciet in de overwegingen genoemd dat de verdachte een of meer *geladen* vuurwapens bij zich had.

Op dit punt wijkt de *Gasexplosie*-uitspraak af van de andere uitspraken. In deze zaak had de verdachte nog geen ontsteker ter hand genomen (vgl. paragraaf 3.12.2.1). Hij was zelfs niet eens aanwezig in de woning waar hij de gaskraan had opengezet (vgl. paragraaf 3.12.2.3). Dat toch werd geoordeeld dat sprake is van een gedraging gericht op voltooiing van het misdrijf, hing er mee samen dat ook zonder die gedragingen het 'reële gevaar van een ontploffing was ontstaan', zoals het gerechtshof had afgeleid uit een verklaring van een deskundige. Ook hier was door de gedraging van de verdachte (langdurig gaskraan openzetten) al gevaar veroorzaakt voor personen en goederen.

Tot slot kan hier nog worden gewezen op verschillende uitspraken waarin de gedragingen die de verdachte heeft verricht op zichzelf al een strafbaar feit opleveren. Zo leverden de gedragingen in de uitspraken *Telcentrum I & II* al mishandeling op. De verdachte in *Stadhuis Almelo* had een aantal mensen gegijzeld. De gedragingen van de verdachte in de uitspraken, *Bevrijding gevangene* en *Vervalsen betaalpassen* leverden reeds vernieling op. Ook in deze uitspraken heeft de verdachte dus al gevaar veroorzaakt voor personen en goederen. Dat er al personen of goederen in gevaar zijn gebracht – waarmee een (acuut) gevaar voor een rechtsgoed is ontstaan – betekent overigens niet dat het misdrijf zonder nader ingrijpen 'automatisch' zou hebben gevolgd. Zie hierover paragraaf 3.12.2.6.

3.12.2.5 De voltooiing is alleen uitgebleven vanwege een van de wil van de verdachte niet afhankelijke omstandigheid

In de uitspraken *Stadhuis Almelo* en *Vuurwapen* hadden de verdachten alles gedaan wat in hun macht lag om tot een voltooiing van het misdrijf te komen. Met name de verdachte in de *Stadhuis Almelo*-uitspraak had uitzonderlijke inspanningen verricht – hij was zelfs overgegaan tot een urenlange gijzeling van andere aanwezigen. In beide zaken is de verdachte alleen niet in zijn opzet

104 Rozemond heeft het wel over het 'jetzt geht es los moment'. Rozemond 2011, p. 135. Vgl. ook het voorstel van Vetzo om het 'criterium van de feitelijke mogelijkheid' te gebruiken (bij formele delicten).

geslaagd vanwege toevallige, niet van zijn wil afhankelijke omstandigheden (het slachtoffer was die dag toevallig niet op kantoor respectievelijk de verkoper had het wapen niet willen verkopen aan iemand die geen wapenvergunning had). Ook in andere uitspraken speelde dit een rol. Zo had het gerechtshof in de *Telcentrum*-uitspraken expliciet bij zijn oordeel betrokken dat de gedragingen van de verdachte 'tot een voltooiing van het delict zouden hebben geleid als de verdachten niet door de politie waren gestoord'. Het gerechtshof kan dit hebben genoemd ter onderbouwing van het oordeel dat sprake was van een 'opeenvolgend geheel'. In de *Ramkraak*-uitspraken werd door de Hoge Raad bij zijn overweging betrokken dat de verdachten schrokken toen zij in een nabijgelegen woning de lichten zagen aangaan, snel instapten en toen wegreden. Ook in deze uitspraak lijkt de niet-voltooiing vanwege niet van de wil van de verdachten afhankelijke omstandigheden dus een rol te spelen.

Tot 1994 maakte de vrijwillige niet-voltooiing deel uit van de delictsomschrijving van artikel 45 Sr.[105] Dat betekende dat bewezen moest worden dat het misdrijf alleen niet was voltooid vanwege een van de wil van de verdachte niet afhankelijke omstandigheid. Dit kan in voornoemde uitspraken evenwel niet de verklaring zijn voor waarom de Hoge Raad deze omstandigheid noemt; de uitspraken dateren van (ver) na 1994, namelijk uit 2009 (*Ramkraak I, II & III*), 2012 (*Stadhuis Almelo*), 2014 (*Telcentrum I & II*) en 2015 (*Vuurwapen*). Het lijkt er daarmee op dat de omstandigheid ook na 1994 mee is blijven spelen in het kader van het bestanddeel 'begin van uitvoering'. In geen van deze uitspraken lijken deze omstandigheden echter op zichzelf voldoende om een gedraging te beschouwen als te zijn gericht op voltooiing van het misdrijf. Zij lijken eerder als een aanvullende omstandigheid te worden genoemd. Ik ga hierop in paragraaf 3.12.2.7 nader in.

3.12.2.6 Automatische voltooiing?

De omstandigheden besproken in de paragrafen 3.12.2.2, 3.12.2.4 en 3.12.2.5 doen denken aan het criterium van de 'automatische voltooiing' uit het *Eindhovense brandstichting*-arrest,[106] maar moeten daarmee niet worden verward. In de meeste van de in voornoemde paragrafen besproken uitspraken moesten de verdachten nog verschillende stappen zetten voordat het misdrijf kon worden voltooid. Het duidelijkst te zien is dat wellicht in de *Telcentrum*-uitspraken, waarin de verdachten nog – met het slachtoffer – naar het telcentrum toe moesten rijden. Op grond van het criterium van de 'automatische voltooiing' zou het in deze uitspraak niet tot een veroordeling zijn gekomen. Hetzelfde geldt ten aanzien van veel andere uitspraken waarin het oordeel van het

105 Daarna werd de vrijwillige niet-voltooiing een strafuitsluitingsgrond; zie artikel 46b Sr.

106 Zie voor een bespreking van dat arrest hfdst. 1, par. 2. Het *Cito*-criterium wordt over het algemeen juist beschouwd als een 'versoepeling' ten opzichte van de benadering in dat arrest. Zie o.a. Pelser 2004, p. 194; Kelk & De Jong 2019, p. 427. Zoals hierna aan de orde komt, bevestigt mijn analyse dit beeld.

gerechtshof in stand werd gelaten. Ik noem in het bijzonder de uitspraken waarin (nog slechts) is aangevangen met een kwalificerend bestanddeel (zie paragraaf 3.12.2.1) of waarin het slachtoffer weliswaar is benaderd, maar door de verdachten nog verschillende gedragingen moeten worden verricht om tot voltooiing te komen (zie paragraaf 3.12.2.3). In zoverre is dus met de uiterlijke verschijningsvorm wel degelijk iets veranderd ten opzichte van het *Eindhovense brandstichting*-arrest. De uiterlijke verschijningsvorm kan dan ook worden gezien als een 'verruiming' ten opzichte van het criterium van de 'automatische voltooiing'.

Daarmee is overigens niet gezegd dat in het *Eindhovense brandstichting*-arrest op basis van het *Cito*-criterium wél een veroordeling had kunnen volgen. Bij de bespreking van het *Eindhovense brandstichting*-arrest lijkt vaak over het hoofd te worden gezien dat de verdachte niet (meer) ter plaatse was. De verdachte was weggegaan om nog wat nadere voorbereidingen te treffen en was vervolgens, omdat er omstanders aanwezig waren (aldus het gerechtshof), niet teruggekeerd. De verdachte was dus niet aanwezig bij de woning (vgl. paragraaf 3.12.2.3) en had ook (nog) geen ontstekingsmechanisme ter hand genomen (vgl. paragrafen 3.12.2.1 en 3.12.2.4). Weliswaar kan kritiek worden geuit op het in dat arrest aangelegde criterium van 'automatische voltooiing', maar het is mijns inziens maar de vraag of het *Eindhovense brandstichting*-arrest inhoudelijk gezien terecht als een 'uitschieter' wordt bestempeld en terecht zoveel aandacht krijgt in de literatuur.

3.12.2.7 Belang van de omstandigheden en onderlinge verhouding: de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm (2)

De paragrafen 3.12.2.1-3.12.2.4 in ogenschouw nemend, gaat het er bij de beantwoording van de vraag of sprake is van 'gerichtheid op voltooiing' in de kern om dat uit omstandigheden is gebleken van een bepaalde nabijheid tot de voltooiing van het misdrijf.[107] Hiervan is sprake als zich een van de volgende omstandigheden voordoet:

- Er is reeds aangevangen met vervulling van een (kwalificerend) bestanddeel.
- Er is aangevangen met een nauw samenhangend, opeenvolgend geheel van gedragingen, dat zonder van buiten komende omstandigheid tot voltooiing van het misdrijf zou hebben geleid.
- Het object van het misdrijf is daadwerkelijk benaderd.
- Er is een beslissende gedraging op weg naar het misdrijf verricht, waardoor personen of goederen in gevaar worden gebracht.

Hoewel vaak meerdere van voornoemde omstandigheden in één uitspraak worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm, zijn er ook uitspraken

107 Rozemond spreekt in dit verband over het 'jetzt geht es los-criterium' of 'concreet gevaarzettingscriterium'; Rozemond 1994; Rozemond 2011, p. 135.

waarin slechts één van voornoemde omstandigheden aan de orde is. Daaruit leid ik af dat in beginsel de aanwezigheid van ten minste een van voornoemde omstandigheden voldoende is om gerichtheid op voltooiing aan te nemen. Het gaat, met andere woorden, om alternatieve (niet cumulatieve) omstandigheden.

In aanvulling op voornoemde omstandigheden, kunnen nog worden betrokken:

- gedragingen waaruit de vastheid van het voornemen blijkt;
- de omstandigheid dat het misdrijf alleen niet is voltooid vanwege een van de wil van de verdachte niet afhankelijke omstandigheid.

Ik ben geen uitspraken tegengekomen waarin deze omstandigheden op zichzelf voldoende waren om aan te nemen dat de gedraging gericht was op voltooiing. Om die reden neem ik aan dat dit aanvullende omstandigheden zijn. Zij worden soms gebruikt om te onderbouwen waarom sprake is van een 'opeenvolgend geheel' of om het oordeel dat sprake is van een gedraging gericht op voltooiing te versterken.

Uit bovenstaande kan worden afgeleid dat er sprake is van een duidelijke ondergrens, een duidelijke drempel die moet worden gehaald, voordat een gedraging kan worden beschouwd als te zijn gericht op voltooiing van een misdrijf. Er zijn verschillende (alternatieve) omstandigheden uit de rechtspraak van de Hoge Raad af te leiden die hiervoor doorslaggevend zijn.

3.12.3 Overkoepelende noties over de omstandigheden

Hiervoor beschreef ik de delictoverstijgende omstandigheden. Op iets abstracter niveau kunnen over die omstandigheden een aantal dingen worden opgemerkt.

3.12.3.1 Objectieve en subjectieve omstandigheden

Over het algemeen worden objectieve omstandigheden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Tegelijkertijd is het vastgestelde voornemen van de verdachte een belangrijke omstandigheid die wordt betrokken bij het vereiste van gerichtheid op het misdrijf (zie paragraaf 3.12.1). De objectieve omstandigheden worden geïnterpreteerd in het licht van het voornemen van de verdachte. Het voornemen is – voor zover het de gerichtheid op het misdrijf betreft – leidend bij de kwalificatie van de gedraging.

3.12.3.2 Context

De objectieve omstandigheden die worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm betreffen niet alleen fysieke gedragingen. Ook andere omstandigheden, zoals het tijdstip, de locatie en de voorgeschiedenis tussen de verdachte en het slachtoffer worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. De context waarin de gedraging wordt verricht is, met andere woorden, onderdeel

van de uiterlijke verschijningsvorm. Dit betekent dat de gedraging in de context wordt geplaatst waarbinnen zij werd verricht.

3.12.3.3 Niet zichtbare omstandigheden

Anders dan de term 'uiterlijke verschijningsvorm' doet vermoeden, worden niet alleen (ter plaatse) zichtbare omstandigheden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm, maar ook niet zichtbare. Het gaat dan om:

- Omstandigheden die niet 'gezien' kunnen worden, maar die wel door een ter plaatse aanwezige kunnen worden gehoord, geroken of gevoeld. Zo voelde het slachtoffer in de *Jerrycan*-uitspraak dat hij met benzine besprenkeld werd.
- Omstandigheden die niet ter plekke waar te nemen zijn, maar pas achteraf kunnen worden vastgesteld. Gedacht kan worden aan omstandigheden als dat een wapen (dat niet is afgegaan) geladen is (*Cito*, *Stadhuis Almelo*), dat de verdachte niet echt een PTT-bezorger is (*PTT*), dat de videodozen zijn gevuld met zand (*Videodozen*), dat de verdachte een valse naam opgeeft en dat sprake is van een gefingeerd accountantkantoor (*Autolening*) en dat de verdachte geen wapenvergunning heeft (*Vuurwapen*).

In de literatuur wordt vaak naar het *Videodozen*-arrest verwezen als het arrest waarin door de Hoge Raad werd bepaald dat ook niet zichtbare omstandigheden kunnen worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. In de *Videodozen*-uitspraak werd inderdaad voor het eerst expliciet de vraag voorgelegd of ook niet (ter plaatse) zichtbare omstandigheden mogen worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Zoals ik in paragraaf 3.2 al besprak, werden niet ter plaatse zichtbare omstandigheden ook al in een aantal oudere uitspraken bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken. Niet ter plaatse zichtbare omstandigheden worden niet alleen bij misdrijven waarvan 'verheimelijking' een onderdeel uitmaakt (zoals oplichting) betrokken.[108] Ik zie dan ook geen aanleiding om te veronderstellen dat niet ter plaatse zichtbare omstandigheden alleen bij bepaalde delicten betrokken (mogen) worden bij de uiterlijke verschijningsvorm.

3.12.3.4 Door de rechter vastgestelde omstandigheden

Omdat de uiterlijke verschijningsvorm bij poging wordt gebruikt bij de kwalificatiebeslissing, heb ik me afgevraagd in hoeverre de bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken omstandigheden in de bewezenverklaring zijn opgenomen.

---

108 Niet zichtbare omstandigheden werden ook bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken bij misdrijven als diefstal (*Cito*, *PTT*) en het invoeren van verboden voorwerpen (*Hasjiesj uit Marokko* en *Heroïne uit Roemenië*). Dat in de voertuigen die in deze uitspraken door de verdachte werden gebruikt verborgen ruimtes zaten om drugs in te verstoppen was immers van buitenaf niet zichtbaar.

De Hoge Raad lijkt er over het algemeen weinig moeite mee te hebben om omstandigheden bij de uiterlijke verschijningsvorm te betrekken die niet in de bewezenverklaring zijn genoemd. De Hoge Raad noemt met enige regelmaat omstandigheden die door het gerechtshof niet specifiek zijn betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Voorbeelden van uitspraken waarin dit aan de orde is zijn de uitspraken PTT, *Stadhuis Almelo*, *Vuurwerk*, *Vuurwapen*, *Cocaïne* en *Liefdesbrieven*. De door de Hoge Raad genoemde omstandigheden blijken wel steeds uit de bewijsmiddelen. Met zinnen als 'In aanmerking genomen hetgeen (…) is overwogen' en 'Blijkens de bewijsvoering heeft het Hof vastgesteld' maakt de Hoge Raad duidelijk dat het gaat om omstandigheden die bewezen zijn.

Er is blijkens de door mij bestudeerde rechtspraak ook een grens aan welke omstandigheden de Hoge Raad – in aanvulling op de overwegingen van het gerechtshof – betrekt bij de uiterlijke verschijningsvorm. Dit blijkt uit de uitspraken *Hasjiesj uit Marokko* en *Hoevense brandstichting*. In deze beide uitspraken begrijp ik uit de conclusies van de AG's dat uit de bewijsmiddelen kon worden afgeleid dat er nog wat meer was gebeurd dan dat wat was bewezenverklaard. In deze uitspraken betrok de Hoge Raad die gedragingen echter niet bij de uiterlijke verschijningsvorm. Dat kan te maken hebben met twee dingen. Allereerst kon misschien uit de bewijsmiddelen worden afgeleid dat de verdachte nog meer gedragingen had verricht, maar deze gedragingen waren in het geheel niet door het gerechtshof betrokken bij zijn overwegingen. Mogelijk vond de Hoge Raad dat hij te veel op de stoel van de feitenrechter zou gaan zitten wanneer hij feiten bij zijn oordeel zou betrekken die door de feitenrechter niet genoemd waren in diens arrest. Bovendien betroffen het hier, anders dan in de andere zaken die ik hiervoor noemde, geen omstandigheden die de context schetsen waarbinnen de gedraging is verricht. Het ging om (bepalende) gedragingen van de (mede)verdachte (het stoppen van drugs in de auto respectievelijk het klaarzetten van emmers met benzine in het cafetaria).

3.12.3.5 Criteriumfiguur?

De Hoge Raad noemt in zijn uitspraken geen 'criteriumfiguur' voor de uiterlijke verschijningsvorm. Gedragingen mogen worden geïnterpreteerd in het licht van het voornemen. Bovendien mogen, zo blijkt uit voorgaande, niet (ter plaatse) zichtbare omstandigheden worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Ik leid daaruit af dat het niet gaat om de indruk die een ter plaatse aanwezige (deskundige) waarnemer zou krijgen,[109] maar om de omstandigheden die achteraf – op grond van de bewijsmiddelen en het verhandelde ter terechtzitting – door de rechter vastgesteld worden.

---

109 Deze criteriumfiguur wordt door verschillende auteurs genoemd. Zie o.a. De Hullu 2018, p. 396; Knigge & Wolswijk 2015, p. 226-229; Dolman 2008 en Rozemond in zijn noot bij HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:575, *NJ* 2016/318. Zie nader hfdst. 1, par. 3.1.1.

3.12.3.6 De drempel van de uiterlijke verschijningsvorm (3)

De uiterlijke verschijningsvorm is bij de poging geen lege huls. Het criterium heeft een duidelijke inhoud en ik ben verschillende uitspraken tegengekomen waarin de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm niet werd gehaald.

Ten aanzien van de *gerichtheid op het misdrijf* geldt dat gedragingen weliswaar (kunnen) worden geïnterpreteerd in het licht van het voornemen, maar er moet ook altijd een gedraging zijn verricht. Onvoldoende is dat de fysieke gedraging alleen maar 'past' bij het voornemen. Er moeten voldoende (aanvullende) omstandigheden aanwezig zijn, op basis waarvan aannemelijk is dat daadwerkelijk sprake was van een gedraging waarmee uitvoering werd gegeven aan het vastgestelde voornemen. Dat betekent dat de context waarbinnen de gedraging werd verricht van belang is. Ik besprak dit al in paragraaf 3.12.1.4.

Ten aanzien van de *gerichtheid op voltooiing* blijkt dat een bepaald stadium moet zijn bereikt. Uit de jurisprudentie blijkt duidelijk dat hiervan pas sprake is als de gedraging een bepaalde nabijheid tot de voltooiing van het delict heeft bereikt. In paragraaf 3.12.2.7 heb ik opgesomd wanneer hiervan sprake is.

3.12.3.7 Formele delicten

In paragraaf 2.1.5.3 meende ik dat er geen aanleiding was te veronderstellen dat het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm is beperkt tot materiële delicten. Ook bij formele delicten – voor zover daarbij ruimte is voor poging – wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt. Ook de invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm is, blijkens het hiervoor beschrevene, op hoofdlijnen gelijk aan de invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm bij materiële delicten. Toch is er iets bijzonders aan de hand bij de formele delicten die ik ben tegengekomen in de rechtspraak.

Wat opvalt bij de formele delicten die ik ben tegengekomen is, dat zij een 'materieelrechtelijke component' hebben. Zo kan diefstal als formeel delict worden aangemerkt, omdat de wederrechtelijke toe-eigening *op grond van de delictsomschrijving* niet vereist is, maar slechts het oogmerk daartoe. Dat neemt niet weg dat meestal wel een gevolg van diefstal is dat het goed uit de beschikkingsmacht van de rechthebbende verdwijnt op het moment dat de diefstal is voltooid. De bescherming tegen dit laatste vormt de uiteindelijke grond voor de strafbaarstelling. De Hoge Raad vereist voor strafbaarheid op grond van artikel 310 Sr dan ook

> 'dat de dader zich een zodanige feitelijke heerschappij over dat goed heeft verschaft dan wel dit zodanig aan de feitelijk heerschappij van de rechthebbende heeft onttrokken dat de wegneming van het goed als voltooid kan gelden'.[110]

110 Zie HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:BP2627, *NJ* 2013/159, m.nt. Mevis, *r.o.* 2.3.

Daarmee wordt het gevolg meer centraal gesteld. In zoverre kan diefstal dus ook als een 'materieel' delict worden opgevat, of althans als een delict dat zich op het grensvlak tussen formeel en materieel bevindt.[111] Bij de andere formele delicten die ik ben tegengekomen lijkt iets soortgelijks aan de hand. Bij het voorhanden hebben van verboden voorwerpen wordt dit voorhanden hebben door de Hoge Raad zo uitgelegd dat daarvan sprake is zodra de verboden voorwerpen in de machtssfeer van de verdachte terecht zijn gekomen. Van het vervoeren van verboden voorwerpen is sprake wanneer deze voorwerpen worden verplaatst en van (voltooide) invoer en uitvoer is sprake wanneer de voorwerpen over de grens zijn gebracht. Daarmee staat ook bij deze delicten eerder het teweegbrengen van een bepaald gevolg dan een specifieke gedraging centraal. Hetzelfde geldt ten aanzien van de verleiding van een minderjarige, waarbij wordt beoogd de minderjarige te bewegen tot bepaalde gedragingen. Het is moeilijk te zeggen of de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm ertoe leidt dat formele delicten een meer materiële invulling krijgen of dat het eerder zo is dat een poging zich – los van de uiterlijke verschijningsvorm – nu eenmaal pas laat denken wanneer sprake is van een materiële component.[112] Duidelijk is wel dat de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm (evenals de poging[113]) alleen voorkomt wanneer sprake is van gerichtheid op een bepaald gevolg.

Anders dan bij materiële delicten, is het bij formele delicten niet goed denkbaar dat de verdachte al is aangevangen met het geven van uitvoering aan een bestanddeel van het basisdelict, zonder dat het misdrijf is voltooid. Dat betekent dat over het algemeen alleen sprake zal zijn van een poging/ 'begin van uitvoering' wanneer de verdachte is aangevangen met een kwalificerend bestanddeel of wanneer de verdachte is aangevangen met een eerste stap van een nauw samenhangend, opeenvolgend geheel van gedragingen. Wellicht niet voor niets ben ik deze gevallen met name tegengekomen bij formele delicten (zie paragrafen 3.12.2.1 en 3.12.2.2).

4 Samenvattende bevindingen over de uiterlijke verschijningsvorm bij strafbare poging

Bestanddeel 'begin van uitvoering'

De uiterlijke verschijningsvorm is het *standaardcriterium* aan de hand waarvan wordt bepaald of bewezenverklaarde gedragingen kunnen worden gekwalifi-

111 Vgl. De Hullu 2018, p. 75.

112 Ook andere auteurs wijzen hierop. Zie o.a. De Hullu 2018, p. 406; Kelk & De Jong 2019, p. 416-417 en 423-424; Vetzo 2016.

113 Ik ben in ieder geval geen uitspraken van de Hoge Raad tegengekomen (waarin sprake was van een formeel delict) waarbij anders dan via de uiterlijke verschijningsvorm werd vastgesteld of sprake was van 'begin van uitvoering'.

ceerd (tweede vraag van artikel 350 Sv) als 'begin van uitvoering' in de zin van artikel 45 Sr. De uiterlijke verschijningsvorm vormt daarmee ook een *methode* om de bewezenverklaarde gedragingen onder de delictsomschrijving te brengen. Het in de pogingsjurisprudentie gebruikte criterium is tweeledig. Een gedraging kan pas worden gekwalificeerd als een begin van uitvoering als de gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm (1) gericht is op het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf; en (2) gericht is op de voltooiing van dat misdrijf. Zie paragraaf 2.1.

Uit mijn analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat welke omstandigheden worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm weliswaar verschilt afhankelijk van het delict(type) en zelfs per zaak,[114] maar dat desalniettemin zowel zaakoverstijgend als delictoverstijgend omstandigheden zijn aan te wijzen die bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken. Deze omstandigheden kunnen worden onderverdeeld in (1) omstandigheden die relevant zijn voor beantwoording van de vraag of de gedragingen gericht zijn op het betreffende grondmisdrijf en (2) omstandigheden die relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of de gedragingen gericht zijn op voltooiing van dat grondmisdrijf.

In het kader van de gerichtheid op het grondmisdrijf (paragraaf 3.12.1) is het vastgestelde voornemen van de verdachte een belangrijke omstandigheid. De fysieke gedraging en de aangetroffen voorwerpen worden geïnterpreteerd in het licht van dat voornemen. Het voornemen is daardoor leidend bij de kwalificatie van de gedraging. Dat doet er niet aan af dat wel steeds sprake moet zijn van een gedraging ten aanzien waarvan in voldoende mate is vastgesteld dat die werd verricht ter uitvoering van dat voornemen. In dit verband zijn de omstandigheden waaruit de context blijkt waarbinnen de gedraging werd verricht van belang. Dergelijke omstandigheden worden dan ook in alle door mij bestudeerde uitspraken bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken. Dit betekent dat de gedraging in de context wordt geplaatst waarbinnen zij werd verricht.

Bij de gerichtheid op voltooiing (paragraaf 3.12.2) worden, in de kern weergegeven, omstandigheden betrokken waaruit blijkt dat de gedraging een bepaalde nabijheid tot voltooiing heeft bereikt. Hiervan is sprake als zich een van de volgende omstandigheden voordoet:

- Er is reeds aangevangen met vervulling van een (kwalificerend) bestanddeel.
- Er is aangevangen met een nauw samenhangend, opeenvolgend geheel van gedragingen, dat zonder van buiten komende omstandigheid tot voltooiing van het misdrijf zou hebben geleid.

114 Zie voor een overzicht van de omstandigheden per delict(type) de paragrafen 3.1-3.11.

- Het object van het misdrijf is daadwerkelijk benaderd.
- Er is een beslissende gedraging op weg naar het misdrijf verricht, waardoor personen of goederen in gevaar worden gebracht.

Hoewel vaak meerdere van voornoemde omstandigheden in één uitspraak worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm, zijn er ook uitspraken waarin slechts één van voornoemde omstandigheden aan de orde is. Daaruit leid ik af dat in beginsel de aanwezigheid van ten minste een van voornoemde omstandigheden voldoende is om gerichtheid op voltooiing aan te nemen. Het gaat, met andere woorden, om alternatieve (niet cumulatieve) omstandigheden

In aanvulling op voornoemde omstandigheden, kunnen nog worden betrokken:

- gedragingen waaruit de vastheid van het voornemen blijkt;
- de omstandigheid dat het misdrijf alleen niet is voltooid vanwege een van de wil van de verdachte niet afhankelijke omstandigheid.

Ik ben geen uitspraken tegengekomen waarin deze omstandigheden op zichzelf voldoende waren om aan te nemen dat de gedraging gericht was op voltooiing. Om die reden neem ik aan dat dit aanvullende omstandigheden zijn, die ondersteunend kunnen zijn aan het oordeel dat sprake is van een gedraging gericht op voltooiing van het misdrijf.

Op een iets hoger abstractieniveau kan over de omstandigheden die bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken overkoepelend het volgende worden gezegd:

- Bij de uiterlijke verschijningsvorm worden naast het voornemen objectieve omstandigheden betrokken. Het voornemen is leidend bij de kwalificatie van de gedraging (voor zover het de gerichtheid op het grondmisdrijf betreft): de objectieve omstandigheden worden geïnterpreteerd in het licht van het voornemen.
- Niet alleen de fysieke gedraging, maar ook omstandigheden waaruit de context blijkt waarbinnen die gedraging werd verricht, worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm.
- Niet alleen zichtbare omstandigheden spelen een rol. Ook niet ter plaatse zichtbare omstandigheden worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm.
- Het gaat om de omstandigheden die achteraf – op grond van de bewijsmiddelen en het verhandelde ter terechtzitting – door de rechter vastgesteld worden en niet om wat de indruk van een ter plaatse aanwezige, deskundige waarnemer is.
- De uiterlijke verschijningsvorm is geen lege huls, maar werpt – door de invulling die eraan wordt gegeven – een drempel op om 'begin van uitvoering' te kunnen aannemen.

- Bij formele delicten worden in beginsel dezelfde omstandigheden bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken als bij materiële delicten. De formele delicten die ik ben tegengekomen hebben alle een materiële component. De uiterlijke verschijningsvorm komt (evenals strafbare poging) daardoor alleen voor bij misdrijven waarbij een bepaald gevolg centraal staat.

Ondeugdelijke poging
Er zijn ook uitspraken waarin de uiterlijke verschijningsvorm in verband lijkt te worden gebracht met de ondeugdelijke poging (paragraaf 2.2). De jurisprudentie over de ondeugdelijkheid van de poging is weinig eenduidig of helder ten aanzien van bij welk bestanddeel van poging dit onderwerp thuishoort. Er zijn zowel uitspraken waarin de ondeugdelijkheid bij het bestanddeel 'begin van uitvoering' als het bestanddeel 'voornemen' (via de aanmerkelijke kans bij het voorwaardelijk opzet), het 'misdrijfvereiste' of bij de poging als zodanig wordt besproken.[115] Alleen in uitspraken waarin de ondeugdelijkheid in het kader van het bestanddeel 'begin van uitvoering' wordt besproken, lijkt de uiterlijke verschijningsvorm een rol daarbij te hebben. De arresten laten ten aanzien van de wijze waarop de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt echter evenmin een eenduidig beeld zien. Drie benaderingen kunnen worden ontwaard.

Benadering 1

Bij het bestanddeel 'begin van uitvoering' wordt afzonderlijk beoordeeld: (1) Is de gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm gericht op voltooiing van het misdrijf? (2) Is het middel of object (absoluut) ondeugdelijk? De uiterlijke verschijningsvorm en de ondeugdelijkheid zijn daarmee *twee afzonderlijke factoren* bij het bestanddeel 'begin van uitvoering'.

Benadering 2

De ondeugdelijkheid van het middel of object wordt apart beoordeeld. De (on)deugdelijkheid is vervolgens een *omstandigheid* die meeweegt bij de beoordeling of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm gericht is op voltooiing van het misdrijf.

Benadering 3

Of een middel of object ondeugdelijk is wordt bepaald aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm. De uiterlijke verschijningsvorm is een *criterium* aan de hand waarvan kan worden bepaald of sprake is van een absoluut ondeugdelijke poging.

In de paragrafen 2.2.1-2.2.3 zijn deze benaderingen schematisch weergegeven. In één arrest zijn soms aanwijzingen voor meerdere benaderingen te vinden.

115 Vgl. Altena & Geelhoed 2017.

Bestanddeel 'voornemen'
Bij het bestanddeel 'voornemen' uit artikel 45 Sr kan de uiterlijke verschijningsvorm een rol spelen via de band van het (voorwaardelijk) opzet. Dit vormt het onderwerp van hoofdstuk 3. In hoofdstuk 8 zal ik (proberen te) verklaren waarom ik geen uitspraken ben tegengekomen waarin de uiterlijke verschijningsvorm in één zaak zowel in het kader van het bestanddeel 'voornemen', als in het kader van het bestanddeel 'begin van uitvoering' werd gebruikt. Een van die verklaringen houdt verband met mijn bevinding in het onderhavige hoofdstuk dat het vastgestelde voornemen in het kader van het bestanddeel 'begin van uitvoering' leidend is bij de interpretatie en kwalificatie van de gedraging.

3 Opzet

> 'Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard.'[1]

1 Inleiding

Na de introductie van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm bij de poging duurt het enige tijd voordat de figuur zich 'verspreidt' naar andere leerstukken. Pas vijfentwintig jaar nadat de figuur voor het eerst bij de poging wordt gebruikt, introduceert de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm bij het (voorwaardelijk) opzet. Dit gebeurt in het *HIV I*-arrest uit 2003.[2] In de jaren daarna verschijnt de '*HIV I*-formule' in enkele tientallen uitspraken van de Hoge Raad over voorwaardelijk opzet.

In dit hoofdstuk bespreek ik de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad bij (voorwaardelijk) opzet. Ik zal eerst ingaan op het gebruik dat van de uiterlijke verschijningsvorm wordt gemaakt (paragraaf 2). Daaruit zal ik afleiden wat de rol van de uiterlijke verschijningsvorm bij dit leerstuk is. Vervolgens zal ik ingaan op de invulling die aan de uiterlijke verschijningsvorm wordt gegeven (paragraaf 3). Aan het eind van dit hoofdstuk (paragraaf 4) breng ik mijn bevindingen samenvattend bijeen.

2 Gebruik en daaruit af te leiden rol van de uiterlijke verschijningsvorm

De figuur van de uiterlijke verschijningsvorm wordt door de Hoge Raad bij het voorwaardelijk opzet gebruikt bij het 'aanvaardingsvereiste' (wilsaspect). Dit bespreek ik in paragraaf 2.1. Daarnaast ben ik uitspraken tegengekomen die de vraag oproepen of de uiterlijke verschijningsvorm eveneens een rol heeft bij de andere vereisten voor voorwaardelijk opzet, te weten het bewustheidsvereiste ('weten') en het aanmerkelijke kans-vereiste. In paragraaf 2.2 ga ik

---

1 HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003/552, m.nt. Buruma (*HIV I*), *r.o.* 3.6.
2 HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003/552, m.nt. Buruma.

hierop in. Verder ben ik op één uitspraak gestuit waarin de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm voor andere opzetgradaties dan voorwaardelijk opzet lijkt te gebruiken. Die uitspraak zal ik bespreken in paragraaf 2.3.

2.1 Voorwaardelijk opzet: het 'aanvaardingsvereiste'

2.1.1 De te beantwoorden vraag: Heeft de verdachte de aanmerkelijke kans 'aanvaard'?

In het *HIV I*-arrest overwoog de Hoge Raad over het voorwaardelijk opzet het volgende:

> '3.6 (…) Voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg – zoals hier de dood – is aanwezig indien de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat dat gevolg zal intreden.
> De beantwoording van de vraag of de gedraging de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg in het leven roept, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij betekenis toekomt aan de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht. Er is geen grond de inhoud van het begrip "aanmerkelijke kans" afhankelijk te stellen van de aard van het gevolg. Het zal in alle gevallen moeten gaan om een kans die naar algemene ervaringsregelen aanmerkelijk is te achten.
> Voor de vaststelling dat de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan zulk een kans is niet alleen vereist dat de verdachte wetenschap heeft van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden, maar ook dat hij die kans ten tijde van de gedraging bewust heeft aanvaard (op de koop toe heeft genomen). Uit de enkele omstandigheid dat die wetenschap bij de verdachte aanwezig is dan wel bij hem moet worden verondersteld, kan niet zonder meer volgen dat hij de aanmerkelijke kans op het gevolg ook bewust heeft aanvaard, omdat in geval van die wetenschap ook sprake kan zijn van bewuste schuld.
> Van degene die weet heeft van de aanmerkelijke kans op het gevolg, maar die naar het oordeel van de rechter ervan is uitgegaan dat het gevolg niet zal intreden, kan wel worden gezegd dat hij met (grove) onachtzaamheid heeft gehandeld maar niet dat zijn opzet in voorwaardelijke vorm op dat gevolg gericht is geweest.
> Of in een concreet geval moet worden aangenomen dat sprake is van bewuste schuld dan wel van voorwaardelijk opzet zal, indien de verklaringen van de verdachte en/of bijvoorbeeld eventuele getuigenverklaringen geen inzicht geven omtrent hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan, afhangen van de feitelijke omstandigheden van het geval. Daarbij zijn de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht, van belang. Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties –

> niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard.'[3]

Uit deze overweging kunnen drie vereisten voor voorwaardelijk opzet worden afgeleid: (1) Er is sprake van een aanmerkelijke kans; (2) Er is sprake van bewustheid van de aanmerkelijke kans ('weten'); (3) Er is sprake van aanvaarding van de aanmerkelijke kans ('willen').[4]

Het eerste gedeelte van de overweging heeft betrekking op de wijze waarop de aanmerkelijke kans wordt vastgesteld. Vervolgens gaat de overweging verder over het 'aanvaardingsvereiste'. Dit 'aanvaardingsvereiste' vormt het verschil tussen bewuste schuld en voorwaardelijk opzet. De uiterlijke verschijningsvorm wordt in deze overweging gebruikt in het kader van dit vereiste. Ik ben enkele tientallen andere uitspraken van de Hoge Raad tegengekomen waarin de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm op soortgelijke wijze wordt gebruikt. Daarbij wordt vrijwel steeds de *HIV I*-formule (verkort) aangehaald, meestal in een aan de middelen voorafgaande overweging.

De *HIV I*-overweging staat mede in het teken van de afbakening tussen (bewuste) schuld en (voorwaardelijk) opzet, net als in een heel aantal andere uitspraken die ik ben tegengekomen. De vraag die daarbij centraal staat is of de verdachte de aanmerkelijke kans heeft *aanvaard* dat bepaalde gevolgen als (neven)gevolg van zijn onvoorzichtige gedrag zouden intreden. In een aantal andere uitspraken ligt meer de nadruk op *welk* gevolg de verdachte precies heeft aanvaard. Er wordt een *alternatief scenario* aangedragen.

> De verdachte stelt dan bijvoorbeeld dat hij weliswaar heeft geschoten, maar dat hij daarmee niet beoogde iemand van het leven te beroven, maar dat hij slechts beoogde het slachtoffer te verwonden of bang te maken. Voorbeelden van uitspraken waarin een dergelijk verweer werd gevoerd zijn *Dakkapel* en *Vol café*.[5]

In dergelijke gevallen wordt eveneens gebruikgemaakt van de *HIV I*-formule. De uiterlijke verschijningsvorm wordt dus in twee gevallen gebruikt, te weten voor (1) de afbakening tussen (bewuste) schuld en (voorwaardelijk) opzet en

---

3 Waar in het hiernavolgende wordt gesproken over de *HIV I*-overweging, wordt gedoeld op deze overweging. Waar wordt gesproken over de *HIV I*-formule wordt gedoeld op de onderstreepte zin.

4 De bewustheid van de kans wordt niet altijd apart besproken. Het wordt vaak samengenomen met het aanvaardingsvereiste; zie bijv. F. de Jong 2009, p. 344-350; De Hullu 2018, p. 238. Het 'bewustheidsvereiste' speelt niet vaak een rol in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Dat neemt niet weg dat er wel uitspraken zijn waarin apart aandacht wordt besteed aan de vraag of de verdachte zich bewust was van de aanmerkelijke kans (zie par. 2.2). Ik merk de bewustheid daarom aan als een apart vereiste, zoals bijv. ook Kelk & De Jong doen (Kelk & De Jong 2019, p. 273-274). Dat sluit ook beter aan bij de vereisten voor 'vol' opzet (weten en willen).

5 HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5260, *NJ* 2012/131 en HR 17 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3081.

(2) bij het beoordelen van een door de verdachte aangevoerd alternatief scenario.

2.1.2 *Object van de uiterlijke verschijningsvorm: de gedraging*

Blijkens de *HIV I*-formule gaat het om de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. De gedraging is dus het object van de uiterlijke verschijningsvorm.

2.1.3 *Gerichtheid op een bepaald gevolg: link met het gronddelict*

Van aanvaarding is blijkens de *HIV I*-formule sprake wanneer een gedraging zozeer is gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op dat gevolg heeft aanvaard. Om welk gevolg het gaat is afhankelijk van het ten laste gelegde misdrijf. Bij bijvoorbeeld moord of doodslag zal het gaan om levensberoving en bij bijvoorbeeld (zware) mishandeling om (zwaar) lichamelijk letsel. In paragraaf 3 wordt ingegaan op de vraag of dit betekent dat afhankelijk van het gronddelict andere omstandigheden worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm.

2.1.4 *Plaats in het beslissingsschema van artikel 350 Sv: kwalificeren in het kader van de bewijsvraag*

Aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging wordt vastgesteld of sprake is van 'aanvaarden', en daarmee van (voorwaardelijk) opzet. De uiterlijke verschijningsvorm wordt dus gebruikt in het kader van de bewijsvraag (eerste vraag uit het beslissingsschema).[6] Dat blijkt ook uit de overwegingen van de Hoge Raad, die zich richten op (de motivering van) de bewezenverklaring (en daar wordt geacht dezelfde betekenis te hebben). Omdat opzet een wettelijke term is die in de tenlastelegging wordt opgenomen, wordt de kwalificatiebeslissing echter opgenomen in de bewijsbeslissing: bewijs en kwalificatie vallen bij dit leerstuk samen.

De uiterlijke verschijningsvorm wordt niet gebruikt om vast te stellen wat er zich in de werkelijkheid heeft afgespeeld.[7] Aan de hand van de uiterlijke

6 Vgl. Van Kessel 2012, p. 309-310; Machielse 2008, p. 239; Reijntjes 2003, p. 479-481.

7 Dat bewijs en kwalificatie samenvallen betekent dat de vraag naar de 'feiten' en de vraag naar of die opzet opleveren soms wat door elkaar kunnen lopen. In de meeste uitspraken wordt in cassatie opgekomen tegen het oordeel dat de gedragingen opzet 'opleveren'. Ik ben slechts een enkele uitspraak tegengekomen waarin in cassatie ook de feitenvaststelling werd betwist. Het gaat om HR 30 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:117 (*Doorzeefde auto*), waarin door de verdediging werd gesteld dat de beschadigingen van de auto alleen op de plaats waar slachtoffer 1 zat waren gesitueerd; HR 2 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7924 (*Rijswijkse stoeptegelmoord*), waarin de verdediging stelde dat de verdachte de stoeptegel pas had losgelaten op een moment waarop hij zeker wist dat hij de auto niet

verschijningsvorm wordt vastgesteld of de gedragingen opzet 'opleveren'. De uiterlijke verschijningsvorm wordt – binnen de bewijsbeslissing – dus gebruikt voor de kwalificatie. Dit spreekt ook uit het in de *HIV I*-formule gebruikte woord 'aangemerkt'.

2.1.5 *Rol: de uiterlijke verschijningsvorm als bewijsmethode, bewijsvermoeden en als dwingend minimum (maatstaf)*

In de *HIV I*-formule valt een aantal dingen op. Allereerst kan uit de overweging worden afgeleid dat de uiterlijke verschijningsvorm alleen wordt gebruikt als er geen verklaringen van de verdachte of getuigen zijn die inzicht geven in wat er in de verdachte is omgegaan. Het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm is, zo kan worden afgeleid uit de formule, in dat geval geen vrijblijvendheid. In de tweede plaats roepen de woorden 'bepaalde gedragingen' vragen op. Betekent dit dat de uiterlijke verschijningsvorm niet in alle casus een oplossing kan bieden? Ten derde kan uit de overweging worden afgeleid dat contra-indicaties mogelijk zijn. Voordat ik bespreek welke rollen de uiterlijke verschijningsvorm bij het aanvaardingsvereiste heeft (paragrafen 2.1.5.5-2.1.5.7), zal ik eerst (paragrafen 2.1.5.1-2.1.5.4) aandacht aan deze onderwerpen besteden, omdat zij relevant zijn voor het bepalen van de rol van de uiterlijke verschijningsvorm bij het voorwaardelijk opzet.

2.1.5.1 *Alleen als verklaringen van de verdachte of getuigen 'geen inzicht geven'*

Uit de zinsnede 'indien de verklaringen van de verdachte en/of bijvoorbeeld eventuele getuigenverklaringen geen inzicht geven omtrent hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan' kan worden afgeleid dat de uiterlijke verschijningsvorm pas wordt gebruikt als verklaringen 'geen inzicht' geven. Van 'geen inzicht' zal in ieder geval sprake zijn in gevallen waarin verklaringen over wat er in de verdachte is omgegaan in het geheel ontbreken. Ik ben echter ook uitspraken tegengekomen waarin er wel degelijk verklaringen zijn, maar waarin toch de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging wordt gebruikt. Dit gebeurt in twee gevallen: de situatie waarin de verdachte in zijn verklaring ontkent het gevolg te hebben beoogd en de situatie waarin verkla-

---

zou raken; HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5260, *NJ* 2012/131 (*Dakkapel*), waarin het middel volgens AG Knigge op enkele punten feitelijke grondslag miste; HR 15 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5166 (*Flessenhals*), waarin onduidelijk was in hoeverre de verdachte een mes had gebruikt; HR 28 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4435 (*Vrachtwagen*), waarin de vraag was in hoeverre de verdachte het slachtoffer had gezien. De beperkte aandacht voor de feitenvaststelling zal te maken hebben met het karakter van de cassatie, waarin de Hoge Raad slechts beperkte ruimte heeft om de vaststelling van de feiten te beoordelen. In deze uitspraken wordt de uiterlijke verschijningsvorm niet gebruikt bij de beantwoording van de vraag naar de feitenvaststelling door de feitenrechter. De uiterlijke verschijningsvorm wordt slechts gebruikt bij de beantwoording van de vraag of de feiten opzet 'opleveren'. Er wordt, met andere woorden, een als bewijsverweer vermomd kwalificatieverweer gevoerd.

ringen van de verdachte of getuigen wel enig inzicht geven, maar blijkbaar onvoldoende. Ik licht dit toe.

Verdachte ontkent het gevolg te hebben beoogd
In een aantal van de door mij bestudeerde uitspraken is er wel degelijk een verklaring van de verdachte over wat er in hem is omgegaan ten tijde van het feit dat hem ten laste is gelegd. Die verklaring houdt dan in dat hij het gevolg juist niet heeft gewild.

Zo had de verdachte in de uitspraak *Verstikking* verklaard dat hij het slachtoffer helemaal niet van het leven had willen beroven, maar haar alleen bang had willen maken, om zo aan haar pincode te komen. Ook het slachtoffer had verklaard: 'Hij liet mij ook een pasje zien. Ik vermoedde dat dit mijn bankpas was en dat hij mijn pincode wilde hebben.' Niettemin oordeelde de Hoge Raad dat de door het gerechtshof vastgestelde gedragingen konden worden aangemerkt als naar de uiterlijke verschijningsvorm zozeer gericht op de dood van het slachtoffer dat het niet anders kon zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op de dood van het slachtoffer had aanvaard.[8]

Er zijn twee mogelijke verklaringen voor het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm in gevallen waarin er wel een verklaring van de verdachte (of van getuigen[9]) is over wat er in de verdachte is omgegaan. De eerste mogelijkheid is dat de rechter de verklaring ongeloofwaardig acht.

Dit was bijvoorbeeld aan de orde in de uitspraak *Dakkapel*, waarin de verklaring van de verdachte dat hij bewust had misgeschoten door het gerechtshof werd gepasseerd, mede op basis van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging.[10] Een ander voorbeeld is de uitspraak *Snackbar*, waarin de verdachte had gesteld dat slechts sprake was van een grapje, niet van bedreiging. Ook hieraan werd voorbijgegaan, mede op basis van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging.[11] In beide uitspraken kon aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm worden vastgesteld dat de gedragingen van de verdachte wél op het betreffende gevolg (de dood respectievelijk bedreiging) waren gericht.

Een andere verklaring is dat er een verschil bestaat tussen de bedoeling van de verdachte (vol opzet) en het aanvaarden van de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg (voorwaardelijk opzet). Dat de verdachte een bepaald gevolg niet tot doel heeft gehad, maakt nog niet zonder meer dat hij dat mogelijke (neven)gevolg niet heeft aanvaard.

---

8 HR 19 december 2006, ECLI:NL:HR:AZ1658.
9 Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan verklaringen van getuigen (waaronder het slachtoffer) over wat de verdachte tegen hen heeft gezegd over zijn plannen.
10 HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:BU5260, *NJ* 2012/131.
11 HR 9 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1892. In deze uitspraak lijkt de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm te gebruiken bij vol opzet; zie par. 2.3.

Een voorbeeld hiervan is de hiervoor al aangehaalde *Verstikking*, waarin het *primaire* doel van de verdachte wellicht was het verkrijgen van de pincode van het slachtoffer. Uit de wijze waarop hij die probeerde te verkrijgen (verwurging van het slachtoffer), kon echter worden afgeleid dat hij de dood van dat slachtoffer (als nevengevolg) had aanvaard. Een ander voorbeeld is de uitspraak *Betalingsruzie*. Het gerechtshof had daar geoordeeld:

'Het hof is met de rechtbank en de advocaat-generaal van oordeel dat er onvoldoende wettig en overtuigend bewijs is om te kunnen concluderen dat de verdachte het slachtoffer doelbewust heeft doodgeschoten (…) Het hof neemt aan dat het gericht zijn van het wapen op de buik van Z. en het overhalen van de trekker plaatsvonden gedurende de worsteling en daardoor ook werden veroorzaakt en dat, zoals ook de verdachte heeft verklaard, het niet zo was dat hij het oogmerk had op dat moment Z. neer te schieten.'

Het gerechtshof had vervolgens aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging vastgesteld dat de verdachte het gevolg wel degelijk had aanvaard. Dit oordeel doorstond de toets in cassatie.[12]

Wel afgelegde verklaringen geven onvoldoende inzicht

In een aantal uitspraken heeft de verdachte wel verklaringen afgelegd over wat er in hem is omgegaan, maar die geven blijkbaar nog onvoldoende inzicht in hoe hij stond ten aanzien van de gevolgen ten tijde van zijn handelen.

Ook hiervan vormt de uitspraak *Betalingsruzie* een voorbeeld. Naast ontkend te hebben dat hij het slachtoffer van het leven had willen beroven, had de verdachte verklaard dat hij toen hij zijn wapen pakte had gedacht 'ik moet sneller zijn'. Tussen het moment waarop de verdachte het wapen had gepakt en het wapen was afgegaan, was een worsteling ontstaan. Het wapen was tijdens deze worsteling afgegaan. Dat er nog een aantal gebeurtenissen plaatsvonden tussen het moment waarop de verdachte zijn wapen had gepakt en dat wapen was afgegaan, maakt mogelijk dat niet meer (alleen) op de verklaring kon worden gesteund. Die verklaring gaf immers geen (volledig) inzicht in hetgeen 'ten tijde van de gedraging' in de verdachte was omgegaan. Het oordeel van het gerechtshof dat sprake was van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm gericht was op de dood van het slachtoffer werd in cassatie in stand gelaten. De verklaring van de verdachte werd door de Hoge Raad niet bij dat oordeel betrokken. Een ander voorbeeld is de uitspraak *Spookrijder.* In deze zaak had de verdachte – een spookrijder – verklaard dat hij 'het kicken vond om met zijn auto tegen het verkeer in te rijden'. Die verklaring werd betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm, samen met andere omstandigheden.[13] Een verklaring daarvoor kan zijn dat de verklaring van de verdachte weliswaar iets zegt over zijn onachtzaamheid ten opzichte van andere verkeersdeelnemers, maar nog niet over of hij vertrouwde op een goede afloop (bewuste schuld) of dat hij het te verwachten gevolg op de koop toenam (voorwaardelijk opzet).

12 HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3349, *NJ* 2016/59, m.nt. Keijzer.
13 HR 5 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1668, *NJ* 2006/663.

De verklaring vormt wellicht een aanwijzing dat de verdachte de gevolgen op de koop toe heeft genomen, maar is daarvoor op zichzelf niet voldoende.

Vooropstellen van verklaringen laten varen?
In een aantal uitspraken wordt de zinsnede uit de *HIV I*-formule 'indien de verklaringen van de verdachte en/of bijvoorbeeld eventuele getuigenverklaringen geen inzicht geven omtrent hetgeen ten tijde van de gedragingen in de verdachte is omgegaan' niet herhaald.[14] Hieraan kan mijns inziens evenwel niet de conclusie worden verbonden dat de Hoge Raad verklaringen niet langer vooropstelt. In andere (recentere) uitspraken, komt dit onderdeel van de overweging gewoon weer voor.[15] Ik denk dan ook eerder dat de Hoge Raad in een aantal gevallen de *HIV I*-overweging verkort heeft weergeven. In geen van de uitspraken waarin deze zinsnede achterwege is gelaten, gaven verklaringen voldoende inzicht in hetgeen in de verdachte was omgegaan. In dit verband kan nog worden gewezen op de uitspraak *JS*.[16]

In deze zaak werd de verdachte vrijgesproken, omdat het gerechtshof diens verklaringen niet ongeloofwaardig had geacht. Dit oordeel kon in cassatie in stand blijven:

> '3.3 Blijkens zijn hiervoor onder 2.2 weergegeven overwegingen heeft het Hof bij de beantwoording van de vraag of de verdachte opzettelijk heeft gehandeld, het toetsingskader tot uitgangspunt genomen dat hiervoor onder 3.2.2 is weergegeven. Het Hof heeft vervolgens de verklaring van de verdachte, inhoudende – kort gezegd – dat hij te goeder trouw heeft gehandeld en niet opzettelijk verkeerde diagnosen heeft gesteld, niet ongeloofwaardig geacht en onder meer op grond van die verklaring geoordeeld dat de verdachte ten tijde van zijn handelen niet bewust de aanmerkelijke kans op letsel en/of benadeling van de gezondheid en op het in hulpeloze toestand brengen en/of laten heeft aanvaard, zodat het tenlastegelegde opzet niet bewezen kan worden verklaard. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. (…) Dit oordeel draagt de gegeven vrijspraak zelfstandig zodat hetgeen het Hof voor het overige heeft overwogen, buiten bespreking kan blijven.'

Dit oordeel bevestigt dat de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging niet relevant is op het moment dat er een geloofwaardige verklaring is (die voldoende inzicht geeft), ook niet als op grond van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging wellicht tot een ander oordeel had kunnen worden gekomen.[17]

---

14 Zie bijv. HR 30 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5396, *NJ* 2013/111, m.nt. Keijzer (*Geparkeerde auto*) en HR 30 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:117 (*Doorzeefde auto*).
15 Zie bijv. HR 24 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:60, *NJ* 2017/375, m.nt. Keulen (*Knallen*).
16 HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:862, *NJ* 2017/67, m.nt. Mevis.
17 Kelk & De Jong stellen dat de verklaring hier als een contra-indicatie is gebruikt voor de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging (Kelk & De Jong 2019, p. 277). Ik begrijp de

Bevindingen
De uiterlijke verschijningsvorm wordt pas gebruikt als *geloofwaardige* verklaringen over wat er *ten tijde* van het plegen van het feit in de verdachte is omgegaan, ontbreken of als wel afgelegde verklaringen *onvoldoende* inzicht geven in wat er in de verdachte is omgegaan om te kunnen vaststellen dat sprake is van 'aanvaarden'. De uiterlijke verschijningsvorm is, met andere woorden, een 'terugvaloptie'.[18]

2.1.5.2 Gebruik geen vrijblijvendheid
In gevallen waarin geloofwaardige verklaringen ontbreken of onvoldoende inzicht geven in hetgeen ten tijde van het feit in de verdachte is omgegaan, is het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm geen vrijblijvendheid. Als de rechter alsnog tot het bewijs van 'aanvaarden' wil komen, dan kan hij dat alleen doen via de uiterlijke verschijningsvorm. Dit leid ik af uit zowel de *HIV I*-formule als uit het gegeven dat de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm in zijn overwegingen steevast noemt en gerechtshoven 'corrigeert' die nalaten de uiterlijke verschijningsvorm te gebruiken. Ik licht dit toe.

Als er geen verklaringen zijn die voldoende inzicht geven in hetgeen ten tijde van het feit in de verdachte is omgegaan, dan wordt blijkens de *HIV I*-formule gekeken naar de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze zijn verricht. De *HIV I*-formule kan zo worden gelezen dat pas als die gedragingen naar uiterlijke verschijningsvorm zozeer zijn gericht op een bepaald gevolg dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte dat gevolg heeft aanvaard, sprake kan zijn van 'aanvaarden'. Dit zou betekenen dat, wanneer verklaringen ontbreken, alleen op basis van de uiterlijke verschijningsvorm alsnog tot het bewijs van voorwaardelijk opzet kan worden gekomen. Dat de *HIV I*-formule inderdaad zo begrepen moet worden, wordt bevestigd door de jurisprudentie van de Hoge Raad.

In vrijwel alle geanalyseerde uitspraken over voorwaardelijk opzet zet de Hoge Raad in een aan de bespreking van de middelen voorafgaande overweging het kader uiteen.[19] Daarin wordt de *HIV I*-formule (inclusief de uiterlijke verschijningsvorm) steeds aangehaald. Dat gebeurt ook in uitspraken waarin de Hoge Raad niet toekomt aan de toetsing aan de uiterlijke verschijningsvorm.

Dit is bijvoorbeeld aan de orde in het *HIV I*-arrest zelf, waarin aan de aanvaardingseis 'ten overvloede' aandacht wordt besteed. Ook in de hiervoor al besproken uitspraak *JS* wordt eerst het kader – met de uiterlijke verschijningsvorm uiteen gezet –, hoewel

uitspraak echter zo dat aan de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging niet wordt toegekomen, omdat er een geloofwaardig geoordeelde verklaring is.

18 Vgl. De Hullu 2018, p. 240-241; F. de Jong 2009, p. 373-374.

19 Een enkele uitzondering wordt gevormd door uitspraken waarin het gerechtshof de uiterlijke verschijningsvorm in zijn overwegingen heeft genoemd en naar het oordeel van de Hoge Raad blijkbaar goed heeft toegepast. Zie HR 24 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:659, *NJ* 2019/193, m.nt. Wolswijk (*Bokser*).

reeds op basis van de verklaringen van de verdachte kon worden vastgesteld dat de verdachte geen voorwaardelijk opzet had.

Daarmee markeert de Hoge Raad de *HIV I*-formule als (algemeen geldend) kader.[20] Het niet vrijblijvende karakter van het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm, wordt bevestigd door een aantal uitspraken waarin het gerechtshof had nagelaten de uiterlijke verschijningsvorm te gebruiken. Dat gaat allereerst op voor gevallen waarin de uitspraak van het gerechtshof werd gecasseerd.

Zo had het gerechtshof in de uitspraak die ten grondslag lag aan *Alcoholrijder* nagelaten de uiterlijke verschijningsvorm te noemen. De Hoge Raad overwoog, nadat hij eerst het kader uit het *HIV I*-arrest uiteen had gezet:

> '3.3.2 Het *kennelijke oordeel* [cursivering: SA] van het Hof dat de voormelde gedragingen van de verdachte naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden aangemerkt als zozeer gericht op de dood van de personen op de motor, [slachtoffer 1] en [slachtoffer 2], dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans daarop bewust heeft aanvaard, is niet toereikend gemotiveerd (…).'[21]

Zelfs in gevallen waarin de Hoge Raad het oordeel van het gerechtshof in stand laat, 'corrigeert' de Hoge Raad gerechtshoven die hebben nagelaten de uiterlijke verschijningsvorm te gebruiken door de overwegingen van het gerechtshof verbeterd te lezen.

Zo had het gerechtshof in de uitspraak die ten grondslag lag aan *Vliegende tackle* nagelaten de uiterlijke verschijningsvorm te gebruiken De Hoge Raad herhaalde de overweging uit het *HIV I*-arrest (*r.o.* 4.6) en overwoog vervolgens:

> '4.7 (…) Daarnaast heeft het Hof *klaarblijkelijk geoordeeld* [cursivering: SA] dat, in aanmerking genomen de aard van de agressieve gedragingen van de verdachte en de omstandigheden waaronder deze zijn begaan, deze gedragingen kunnen worden aangemerkt als zozeer gericht op het mogelijke gevolg – de dood van het slachtoffer – dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte bewust de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard.[22] Deze oordelen geven *in het licht van hetgeen hiervoor onder 4.6* [cursivering: SA] is overwogen geen blijk

20 Vgl. De Bont & Van Schendel 2018.

21 HR 19 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:389, *NJ* 2019/150. Iets soortgelijks is aan de orde in HR 30 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:973, *NJ* 2017/250 (*Stiefvader*).

22 De Hoge Raad noemt de uiterlijke verschijningsvorm in deze specifieke zin niet, maar doelt daar wel op. Het gaat immers om de gerichtheid op een bepaald gevolg, die wordt afgeleid uit de gedraging en de overige omstandigheden. De Hoge Raad lijkt de twee laatste zinnen uit de *HIV I*-overweging wat verkort te hebben willen weergeven, zonder de betekenis daarvan te hebben willen veranderen. De verwijzing naar rechtsoverweging 4.6 in het vervolg van deze rechtsoverweging vormt eveneens een aanwijzing dat de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging op het oog heeft.

van een onjuiste rechtsopvatting en zijn evenmin onbegrijpelijk, gelet op de specifieke omstandigheden van het geval zoals die door het hof zijn vastgesteld (…).'[23]

Hieruit kan worden afgeleid dat de Hoge Raad er veel belang aan hecht dat het gerechtshof de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt en noemt, ongeacht wat de uitkomst van de zaak is.[24] Dat neemt niet weg dat, nu de Hoge Raad niet altijd casseert als de uiterlijke verschijningsvorm niet wordt genoemd door het gerechtshof, de inhoud uiteindelijk belangrijker lijkt te zijn dan de vorm.

2.1.5.3 Alleen bij bepaalde gedragingen: beperking tot bepaalde delict(typ)en of hoge drempel?

In de *HIV I*-formule staat 'bepaalde gedragingen'. Dit zou – wanneer de nadruk wordt gelegd op 'bepaalde' – zo opgevat kunnen worden dat de uiterlijke verschijningsvorm alleen bij bepaalde delict(typ)en een rol heeft.[25] Hoewel de meeste uitspraken in mijn analyse betrekking hebben op moord/doodslag en (zware) mishandeling, ben ik ook zaken tegengekomen die betrekking hebben op andere misdrijven, zoals brandstichting en vernieling. Ik zie daarom geen aanleiding om te veronderstellen dat het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm is beperkt tot bepaalde misdrijven. Dat geldt te meer nu de Hoge Raad, zoals hiervoor in paragraaf 2.1.5.2, aan de orde kwam, het kader uit *HIV I* in zijn uitspraken steeds weer vooropstelt, ook in uitspraken waarin aan de beoordeling van het aanvaardingsvereiste (aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm) niet eens wordt toegekomen. Het gaat dus om aan het middel voorafgaande overwegingen die de zaak die voorligt overstijgen en een meer algemene gelding hebben.[26]

Een andere uitleg die aan de woorden 'bepaalde gedragingen' kan worden gegeven is dat de drempel behoorlijk hoog ligt. Er mag niet te lichtvaardig op basis van een gedraging worden aangenomen dat de verdachte de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg heeft aanvaard. Nu ook de woorden 'zozeer gericht' en 'niet anders kan zijn dan dat' daarop duiden, ga ik uit van deze

23 HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087, *NJ* 2008/375, m.nt. Keijzer. Andere voorbeelden hiervan zijn HR 5 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1668, *NJ* 2006/663 (*Spookrijder*) en HR 30 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:117 (*Doorzeefde auto*).

24 Zie in soortgelijke zin Mevis in zijn noot bij HR 24 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1498, *NJ* 2004/375 (*Drugsroof*).

25 Zie (mogelijk) in deze zin F. de Jong e.a. 2007; explicieter in deze zin is AG Spronken in haar conclusie bij de zaak *JS* (conclusie van 22 maart 2016, ECLI:NL:PHR:2016:129), onder 6.15.

26 Vgl. F. de Jong 2009, p. 347; De Hullu 2018, p. 238.

uitleg. Hoe hoog deze drempel dan ligt (en of dat verschilt per delict(type)[27]) is het onderwerp van paragraaf 3.

2.1.5.4 Contra-indicaties

Wanneer sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm zozeer is gericht op een bepaald gevolg dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op dat gevolg heeft aanvaard, dan kan niet zonder meer worden aangenomen dat sprake is van 'aanvaarden'. Blijkens de *HIV I*-formule, kunnen er contra-indicaties zijn, die leiden tot het oordeel dat – ondanks de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging – toch geen sprake is van 'aanvaarden'.[28] De uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging is dus ook in dit opzicht niet zonder meer leidend in het kader van het 'aanvaardingsvereiste'.

2.1.5.5 Rol: de uiterlijke verschijningsvorm als methode

Op de uiterlijke verschijningsvorm wordt teruggevallen in gevallen waarin geloofwaardige verklaringen over wat er in de verdachte is omgegaan ten tijde van het feit ontbreken of onvoldoende inzicht daarin geven. De uiterlijke verschijningsvorm is in dergelijke gevallen een *methode* op basis waarvan alsnog tot het bewijs van opzet kan worden gekomen.[29] In dit opzicht heeft de uiterlijke verschijningsvorm dus een processueel karakter.

2.1.5.6 Rol: de uiterlijke verschijningsvorm als bewijsvermoeden

Op het moment dat aan de uiterlijke verschijningsvorm wordt voldaan mag de rechter er van uitgaan dat sprake is van 'aanvaarden', tenzij er contra-indicaties aanwezig zijn. Dat betekent dat de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging niet altijd doorslaggevend is, maar slechts een vermoeden oplevert dat er sprake is van 'aanvaarden'. Nu de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de bewijsvraag (zie paragraaf 2.1.4), spreek ik over een *bewijsvermoeden*. Ook vanuit dit perspectief heeft de uiterlijke verschijningsvorm een meer processueel karakter.

---

27 Volgens F. de Jong e.a. (in navolging van De Hullu) kunnen sommige arresten een extensieve toepassing van het voorwaardelijk opzet worden gezien en zijn andere arresten duidelijk meer restrictief. Zie F. de Jong e.a. 2007. In par. 3.7.10 zal aan de hand van de omstandigheden die bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken, worden bekeken of de ondergrens daadwerkelijk zo hoog ligt als de formulering lijkt te impliceren.

28 Reijntjes 2003, p. 480; F. de Jong 2009, p. 373.

29 Vgl. Reijntjes 2003, p. 479-480; Van Kessel 2012, p. 311 (voetnoot 22); De Hullu 2018, p. 240-241; Buruma lijkt in zijn noot bij het *HIV I*-arrest de uiterlijke verschijningsvorm eveneens als een bewijsmethode op te vatten. Ook F. de Jong plaatst de *HIV I*- formule in een 'procedurele sleutel', waarbij de uiterlijke verschijningsvorm pas aan de orde is als verklaringen geen inzicht geven; zie (o.a.) F. de Jong 2009, p. 22-23 en 373-374 (incl. verwijzingen).

2.1.5.7 Rol: de uiterlijke verschijningsvorm als maatstaf (dwingend minimum)
Als verklaringen ontbreken, kan de rechter alleen met toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm niettemin tot het bewijs van voorwaardelijk opzet ('aanvaarden') komen (zie paragraaf 2.1.5.2). Contra-indicaties zijn echter mogelijk. Dit betekent dat de uiterlijke verschijningsvorm een bepaalde ondergrens, een bepaald minimum voorschrijft. In paragraaf 3 zal nog blijken dat de uiterlijke verschijningsvorm op dit punt zeker geen lege huls is. De uiterlijke verschijningsvorm werpt wel degelijk een bepaalde drempel op (vgl. paragraaf 2.1.5.3). Hoewel de rol van de uiterlijke verschijningsvorm in eerste instantie wellicht vooral processueel van aard lijkt (zie ook de paragrafen 2.1.5.5 en 2.1.5.6), heeft de uiterlijke verschijningsvorm dus wel degelijk ook een bepaalde (materieelrechtelijke) inhoud. Omdat het gebruik van de figuur geen vrijblijvendheid is, is sprake van een dwingend minimum. Omdat sprake is van een dwingend minimum vind ik dat de termen 'handvat'[30] en hulpmiddel[31] de rol van de uiterlijke verschijningsvorm niet goed weergeven. Deze termen wekken immers de indruk dat er sprake is van een bepaalde vrijblijvendheid. Zij wekken de indruk dat de rechter de uiterlijke verschijningsvorm kan gebruiken als hem dat nuttig lijkt, maar dat niet hoeft. Evenmin vind ik de term 'criterium' geschikt. De figuur heeft immers – anders dan bij poging – geen rol bij de kwalificatievraag, maar bij de bewijsvraag en wordt evenmin in alle gevallen toegepast. Ik merk de uiterlijke verschijningsvorm aan als een *maatstaf*, nu de figuur *dwingend* een bepaald *minimum* voorschrijft.[32]

2.1.6 Samenvattende bevindingen over het gebruik en de rol van de uiterlijke verschijningsvorm bij het 'aanvaardingsvereiste'

De uiterlijke verschijningsvorm is een *methode* om tot het bewijs van voorwaardelijk opzet ('aanvaarden') te komen (paragraaf 2.1.5.5). Omdat de wettelijke term 'opzet' in de tenlastelegging wordt opgenomen (en daar wordt geacht dezelfde betekenis te hebben), vallen bewijs en kwalificatie evenwel samen. De uiterlijke verschijningsvorm wordt – binnen de bewijsbeslissing – gebruikt om de gedraging te kwalificeren. Aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm wordt immers getoetst of de gedragingen opzet 'opleveren' (paragraaf 2.1.4). Op deze methode wordt teruggevallen in gevallen waarin (geloofwaardige) verklaringen van verdachten of getuigen over wat er ten tijde van het plegen van het feit in de verdachte is omgegaan ontbreken of onvoldoende inzicht daarin geven (paragrafen 2.1.5.1 en 2.1.5.6). Nu contra-indicaties moge-

30 Zie in deze zin AG Spronken in haar conclusie bij de zaak *JS* (conclusie van 22 maart 2016, ECLI:NL:PHR:2016:129), onder 6.15.
31 Zie Keijzer in zijn noot bij HR 19 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:691, *NJ* 2016/258 (*In het mes gelopen*).
32 Vgl. Van Kessel 2012, p. 311, voetnoot 22.

lijk zijn, levert de uiterlijke verschijningsvorm in dergelijke gevallen (slechts) een bewijsvermoeden op (paragrafen 2.1.5.4 en 2.1.5.6).

Het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm is geen vrijblijvendheid. Wanneer verklaringen ontbreken, kan alleen op grond van de uiterlijke verschijningsvorm alsnog tot het bewijs van voorwaardelijk opzet ('aanvaarden') worden gekomen (zie paragraaf 2.1.5.2). De uiterlijke verschijningsvorm schrijft aldus een dwingend minimum voor (zie paragraaf 2.1.5.7). Blijkens de gebruikte formulering ligt de ondergrens daarbij vrij hoog (paragraaf 2.1.5.3). Hoe hoog de ondergrens precies ligt, vormt het onderwerp van paragraaf 3. Omdat de uiterlijke verschijningsvorm een dwingend minimum voorschrijft voor het bewijs van voorwaardelijk opzet heb ik de uiterlijke verschijningsvorm als 'maatstaf' aangemerkt (zie paragraaf 2.1.5.7).

2.2 Voorwaardelijk opzet: aanmerkelijke kans en bewustheid

In sommige uitspraken herhaalt de Hoge Raad niet de hele *HIV I*-overweging, maar wordt die overweging ingekort. In de meeste uitspraken lijkt dat geen bijzondere betekenis te hebben. Dat bijvoorbeeld het deel van de overweging dat specifiek ingaat op de aanmerkelijke kans, niet wordt opgenomen in gevallen waarin in cassatie niet wordt betwist dat er sprake is van een aanmerkelijke kans, lijkt me vooral te maken te hebben met proceseconomie. Ik ben echter ook een aantal 'inkortingen' van de *HIV I*-overweging tegengekomen die de vraag oproepen of de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm (soms) ook gebruikt bij de twee andere vereisten voor voorwaardelijk opzet, het aanmerkelijke kans-vereiste en het bewustheidsvereiste.

2.2.1 De uiterlijke verschijningsvorm en de aanmerkelijke kans

In een aantal uitspraken van de Hoge Raad ben ik de volgende 'inkorting' van de *HIV I*-overweging tegengekomen:

> 'Voor de vaststelling dat de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan zulk een kans is niet alleen vereist dat de verdachte wetenschap heeft van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden, maar ook dat hij die kans ten tijde van de gedraging bewust heeft aanvaard (op de koop toe heeft genomen). De beantwoording van de vraag of de gedraging de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg in het leven roept, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij betekenis toekomt aan de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht. Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte

> de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard (vgl. HR 25 maart 2003, LJN AE9049, *NJ* 2003, 552).'[33]

De zin over de uiterlijke verschijningsvorm wordt in dit citaat meteen na de passage over de aanmerkelijke kans opgenomen. In de passage over de aanmerkelijke kans worden de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder die zijn verricht genoemd. Daardoor roept deze 'variatie' op de *HIV I*-overweging de vraag op of de uiterlijke verschijningsvorm ook bij de aanmerkelijke kans een rol heeft. Na nadere bestudering van de uitspraken lijkt mij dat niet de bedoeling van de Hoge Raad te zijn geweest. In de zin over de uiterlijke verschijningsvorm wordt nog steeds gesproken over 'aanvaard'. De uiterlijke verschijningsvorm heeft dus in ieder geval (ook) betrekking op het aanvaardingsvereiste. De zin over de uiterlijke verschijningsvorm is bovendien op een aparte regel geplaatst (vormt een aparte alinea in de overweging), een aanwijzing dat sprake is van een nieuw onderwerp. Omdat in de uitspraken waarin deze aangepaste formulering voorkomt de afbakening met bewuste schuld geen (belangrijke) rol speelt[34] en verklaringen ontbreken, vermoed ik dat de Hoge Raad slechts uit de overweging heeft willen weglaten wat in de betreffende uitspraken niet relevant was. Dat ik geen uitspraken ben tegengekomen waarin de aanmerkelijke kans wordt 'getoetst' aan de uiterlijke verschijningsvorm, bevestigt deze lezing.

> Illustratief in dit verband is het *American Staffords*-arrest, dat door de Hoge Raad lijkt te zijn aangegrepen om het kader voor het voorwaardelijk opzet, en in het bijzonder het kader ten aanzien van de aanmerkelijke kans, (nog eens) uiteen te zetten. In deze uitspraak heeft de Hoge Raad in de aan de middelen voorafgaande uiteenzetting van het kader een duidelijke uitsplitsing gemaakt tussen de beoordeling van de aanmerkelijke kans (*r.o.* 5.3.2) en de aanvaarding van die kans (*r.o.* 5.3.3). De uiterlijke verschijningsvorm komt alleen aan de orde bij de aanvaarding.[35]

Dat de uiterlijke verschijningsvorm geen rol speelt bij de vaststelling van de aanmerkelijke kans, neemt overigens niet weg dat dezelfde omstandigheden soms aan zowel het oordeel over de aanmerkelijke kans als het oordeel over

---

33 HR 8 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5982, *NJ* 2008/233 (*Kraakpand*). Zie ook: HR 19 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1658 (*Verstikking*) en HR 30 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5396, *NJ* 2013/111 (*Geparkeerde auto*).

34 De uitspraken *Geparkeerde auto* en *Kraakpand* draaien vooral om de vraag van welke omstandigheden de verdachte zich bewust was. In de uitspraak *Verstikking* ontkent de verdachte niet dat hij het slachtoffer heeft gewurgd, hij bestrijdt slechts dat hij haar daarmee ook heeft willen doden, en voert daartoe aan dat hij steeds stopte op momenten dat hij merkte dat het slachtoffer onvoldoende zuurstof kreeg (alternatief scenario).

35 HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:718, *NJ* 2019/103, m.nt. Wolswijk.

de aanvaarding ten grondslag worden gelegd en dat de aanmerkelijke kans en de aanvaarding soms in samenhang worden vastgesteld.[36]

2.2.2 *De uiterlijke verschijningsvorm en het 'bewustheidsvereiste'*

In een aantal uitspraken is aan de zin uit de *HIV I*-formule het woord 'bewust' toegevoegd:

> 'Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zozeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg *bewust* [cursivering: SA] heeft aanvaard.'[37]

Dit betekent echter niet dat de uiterlijke verschijningsvorm ook wordt gebruikt om vast te stellen of de verdachte zich van de aanmerkelijke kans *bewust* was. Bedacht moet worden dat het 'bewustheidsvereiste' in de jurisprudentie zelden een zelfstandige rol speelt.[38] Bewustheid lijkt in beginsel bij de verdachte te worden verondersteld op het moment dat sprake is van een aanmerkelijke kans.[39] In dit verband kan ook worden gewezen op de *HIV I*-overweging. De Hoge Raad zegt daarin onder meer:

> '[U]it de enkele omstandigheid dat die wetenschap bij de verdachte aanwezig is *dan wel bij hem moet worden verondersteld* (...) [cursivering: SA].'

De Hoge Raad zegt hier met zoveel woorden dat bewustheid bij de verdachte (in bepaalde gevallen) kan worden verondersteld.[40] In twee van de uitspraken waarin voornoemde 'variatie' op de *HIV I*-formule voorkomt, wordt echter wél

---

36 Zie bijv. de uitspraak *Geparkeerde auto*; Vgl. De Hullu 2018, p. 243.

37 HR 31 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:117 (*Doorzeefde auto*); HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:718, *NJ* 2019/103, m.nt. Wolswijk (*American Staffords*); HR 26 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1007, *NJ* 2018/337, m.nt. Reijntjes (*Stiefmoeder*); HR 19 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:389, *NJ* 2019/150 (*Alcoholrijder*).

38 Zoals in par. 2.1.1 al aan de orde kwam, behandelen ook sommige auteurs het bewustheidsvereiste niet afzonderlijk. Zij maken bij het voorwaardelijk opzet een onderscheid tussen: (1) de aanmerkelijke kans en (2) de bewuste aanvaarding. Zie bijv. De Hullu 2018, p. 238 en F. de Jong 2009, p. 349.

39 Vgl. Knigge & Wolswijk 2015, p. 124 ('Wat ieder weet, moet ook de verdachte hebben geweten'); Reijntjes in zijn noot bij 26 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1007, *NJ* 2018/337 (*Stiefmoeder*) ('Berustte het oordeel van het hof niet op de vaststelling dat een zo aanmerkelijke kans bestond op overlijden, wanneer niemand tussenbeide kwam, dat ook de verdachte zich daarvan bewust moet zijn geweest?'); Van Dijk 2017, p. 349 ('Voorwaardelijk opzet wordt in de praktijk vooral gebruikt in een bewijsrechtelijke context. Eerst wordt vastgesteld dat de objectieve kans als aanmerkelijk kan worden bestempeld. Vervolgens wordt daaruit afgeleid dat de verdachte zich wel bewust zal zijn geweest van de aanmerkelijke kans'). Zie eveneens de conclusie van AG Knigge bij de uitspraak *Geparkeerde auto*, onder 49, waarin hij zich afvraagt wat ieder 'normaal denkend mens' zou hebben geweten.

40 Vgl. Kelk & De Jong 2019, p. 273-274.

aandacht besteed aan de bewustheid bij de verdachte van bepaalde omstandigheden.

In de hiervoor al genoemde uitspraak *American Staffords* had de verdachte de drie honden (American Staffords) van zijn vader uitgelaten. Zij hadden een hazewindhond aangevallen, die daarbij zo ernstig gewond was geraakt dat zijn baasje hem moest laten inslapen. De honden waren al eerder bij een bijtincident betrokken geweest. Er was toen door een deskundige een rapport opgemaakt met aanbevelingen om nieuwe incidenten te voorkomen. De verdachte had deze aanbevelingen niet opgevolgd. De Hoge Raad betrok bij zijn overwegingen van welke omstandigheden de verdachte zich bewust was:

> '5.4 Blijkens zijn bewijsvoering heeft het Hof onder meer vastgesteld dat *de verdachte wist* dat de desbetreffende honden een jaar vóór het in de tenlastelegging bedoelde incident bij een eerder bijtincident betrokken waren, dat *de verdachte ervan op de hoogte was* dat bij deze honden de kans op bijtincidenten als reëel was aangemerkt, *dat hij wist* dat hij vanwege de risico's de drie honden niet samen moest uitlaten en *dat hij zich ervan bewust was* dat hij de honden ook in losloopgebieden aangelijnd moest houden wanneer andere honden in de buurt waren. *Daaraan* heeft het Hof kennelijk en niet onbegrijpelijk *de gevolgtrekking verbonden dat de reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid bestond* dat de honden de andere hond zouden bijten en daardoor zouden beschadigen, welk risico zich heeft verwezenlijkt. Het Hof heeft geoordeeld dat de verdachte door zijn honden tegelijkertijd en onaangelijnd om 18.30 uur 's avonds in een uitlaatgebied uit te laten, *bewust deze aanmerkelijke kans heeft aanvaard*. Dat oordeel geeft tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor is vooropgesteld niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk en behoefde, ook in het licht van het in hoger beroep gevoerde verweer, geen nadere motivering.' [cursiveringen: SA]

De reden dat de Hoge Raad hier aandacht besteedde aan de vraag of de verdachte zich bewust was van het risico dat van de honden uitging en de aanbevelingen die waren gedaan om die risico's te voorkomen, is waarschijnlijk dat de verdachte niet de eigenaar van de honden was, waardoor niet zonder meer verondersteld kon worden dat de verdachte op de hoogte was. Dat geldt te meer nu deze honden weliswaar gevaarlijk waren, maar niet gezegd kan worden dat honden (anders dan bijvoorbeeld vuurwapens) per definitie 'gevaarlijk' zijn. Daar komt bij dat het uitlaten van honden een vrij alledaagse gedraging is, en dus zeker niet een gedraging die per definitie op het plegen van een misdrijf is gericht.[41]

Ook in de uitspraak *Stiefmoeder* werd aandacht besteed aan van welke omstandigheden de verdachte zich bewust was. De verdachte had haar stiefdochter 's nachts, terwijl het buiten vroor en de stiefdochter al in een slechte gezondheidstoestand verkeerde, in een onverwarmde ruimte, zonder ramen en kleding of beddengoed, laten slapen.

41 Zie hierover nader de paragrafen 3.4 en 3.7.7.

De stiefdochter was daardoor ernstig en levensbedreigend onderkoeld geraakt. Ook hier betrok de Hoge Raad in zijn overwegingen of de verdachte zich bewust was van bepaalde omstandigheden:

> '2.4 Het Hof heeft onder meer vastgesteld dat *de verdachte, de stiefmoeder van [slachtoffer 1] , ermee bekend was* dat de gezondheidstoestand van [slachtoffer 1] vanaf 7 februari 2015 verslechterde en in de avond van 15 februari 2015 zorgwekkend was. Voorts heeft het Hof vastgesteld dat *de verdachte, wetende dat* het die nacht van 15 op 16 februari zou gaan vriezen, [slachtoffer 1] zonder voldoende kleding of beddengoed om zich te verwarmen heeft laten verblijven in een koude en onverwarmde ruimte. Deze ruimte was zo koud dat [slachtoffer 1] zodanig onderkoeld is geraakt dat haar temperatuur na meting in het ziekenhuis 23° C bedroeg.
> Voorts heeft het Hof aangenomen dat de verdachte niet in de loop van de nacht heeft gecontroleerd of het goed ging met [slachtoffer 1] . Volgens het Hof was onder deze omstandigheden sprake van een aanmerkelijke kans dat [slachtoffer 1] zou komen te overlijden en *was de verdachte zich van die kans bewust*. De gedragingen van de verdachte, waaronder begrepen het nalaten zich in die nacht te vergewissen van het welzijn van [slachtoffer 1] , kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zozeer op de dood van [slachtoffer 1] gericht dat het niet anders kan zijn geweest dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op dat gevolg op de koop toe heeft genomen en daarmee bewust heeft aanvaard. Dit oordeel van het Hof geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. De omstandigheid dat de verdachte na afloop van die nacht om 9.27 uur telefonisch medische hulp heeft ingeroepen door 112 te bellen, waarna [slachtoffer 1] dankzij langdurige reanimatie en een operatieve ingreep met aansluiting aan een hartlongmachine niet is overleden, doet daaraan niet af.'[42] [cursiveringen: SA]

De reden dat in deze uitspraak aandacht wordt besteed aan de vraag of de verdachte zich van bepaalde omstandigheden bewust was, is waarschijnlijk dat op zichzelf het iemand laten slapen in een onverwarmde ruimte niet 'levensbedreigend' is. Dat is pas anders als een aantal aanvullende omstandigheden (waaronder dat het zou gaan vriezen) in ogenschouw wordt genomen.

In geen van beide uitspraken werd de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om vast te stellen of de verdachte zich van bepaalde omstandigheden bewust was. De bewustheid van de verdachte werd in zowel de *American Staffords*-uitspraak als het *Stiefmoeder*-arrest afgeleid uit verklaringen van de verdachte. Ik ben geen uitspraken tegengekomen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wel gebruikt werd om de bewustheid bij de verdachte vast te stellen.

In dit verband kan nog worden gewezen op de *Wijnglas*-uitspraak, waarin de verdachte had gesteld dat zij zich er niet van bewust was geweest dat zij een wijnglas in haar hand had toen ze het slachtoffer een klap gaf. Het gerechtshof had dit verweer verworpen en leek daarvoor de uiterlijke verschijningsvorm te hebben gebruikt. De Hoge Raad overwoog:

42 HR 26 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1007, *NJ* 2018/337, m.nt. Reijntjes (*Stiefmoeder*).

> '2.4 Blijkens de bewijsvoering heeft het Hof vastgesteld dat de verdachte met haar hand waarin zij het wijnglas had, desalniettemin het slachtoffer met zodanige kracht een duw in het gezicht heeft gegeven dat het glas brak. Daaruit heeft het Hof kennelijk afgeleid dat het niet anders kan dan dat de verdachte, ook al had zij, naar zij heeft verklaard "behoorlijk veel gedronken", zich bewust is geweest van het wijnglas in haar hand toen zij met haar hand het slachtoffer met kracht in het gezicht duwde. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk en, mede gelet op hetgeen door de verdediging dienaangaande is aangevoerd, toereikend gemotiveerd. Daarmee is de bewezenverklaring wat betreft het opzet van de verdachte op de mishandeling toereikend gemotiveerd, wat er zij_van hetgeen het hof heeft overwogen omtrent de zichtbaarheid van het glas en de uiterlijke verschijningsvorm van verdachtes handelen.'[43]

Uit de zinsnede 'wat er zij van (…) de uiterlijke verschijningsvorm van verdachtes handelen', leid ik af dat de verschijningsvorm van dat handelen niet relevant is voor het 'bewustheidsvereiste'.

Ook in de uitspraak *Kraakpand*, waarin specifiek een verweer werd gevoerd ten aanzien van de bewustheid, werd die bewustheid los van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging besproken: '[D]at hij pas achteraf ten volle begreep wat hij had gedaan sluit immers in de gegeven omstandigheden niet uit dat de verdachte voordien (…) zich van dat steken bewust is geweest'.[44]

Ik houd het er dan ook op dat de Hoge Raad de term 'bewust' aan de *HIV I*-formule heeft toegevoegd, niet om tot uitdrukking te brengen dat de uiterlijke verschijningsvorm een rol heeft bij dit vereiste, maar om het bewustheidsvereiste een plek te geven in de *HIV I*-formule. Hoewel de bewustheid meestal verondersteld kan worden, betekent dit niet dat de rechter – in bepaalde gevallen – geen aandacht voor het bewustheidsvereiste hoeft te hebben, zo lijkt de toevoeging de feitenrechter in te scherpen. Niet voor niets duikt deze toevoeging met name op in uitspraken waarin iets aan de hand is met het bewustheidsvereiste.

Verhouding bewustheid en aanmerkelijke kans

Ten overvloede wordt opgemerkt dat *wanneer* de bewustheid expliciet wordt besproken, de verhouding tussen de bewustheid en de aanmerkelijke kans niet altijd hetzelfde is. In het *Stiefmoeder*-arrest wordt de aanmerkelijke kans vastgesteld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Vervolgens wordt afzonderlijk beoordeeld of de verdachte zich daarvan ook bewust was.[45] In de *American Staffords*-uitspraak doet de Hoge Raad het echter anders.

---

43 HR 23 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1699.

44 HR 8 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5982, *NJ* 2008/233.

45 Een soortgelijke benadering lijkt AG Knigge te volgen in zijn conclusie bij de uitspraak *Geparkeerde auto*. Ook hij lijkt een onderscheid te maken tussen de aanmerkelijke kans, die objectief moet worden vastgesteld (zie onder 4.7 en 4.8 van de conclusie) en de bewustheid, waaraan hij afzonderlijk aandacht besteed in overweging 4.9 van zijn conclusie. Hoe de

In lijn met de conclusie van AG Keulen (onder 38)[46] – worden *alleen de omstandigheden waarvan de verdachte zich bewust* was bij de aanmerkelijke kans betrokken ('Daaraan heeft het Hof kennelijk en niet onbegrijpelijk de gevolgtrekking verbonden dat de reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid bestond (…)'). Voor de uiteindelijke uitkomst lijkt niet uit te maken welke van deze benaderingen wordt gekozen. De benaderingen komen in zoverre met elkaar overeen dat in beide gevallen sprake is van een objectief kansvereiste. Wat wijzigt is het perspectief. In de *Stiefmoeder*-uitspraak wordt uitgegaan van de objectieve kans, gebaseerd op alle bij door de rechter vastgestelde omstandigheden. In de *American Staffords*-uitspraak wordt – hoewel de kans ook daar objectief wordt vastgesteld – bij het bepalen van de aanmerkelijke kans het perspectief van de verdachte gekozen.[47]

2.2.3 *Bevindingen: geen rol voor de uiterlijke verschijningsvorm bij het aanmerkelijke kans-vereiste en het bewustheidsvereiste*

Vorenstaande kort samenvattend, wordt de uiterlijke verschijningsvorm in de jurisprudentie van de Hoge Raad niet gebruikt in het kader van het 'aanmerkelijke kans-vereiste' of het 'bewustheidsvereiste'.

2.3 Andere opzetgradaties

In een enkele uitspraak van de Hoge Raad wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt, maar wordt niet gesproken over 'voorwaardelijk opzet', maar over 'opzet'. In een aantal van die uitspraken doet de casus zo sterk denken aan voorwaardelijk opzet (en worden door de Hoge Raad bijvoorbeeld ook termen als 'bewust' en 'aanmerkelijke kans' genoemd), dat ik er van uitga dat de uiterlijke verschijningsvorm in die uitspraken in het kader van voorwaardelijk opzet is toegepast.[48] Ik ben uiteindelijk maar één uitspraak tegengekomen die zo gelezen kan worden dat de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm daar wel gebruikt in het kader 'vol' opzet.

In de uitspraak *Snackbar* was de verdachte een snackbar binnengestapt met een (nep)-vuurwapen. In de snackbar werkte een goede bekende van hem (zijn vroegere buur-

---

Hoge Raad er in deze uitspraak tegen aan kijkt, wordt uit zijn overwegingen niet duidelijk. De Hoge Raad behandelt de drie vereisten voor voorwaardelijk opzet gezamenlijk (*r.o.* 2.4).

46 Die daarbij verwijst naar Van Dijk (Zie Van Dijk 2017, p. 355-356, 376-380, 383-386).

47 Het pleidooi van Van Dijk (zie Van Dijk 2017, p. 396-398) om het objectieve kansvereiste los te laten is dus niet gevolgd. Wel wordt zijn voorstel om aan te sluiten bij het perspectief van de actor (om zo 'de ongewenste gevolgen van een objectief kansvereiste binnen de perken te houden') in de *American Staffords*-uitspraak gevolgd. Vgl. F. de Jong 2019.

48 Zie bijv. HR 19 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:691, *NJ* 2016/258, m.nt. Keijzer (*In het mes gelopen*).

meisje). Volgens de verdachte was slechts sprake geweest van een 'een grapje' en 'stoerdoenerij'. De Hoge Raad overwoog:

> '4.2 Voor een veroordeling ter zake van bedreiging met enig misdrijf tegen het leven gericht is in een geval als het onderhavige vereist dat de bedreiging van dien aard is en onder zodanige omstandigheden is geschied dat bij de betrokkene in redelijkheid de vrees kon ontstaan dat deze het leven zou kunnen verliezen (vgl. HR 7 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3659, *NJ* 2005/448) en dat het opzet van de verdachte daarop was gericht (vgl. HR 17 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC8252, *NJ* 1984/479).
> 4.3 Het Hof heeft – kort gezegd – vastgesteld dat de verdachte een op een vuurwapen gelijkend voorwerp aan de medewerkster heeft getoond, heeft doorgeladen, op haar heeft gericht en vervolgens meermalen de trekker heeft overgehaald, alsmede dat de medewerkster tegen de verdachte heeft gezegd dat hij haar bang maakte. Op grond daarvan heeft het Hof geoordeeld dat sprake was van strafbare bedreiging. Daarin ligt als zijn oordeel besloten dat door de gedragingen van de verdachte bij de medewerkster in redelijkheid de vrees kon ontstaan dat zij haar leven zou kunnen verliezen, terwijl daarin voorts als diens oordeel ligt besloten dat de gedragingen van de verdachte naar hun uiterlijke verschijningsvorm dermate zijn gericht op het doen ontstaan van bedoelde vrees, dat het opzet van de verdachte daarop was gericht.
> 4.4 Deze oordelen geven niet blijk van een onjuiste opvatting omtrent het begrip bedreiging als bedoeld in art. 285 Sr en behoefden, ook in het licht van het namens de verdachte gevoerde verweer, onder meer inhoudende dat slechts sprake was van "baldadigheid", geen nadere motivering.'[49]

In deze uitspraak is het, gelet op het verweer, onduidelijk of – ondanks dat dit niet expliciet wordt gemaakt – niet toch wordt teruggevallen op voorwaardelijk opzet. Zelfs al was de gedraging van de verdachte bedoeld als een 'grapje' of 'stoerdoenerij', dan neemt dat niet weg dat hij het gevolg – dat iemand zich daardoor bedreigd voelde – (op zijn minst) op de koop had toegenomen, zou dan de redenering zijn.[50] Een aanwijzing daarvoor is dat de Hoge Raad in rechtsoverweging 4.4 min of meer lijkt te zeggen dat op de vraag of de gedraging (primair) als grap bedoeld was of niet, niet hoeft te worden beantwoord. Wat de precieze *bedoeling* was ('vol opzet') kon dus in het midden blijven.

De uitspraak laat ook een andere lezing toe, namelijk dat de uiterlijke verschijningsvorm, ook bij andere opzetgradaties kan worden gebruikt (in gevallen waarin de verdachte stelt dat zijn opzet op een ander gevolg dan het ten laste gelegde misdrijf was gericht (alternatief scenario ten aanzien van het opzet)).[51] Een aanwijzing daarvoor is dat de aanmerkelijke kans in de

49 HR 9 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1892.
50 Zie in deze zin de conclusie van de AG, onder 30.
51 Keijzer ziet hier een rol voor de uiterlijke verschijningsvorm; zie diens noot bij 19 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:691, *NJ* 2016/258 (*In het mes gelopen*).

Snackbar-uitspraak geen rol speelt.[52] Dit zou aansluiten bij de wijze waarop de uiterlijke verschijningsvorm in de lagere rechtspraak wordt gebruikt. Ik geef twee voorbeelden.

De verdachte in Rechtbank Gelderland 7 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1512 was naar het huis gegaan van een man die hij van een inburgeringscursus kende. Toen de man thuiskwam had de verdachte een bivakmuts over zijn gezicht getrokken, een (nep)wapen op de man gericht en gezegd dat hij geld wilde. Volgens de verdachte was sprake van een grap. De rechtbank overwoog:

> 'De rechtbank overweegt dat uit voormelde bewijsmiddelen kan worden afgeleid dat verdachte naar de woning van aangever is gegaan, een bivakmuts over zijn hoofd heeft gedaan en een (namaak) wapen heeft gepakt. Hij heeft aangever geduwd en tegen aangever gezegd "money, money". *Naar de uiterlijke verschijningsvorm kan dit niet anders worden geduid dan als een overval* [cursivering: SA]. Dat sprake zou zijn geweest van een grap vermag de rechtbank niet in te zien nu verdachte geen enkele actie heeft ondernomen om zich bekend te maken aan het slachtoffer ondanks het feit dat hij zag dat het slachtoffer erg schrok en heftig reageerde. Verdachte heeft zich echter uit de voeten gemaakt. Ook hierna toen hij door de politie werd aangetroffen bij een bushalte heeft hij nog trachten te verhullen dat de rugtas die hij bij zich had van hem was en heeft hij geen enkele opmerking gemaakt over de door hem zojuist begane "mislukte grap". Het verweer dat geen sprake was van oogmerk tot wederrechtelijke toe-eigening of bevoordeling wordt gelet op de gedragingen van verdachte dan ook verworpen. *Uit de uiterlijke gedragingen kan het oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling, tenminste in voorwaardelijke vorm worden afgeleid* [cursivering: SA]. Dat verdachte wist dat aangever geen geld had leidt niet tot een ander oordeel, te minder nu verdachte enige tijd daarvoor geld van het slachtoffer had gekregen om een buskaartje te kunnen kopen. De rechtbank overweegt verder dat niet valt in te zien dat de verklaring van getuige [getuige] niet juist zou zijn. Dat [getuige] niets zou hebben kunnen zien van het gevecht waarover hij heeft verklaard, is – nu uit zijn verklaring blijkt dat hij vanaf zijn deuropening het trappenhuis is ingelopen om het gevecht beter te kunnen waarnemen – onvoldoende aannemelijk geworden. De rechtbank verwerpt het verweer.'

De verdachte in Hof Den Haag 20 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3703 had twee wethouders giften aangeboden, waaronder reizen naar het WK en EK voetbal. De verdachte ontkende dat hij dit had gedaan om de wethouders te bewegen om iets voor hem te doen. Hij had de giften uit vriendschap gedaan, zo stelde hij. Het gerechtshof overwoog:

> 'Op basis van de voorhanden wettige bewijsmiddelen zal het hof beoordelen of de conclusie gerechtvaardigd is dat uit het handelen van de verdachte *op grond van de uiterlijke verschijningsvorm* en de feiten en omstandigheden van en rondom

52 De zinsnede 'dat bij de medewerker de redelijke vrees kon ontstaan' lijkt mij geen (impliciete) verwijzing naar de aanmerkelijke kans, maar vormt een vereiste voor bedreiging. Zie *r.o.* 4.2 van het arrest.

> de giften volgt dat de verdachte met het doen van de giften *het oogmerk had* om [medeverdachte] te bewegen iets te doen en/of na te laten en/of de verdachte opzettelijk de giften heeft gedaan ten gevolge en/of naar aanleiding van hetgeen [medeverdachte] heeft gedaan en/of nagelaten in zijn bediening.
> (…)
> Naar het oordeel van het hof kunnen de gedragingen van de verdachte zoals hiervoor weergegeven *naar hun uiterlijke verschijningsvorm* worden aangemerkt als zijnde *zo zeer gericht op* het bewegen van de ambtenaar en wethouder [medeverdachte] tot een doen dan wel een nalaten in strijd met zijn ambtelijke plicht om het laten ontstaan, in stand houden, onderhouden en verbeteren van een zodanige relatie met [medeverdachte], dat [medeverdachte] tegenover de verdachte niet meer zo onafhankelijk kon zijn bij het nemen van beslissingen in relatie tot de verdachte, dat het niet anders kan zijn dan dat het oogmerk van de verdachte daarop gericht is geweest.
> Daarnaast is het oogmerk en opzet van de verdachte er op gericht geweest dat [medeverdachte] aanwezig was bij door de verdachte georganiseerde ontmoetingen met potentiële nieuwe opdrachtgevers van de verdachte.
> *Voornoemde uiterlijke verschijningsvormen* kunnen evenzeer worden aangemerkt als zijnde *zo zeer gericht op* – kort gezegd – het belonen van [medeverdachte] naar aanleiding van wat [medeverdachte] in strijd met zijn ambtelijke plicht in het verleden heeft gedaan of nagelaten ten gunste van de verdachte, dat het niet anders kan zijn dan dat *het opzet van de verdachte* ook daarop gericht is geweest.' [cursiveringen: SA]

In de uitspraak van het Hof Den Haag werd de uiterlijke verschijningsvorm niet alleen gebruikt in het kader van 'vol opzet', maar ook in het kader van het oogmerk. In de zaak is cassatie ingesteld. Op 1 juli 2019 had de Hoge Raad nog geen arrest gewezen. Als ik mij verlaat op de conclusie van AG Vegter,[53] dan is het maar de vraag of de Hoge Raad in zijn uitspraak helderheid zal geven over dit punt. In de cassatiemiddelen die betrekking hebben op het oogmerk/opzet wordt gesteld dat het gerechtshof te weinig oog heeft gehad voor de bestaande vriendschappelijke relatie tussen de verdachte en de medeverdachte. De cassatiemiddelen richten zich, voor zover ik kan overzien, dus niet tegen het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm.[54]

Nu ik slechts één uitspraak ben tegengekomen waarin de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm *mogelijk* heeft gebruikt bij een andere opzetgradatie dan voorwaardelijk opzet, zal de jurisprudentie moeten worden afgewacht om meer duidelijk te krijgen over of de Hoge Raad toepassingsmogelijkheden ziet voor de uiterlijke verschijningsvorm bij andere opzetgradaties.

---

53 Conclusie van 14 mei 2019, ECLI:NL:PHR:2019:482.

54 Inmiddels is duidelijk dat de verdachte in deze zaak is overleden voordat op zijn cassatieberoep werd beslist. De Hoge Raad zal deze zaak dus niet meer inhoudelijk behandelen. Zie ook HR 9 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1083 (niet gepubliceerd).

3 Invulling van de uiterlijke verschijningsvorm

In paragraaf 2.1 bleek dat de uiterlijke verschijningsvorm een maatstaf is aan de hand waarvan – in gevallen waarin ander bewijs ontbreekt – wordt vastgesteld of sprake is van het voor voorwaardelijk opzet vereiste 'aanvaarden'. In het hiernavolgende bespreek ik welke omstandigheden bij deze maatstaf worden betrokken.

Omdat in de literatuur wordt aangenomen dat de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm mede afhankelijk is van het in de tenlastelegging opgenomen delict,[55] beschrijf ik eerst in de paragrafen 3.1-3.6 per delict(type) (veelal slechts gebaseerd op één of enkele uitspraken) welke omstandigheden *mogelijk* worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm (in het kader van dat delict(type).[56] Ik bespreek de omstandigheden per delict(type) in willekeurige volgorde. De volgorde van bespreken zegt dus niets over het belang van de omstandigheden. In paragraaf 3.7 zal ik ingaan op omstandigheden die delictoverstijgend een rol spelen. Daar zal ik ook ingaan op de onderlinge verhouding van de verschillende omstandigheden en daarmee de ondergrens ('drempel') van de uiterlijke verschijningsvorm. De volgorde van de bespreking van de verschillende delict(typ)en is 'chronologisch'. Daarmee bedoel ik dat ik van de oudste uitspraak van de Hoge Raad bij het delict(type) ben uitgegaan en de delicten aan de hand van deze oudste uitspraken in volgorde heb gezet. Bij ieder delict(type) geef ik eerst de (belangrijkste overwegingen uit) de uitspraken weer. Daarna volgen een analyse en een opsomming van mijn bevindingen.

In paragraaf 2.1 bleek eveneens dat de uiterlijke verschijningsvorm slechts een vermoeden oplevert. Contra-indicaties zijn mogelijk. Hoewel de contra-indicaties, blijkens de *HIV I*-formule niet worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm, maar juist kunnen maken dat – ondanks de uiterlijke verschijningsvorm – toch geen voorwaardelijk opzet kan worden aangenomen, bespreek ik in het hiernavolgende eveneens de contra-indicaties. De mate waarin contra-indicaties aan de orde zijn (en welke contra-indicaties dat zijn), zegt immers iets over de 'bewijskracht' van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging.

3.1 Moord en doodslag (287 en 289 Sr)[57]

Een aanzienlijk deel van de door mij geanalyseerde jurisprudentie over voorwaardelijk opzet heeft betrekking op (moord en) doodslag. Binnen deze

55 Zie o.a. Kelk & De Jong 2019, p. 277-288; De Hullu 2018, p. 244-253; zie hfdst. 1, par. 3.2.
56 Zie voor een toelichting op deze aanpak hfdst. 1, par. 7.
57 Ik bespreek moord en doodslag hier gezamenlijk, omdat het verschil tussen beide delicten, de voorbedachte raad, in het licht van het bestanddeel opzet niet relevant is gebleken. Op de uiterlijke verschijningsvorm en voorbedachte raad wordt in hfdst. 6 ingegaan.

uitspraken kan een onderscheid worden gemaakt tussen verschillende 'casustypen'. Y. Buruma wijst er in zijn noot onder het *HIV IV*-arrest[58] op dat we de uitspraak beter kunnen bezien als een HIV-arrest dan als een opzet-arrest. Ook De Hullu wijst erop dat het bij de HIV-arresten gaat om 'bijzondere rechtspraak over een specifiek thema'.[59] De Hullu benoemt in zijn handboek daarnaast schietincidenten als een apart type casus. Ook doodslag in het verkeer wordt in de literatuur vaak als een bijzondere categorie beschouwd.[60] Omdat in de literatuur de bijzonderheid van bepaalde typen gevallen wordt benadrukt, zal ik de verschillende typen casus hieronder afzonderlijk bespreken. Schietincidenten zal ik daarbij gezamenlijk met steekincidenten behandelen, omdat uit mijn analyse blijkt dat het veelal gaat om dezelfde soort feitencomplexen (een 'ruzie' tussen verdachte en slachtoffer), waarin ook veelal hetzelfde soort verweer wordt gevoerd ('het wapen ging per ongeluk af/ik wilde niet steken' of 'ik schoot/stak gericht op een niet vitaal lichaamsdeel'). In aanvulling op de onderscheiden gevallen in de literatuur, zal ik doodslag door het gooien van voorwerpen apart bespreken. Casus die niet vallen onder een van de door mij onderscheiden typen (HIV, schiet- en steekincidenten, verkeer, het gooien van voorwerpen) zal ik bespreken onder 'overige'. Ik zal deze bespreking van de uitspraken bij moord en doodslag eindigen met een bespreking van de omstandigheden die in alle gevallen van doodslag relevant zijn in het kader van de uiterlijke verschijningsvorm.

3.1.1 HIV I-arrest[61]

3.1.1.1 Jurisprudentie

HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003/552, m.nt. Buruma (*HIV I*)

De (meerderjarige) verdachte had onbeschermde anale seks gehad met het 16-jarige slachtoffer. De verdachte was hierbij de 'ontvangende partij'. De verdachte was enkele maanden voorafgaand aan het seksuele contact met het slachtoffer begonnen met hivremmers en wist dus dat hij met hiv geïnfecteerd was. Volgens de op de terechtzitting gehoorde deskundige had het slachtoffer door het seksuele contact met de verdachte met hiv besmet kunnen raken. De kans daarop was groter geweest nu het ging om

58 HR 20 februari, ECLI:NL:HR:2007:AY9659, *NJ* 2007/313.

59 Zie De Hullu 2018, p. 251.

60 Zie hierover ook Van Dijk 2017 en Kelk & De Jong 2019, p. 281-288.

61 Ik beperk me hier tot een bespreking van het *HIV I*-arrest omdat in de uitspraken *HIV II-IV* (HR 24 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8058, *NJ* 2003/555; HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR1860, *NJ* 2005/154, m.nt. D.H. de Jong en HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY9659, *NJ* 2007/313, m.nt. Buruma) niet het 'aanvaardingsvereiste' centraal staat, maar de aanmerkelijke kans. In het *Groninger HIV*-arrest (HR 27 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6362, *NJ* 2012/301) is niet het voorwaardelijk opzet, maar de causaliteit het onderwerp van discussie. De uitspraken *HIV III*, *HIV IV* en *Groninger HIV* hebben geen betrekking op doodslag, maar op zware mishandeling.

anale seks. Na feitelijke besmetting was, volgens de deskundige, na een incubatietermijn van ongeveer zes tot tien jaar een anti-hiv behandeling nodig om aids – dat in beginsel dodelijk is – te voorkomen. Maar het was volgens de deskundige nog niet duidelijk of die behandeling het optreden van aids blijvend kon voorkomen. De verdachte had verklaard dat hij 'dacht – en dat denk ik nog steeds – dat je alleen risico loopt wanneer de besmette persoon klaarkomt'. Het gerechtshof had geoordeeld dat de verdachte opzet 'in voorwaardelijke zin' had gehad op de dood van het slachtoffer. In cassatie werd geklaagd dat het bewezenverklaarde opzet niet uit de bewijsmiddelen kon worden afgeleid. De Hoge Raad zette in reactie op dit middel eerst het kader voor voorwaardelijk opzet uiteen. De betreffende overweging is opgenomen in paragraaf 2.1.1. Vervolgens besprak de Hoge Raad de vraag of de verdachte een aanmerkelijke kans op de dood in het leven had geroepen. Volgens de Hoge Raad was daarvan geen sprake. Reeds daarom kon de uitspraak van het gerechtshof niet in stand blijven. Ten overvloede besprak de Hoge Raad (*r.o.* 3.8) ook nog de vraag of,

> 'indien er in deze zaak veronderstellenderwijs van zou moeten worden uitgegaan dat bewezen is dat de verdachte met zijn gedraging de aanmerkelijke kans op de dood van het slachtoffer in het leven heeft geroepen, het oordeel van het Hof dat de verdachte zich willens en wetens aan die kans heeft blootgesteld, genoegzaam is gemotiveerd'.

Die vraag moest volgens de Hoge Raad ontkennend worden beantwoord:

> 'De enkele vaststellingen van het Hof dat de verdachte wist dat hij met het HIV-virus was besmet en blijkens zijn verklaring – waarbij het Hof kennelijk doelt op de door de verdachte in hoger beroep afgelegde verklaring – ervan op de hoogte was dat onbeschermd seksueel contact risico's meebrengt, maar desondanks het bewezenverklaarde seksuele contact is aangegaan, kunnen niet zonder meer het oordeel dragen dat de verdachte die – veronderstelde – aanmerkelijke kans ook bewust heeft aanvaard.
> Nog daargelaten dat uit de in hoger beroep door de verdachte afgelegde verklaring, gelet op hetgeen daaruit onder 3.2.5 is weergegeven, niet zonder meer kan volgen dat de verdachte ook ervan op de hoogte was dat aan een (onbeschermd) seksueel contact in de vorm waarin dat hier heeft plaatsgevonden, het risico van besmetting met het HIV-virus was verbonden, sluiten genoemde vaststellingen van het Hof immers niet de mogelijkheid uit dat de verdachte – zo al weet hebbend van dat risico – dat risico niet bewust heeft aanvaard, maar uit (grove) onachtzaamheid heeft gehandeld.'

3.1.1.2 Analyse

Het (enkele) hebben van onbeschermde anale seks, terwijl je met het hiv-virus besmet bent, levert blijkens het *HIV I*-arrest nog geen aanmerkelijke kans op de dood op. Dat er geen sprake was van een aanmerkelijke kans, maakte op zichzelf al dat voorwaardelijk opzet niet kon worden bewezen. De overweging van de Hoge Raad ten aanzien van het aanvaardingsvereiste was dan ook ten overvloede en veronderstellenderwijs. Dat maakt het moeilijk om aan die overweging conclusies te verbinden. Mogelijk ging de Hoge Raad er op in

omdat hij wilde benadrukken dat bewustheid van de aanmerkelijke kans (weten) – en vervolgens toch doen – op zichzelf nog niet betekent dat de verdachte de aanmerkelijke kans ook heeft *aanvaard* (willen).[62] Weten en toch doen is nog geen willen, zo lijkt de boodschap. Hierop moet echter een nuancering worden aangebracht. De Hoge Raad overwoog immers:

> '[U]it de enkele omstandigheid dat die wetenschap bij de verdachte aanwezig is dan wel bij hem moet worden verondersteld, kan *niet zonder meer volgen* [cursivering: SA] dat hij de aanmerkelijke kans op het gevolg ook bewust heeft aanvaard (…).'

De woorden 'niet zonder meer' impliceren dat er gevallen kunnen zijn waarin het wel degelijk mogelijk is dat 'weten en toch doen' voldoende is om aan te nemen dat de verdachte de gevolgen heeft aanvaard.[63] In paragraaf 3.7 zal nog blijken dat de redenering 'weten en toch doen is nog geen willen' vooral betekenis heeft in gevallen waarin de verdachte een 'alledaagse' gedraging verricht, zoals het hebben van seks of het deelnemen aan het verkeer.

3.1.1.3 Bevindingen

Uit het *HIV I*-arrest kan worden afgeleid dat 'weten en toch doen' (bij 'alledaagse' gedragingen, zoals het hebben van seks) niet *zonder meer* voldoende is om aan te nemen dat de verdachte bepaalde gevolgen ook heeft aanvaard.

3.1.2 Steek- en schietincidenten

Bij steek- en schietincidenten kan grofweg onderscheid worden gemaakt tussen twee verweren die door de verdachte worden aangevoerd. Het eerste verweer komt er op neer dat het wapen 'per ongeluk' was afgegaan. De verdachte had in deze uitspraken misschien een 'gevaarlijke' gedraging verricht door met een wapen te gaan zwaaien, maar hij had daarbij niet de aanmerkelijke kans *aanvaard* dat er ook iemand geraakt zou worden en zou komen te overlijden,

---

62 Vgl. de noot van Buruma bij het arrest; F. de Jong 2009, p. 348 ('De Hoge Raad eist in deze uitspraken dat in de bewijsmotivering van het opzet niet volledig wordt geabstraheerd van de psychische aspecten van het opzet, en dan in het bijzonder niet van het wilsaspect'); De Hullu 2018, p. 240.

63 In deze uitspraak kon overigens ook worden betwist dat wel sprake was van 'weten'. Gelet op de verklaring van de verdachte ('Ik dacht – en dat denk ik nog steeds – dat je alleen risico loopt wanneer de besmette persoon klaarkomt'*) – die door het gerechtshof als bewijs was gebruikt – kon worden betwijfeld of aan het bewustheidsvereiste was voldaan. De Hoge Raad wees hier ook op ('Nog daargelaten dat uit de in hoger beroep door de verdachte afgelegde verklaring (…) niet zonder meer kan volgen dat de verdachte ook ervan op de hoogte was (…)').
* Dit kan zo worden opgevat dat de verdachte dacht dat het slachtoffer geen risico liep omdat de verdachte de 'ontvangende partij' was, niet het slachtoffer.

zo wordt kort gezegd gesteld. Deze uitspraken draaien daarmee in de kern om de afbakening tussen (bewuste) schuld en (voorwaardelijk) opzet.

In een aantal andere uitspraken werd niet betwist dat de verdachte het wapen bewust had ingezet, maar werd gesteld dat de verdachte het slachtoffer niet wilde doden, maar slechts wilde verwonden of bang maken. Hier wordt dus een alternatief scenario geschetst ten aanzien van het opzet. Zoals in paragraaf 2.1.1 al aan de orde kwam, wordt in reactie op beide verweren de *HIV I*-formule gebruikt. Ik bespreek de twee categorieën uitspraken hier afzonderlijk, om er zo achter te komen of het voor de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm uitmaakt welk verweer is gevoerd.

3.1.2.1 Afbakening (bewuste) schuld en (voorwaardelijk) opzet

Jurisprudentie

HR 24 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1498, *NJ* 2004/375, m.nt. Mevis (*Drugsroof*)

De verdachte was naar eigen zeggen door Van S. en R. in Spijkenisse beroofd van drugs en geld. Hij was daarop naar huis gegaan om een pistool te halen en was vervolgens met dat pistool teruggegaan naar Spijkenisse. Al onderweg was hij Van S. tegengekomen. De verdachte was voor de fiets van Van S. gaan staan, had hem het wapen laten zien en had zijn geld en drugs teruggevraagd. Uit de reactie van Van S. had de verdachte opgemaakt dat hij die niet terug ging krijgen. De verdachte en Van S. bevonden zich op dat moment op armlengte afstand van elkaar. Er ontstond een worsteling. De verdachte had Van S. daarbij op het hoofd geslagen met het pistool, dat (daardoor) was afgegaan. De verdachte had het pistool op dat moment in zijn rechterhand bij de kolf vast. Van S. had het pistool niet aangeraakt. Van. S. werd in zijn hals geraakt. De verdachte verklaarde later dat het pistool van iemand anders was en dat hij niet had geweten dat het doorgeladen was. Het gerechtshof was van oordeel

> 'dat deze gang van zaken in redelijkheid geen andere gevolgtrekking toelaat dan dat verdachte (…) welbewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat het pistool – waarvan hij niet wist of het geladen en, zo ja, of het doorgeladen was – zou afgaan en het slachtoffer zodoende dodelijk verwond zou kunnen worden. Aldus heeft verdachte gehandeld met opzet in de zin van voorwaardelijk opzet'.

De Hoge Raad herhaalde in rechtsoverweging 4.6 het kader zoals dat uiteen is gezet in het *HIV I*-arrest. Vervolgens overwoog de Hoge Raad:

> '4.7 In de hiervoor onder 4.4 weergegeven overweging ligt als oordeel van het Hof besloten dat onder de gegeven omstandigheden de kans dat het klaarblijkelijk doorgeladen pistool zou afgaan en daarmee de kans dat het slachtoffer zou komen te overlijden, beide als gevolg van het gedrag van de verdachte, naar algemene ervaringsregelen aanmerkelijk zijn te achten.
> Daarnaast heeft het Hof klaarblijkelijk geoordeeld dat, in aanmerking genomen de aard van de agressieve gedragingen van de verdachte en de omstandigheden waaronder deze zijn begaan, deze gedragingen kunnen worden aangemerkt als zozeer gericht op het mogelijke gevolg – de dood van het slachtoffer – dat het niet

> anders kan zijn dan dat de verdachte bewust de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard.
> Deze oordelen geven in het licht van hetgeen hiervoor onder 4.6 is overwogen geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn evenmin onbegrijpelijk, gelet op de specifieke omstandigheden van het geval zoals die door het hof zijn vastgesteld, te weten dat de verdachte welbewust een pistool, dat doorgeladen bleek te zijn, meermalen als slagwapen heeft aangewend door daarmee tegen, onderscheidenlijk van zeer korte afstand in de richting van het hoofd van het slachtoffer te slaan, zulks terwijl hij dat pistool bij de kolf in de hand – en dus kennelijk met de vingers van die hand in de nabijheid van de trekker – vasthield met de loop van dat wapen gekeerd in de richting van het hoofd van het slachtoffer zonder dat hij zich er voordien van had vergewist of het een (door)geladen pistool betrof.'

HR 8 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5982, *NJ* 2008/233 (*Kraakpand*)

De verdachte was naar een feest gegaan in een kraakpand in Beek. In dat pand woonde ook I., zijn ex. Zij had met de verdachte gebeld om hem te vragen om weg te gaan voordat zij thuis zou komen, maar dat had de verdachte niet gedaan. Nadat I. was thuisgekomen, kwam het een aantal keer tot een confrontatie tussen I. en de verdachte. De laatste confrontatie had plaatsgevonden in de feestruimte, waar I. de verdachte was aangevlogen. De verdachte had I. in reactie daarop geduwd, waardoor zij was gevallen. Ook had hij haar geslagen en geschopt. Vervolgens was de verdachte – omdat hij zich bedreigd had gevoeld door de overige aanwezigen – met een opengeklapt zakmes richting de tuindeuren gelopen. Het zakmes had hij daarbij gericht gehouden tegen de groep. Samen met A. was hij van het kraakpand weggelopen. De verdachte had het mes toen nog in zijn hand, maar wel anders vastgepakt, namelijk met het lemmet aan de pinkzijde. Hij verklaarde daarover later dat dit veiliger was en dat je zo niemand kon verwonden. K. was achter de verdachte aangekomen en zij waren in een gevecht geraakt. De verdachte was daarbij gevallen en K. was op hem komen zitten en had hem geslagen en gestompt. A. was er nog steeds bij, maar was niet tussenbeide gekomen. De verdachte had tijdens het gevecht, met zijn mes in zijn hand, K. een diepe steekwond in de rug toegebracht. In cassatie werd geklaagd dat het bewezenverklaarde voorwaardelijk opzet niet uit de gebezigde bewijsmiddelen kon worden afgeleid. Nadat de Hoge Raad de *HIV I*-formule (verkort) had aangehaald (*r.o.* 4.3), overwoog de Hoge Raad:

> '4.4 Het Hof heeft kennelijk geoordeeld dat de verdachte door het met het mes toebrengen van een diepe steekwond in de rug van K. zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat hij het slachtoffer van het leven zou beroven. Tegen de achtergrond van 's Hofs vaststellingen – zoals vervat in de hiervoor onder 3 weergegeven bewijsmiddelen en de overwegingen ten aanzien van de bewezenverklaring – geeft dat oordeel niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het ook niet onbegrijpelijk, in aanmerking genomen dat het Hof onder meer heeft vastgesteld dat de verdachte, die zich in het nauw gedreven voelde en wilde dat K. van hem afging, zich ervan bewust moet zijn geweest dat hij ten tijde van het gevecht met K. het opengeklapte mes in zijn hand had en daarmee, zoals hij kort na het gebeuren toen de herinneringen nog vers waren tegenover de politie heeft verklaard, K. – klaarblijkelijk met kracht – heeft gestoken onder in zijn rug. Aan de begrijpelijkheid van dit oordeel kan niet afdoen het mede

> tot het bewijs gebezigde onderdeel van de verklaring van de verdachte ter terechtzitting in hoger beroep dat hij pas in het bushokje besefte dat hij K. had gestoken. Die enkele verklaring – waarmee, naar het Hof kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft aangenomen, de verdachte tot uitdrukking heeft gebracht dat hij pas achteraf ten volle begreep wat hij had gedaan – sluit immers in de gegeven omstandigheden niet uit dat de verdachte voordien, op het moment dat hij K. met kracht een diepe steekwond in de rug toebracht, zich van dat steken bewust is geweest en de mogelijk fatale gevolgen daarvan bewust heeft aanvaard.'

HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3349, *NJ* 2016/59, m.nt. Keijzer (*Betalingsruzie*)

Z. had aangebeld bij het huis van de verdachte. Het zoontje van de verdachte had opengedaan en zijn vader gezegd dat Z. voor de deur stond. De verdachte was daarop naar de slaapkamer gegaan en had daar zijn vuurwapen en een magazijn gepakt. Voordat hij naar de voordeur was gelopen, had hij het wapen doorgeladen en achter zijn broeksband gestoken. Bij de voordeur hadden Z. en de verdachte een gesprek over een betaling, dat escaleerde. De verdachte had in hoger beroep verklaard dat hij zijn wapen had gepakt, daarbij dacht 'ik moet sneller zijn', en zijn wapen 'instinctief' had doorgeladen en op Z. had gericht. Z. had het wapen vervolgens afgepakt en er een ruk aangegeven. Daarop was een worsteling ontstaan. Tijdens de worsteling werd opnieuw een ruk aan het wapen gegeven, dat daardoor afging. De vinger van de verdachte had, volgens zijn eigen verklaring, de hele tijd bij de trekker gezeten. De Hoge Raad overwoog:

> '2.3 Het oordeel van het Hof dat de gedragingen van de verdachte tezamen naar hun uiterlijke verschijningsvorm kunnen worden aangemerkt als zozeer te zijn gericht op het neerschieten van Z., dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het overlijden van Z. heeft aanvaard, is niet onbegrijpelijk. Daarbij heeft de Hoge Raad gelet op de specifieke omstandigheden van het geval zoals die door het Hof zijn vastgesteld, te weten het laden van het pistool met scherpe munitie, het bij zich steken van dat pistool, het pakken, doorladen en in het bijzonder het tijdens de worsteling met Z. – kennelijk met de vinger aan de trekker – op diens buik richten en gericht houden van dat pistool. De bewezenverklaring is derhalve toereikend gemotiveerd.'

HR 19 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:691, *NJ* 2016/258, m.nt. Keijzer (*In het mes gelopen*)

De verdachte was op straat met het slachtoffer, S., in gevecht geraakt. Nadat S. dreigend een fiets boven zijn hoofd had gehouden en naar de verdachte had gegooid, had de verdachte zijn mes uit zijn rugzak gehaald en dat voor zich gehouden. Volgens de verdachte was S. vervolgens op hem afgerend en had hij de verdachte meerdere malen naar zich toe getrokken. Zo was S. in het mes gelopen, waardoor hij (fatale) steekwonden in zijn buik had opgelopen. Het gerechtshof was van oordeel dat deze gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm konden worden aangemerkt als zijnde zo zeer gericht op de dood van S. dat het niet anders kon zijn dan dat het opzet van verdachte op de dood van S. gericht was geweest. De Hoge Raad casseerde:

> '2.3 Het Hof heeft geoordeeld dat "de handelingen die de verdachte naar eigen zeggen (…) met dat mes in de hand heeft uitgevoerd (…) naar hun uiterlijke verschijningsvorm [kunnen] worden aangemerkt als zijnde zo zeer gericht op de dood van S. dat het niet anders kan zijn dan dat het opzet van de verdachte op de dood van S. gericht is geweest". In aanmerking genomen dat de bewijsvoering met betrekking tot het steken in de buik niet meer inhoudt dan dat – kort gezegd – S. in het mes is gelopen dat de verdachte voor zich hield op het moment dat S. op de verdachte afrende en S. hem meermalen naar zich toe trok, is het oordeel van het Hof in zoverre niet zonder meer begrijpelijk. De bewezenverklaring is dan ook niet toereikend gemotiveerd.'

HR 13 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2060, *NJ* 2016/421 (*Veiligheidspal*)

Op verzoek van het slachtoffer had de verdachte een vuurwapen uit de kast gehaald om dat aan hem te laten zien. In het magazijn van het wapen zat munitie, maar de verdachte dacht dat het wapen op 'veilig' stond, zodat het niet zou kunnen afgaan. Het wapen was echter plotseling toch afgegaan. De verdachte had het wapen de hele tijd vastgehouden. Het gerechtshof had geoordeeld dat

> 'uit de uiterlijke verschijningsvorm van de handelingen van de verdachte blijkt dat hij willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat het slachtoffer door een kogel gewond zou raken en als gevolg daarvan zou komen te overlijden'.

Daartoe had het gerechtshof onder meer overwogen:

> 'Het is een feit van algemene bekendheid dat het afschieten van een kogel op korte afstand op een persoon uit een met scherpe munitie geladen pistool de dood van het slachtoffer tot gevolg kan hebben.
> Het hof acht het dan ook uitgesloten dat de verdachte zich niet bewust was van de risico's van het onveilig hanteren van het vuurwapen op het moment dat hij het vuurwapen pakte en aan het slachtoffer liet zien. Desondanks heeft de verdachte een vuurwapen uit een kast gepakt, dit meegenomen naar de zithoek, op korte afstand van het slachtoffer de loop in de richting van het bovenlichaam van het slachtoffer gehouden en het wapen op een zodanige wijze vastgepakt dat daarbij de trekker kon worden overgehaald. Daarbij heeft de verdachte zich er niet van vergewist of de veiligheidspal daadwerkelijk op "veilig" stond, en of er geen scherpe patroon in de loop van het vuurwapen aanwezig was.'

Het oordeel van het gerechtshof kon niet in stand blijven. De Hoge Raad herhaalde (*r.o.* 2.3) (verkort) de overwegingen uit het *HIV I*-arrest en oordeelde vervolgens:

> '2.4 Het Hof heeft geoordeeld dat uit de uiterlijke verschijningsvorm van de handelingen van de verdachte blijkt dat de verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat [slachtoffer] door een kogel gewond zou raken en als gevolg daarvan zou komen te overlijden. Dat oordeel is gelet op de onder 2.2.3 weergegeven vaststellingen niet zonder meer begrijpelijk, mede in aanmerking genomen dat bewijsmiddel 10 inhoudt dat de verdachte het vuurwapen op verzoek van [slachtoffer] heeft getoond en dat het vuurwapen bij het tonen opeens afging.'

Analyse
In deze uitspraken was, kort gezegd, steeds het verweer dat het wapen per ongeluk was afgegaan. In de kern komt dit verweer er op neer dat de verdachte zich misschien onvoorzichtig had gedragen, maar dat hij niet had *aanvaard* dat het slachtoffer als gevolg daarvan kwam te overlijden. In twee zaken was dit verweer succesvol (*In het mes gelopen*, *Veiligheidspal*), in drie andere zaken (*Drugsroof*, *Kraakpand*, *Betalingsruzie*) niet. Een aantal omstandigheden lijkt daarvoor bepalend.

In alle zaken had de verdachte het wapen in de hand. Dat wapen was bovendien geladen (schietwapen) of opengeklapt (mes). In de uitspraken *Drugsroof* en *Betalingsruzie* woog de Hoge Raad mee dat de vinger van de verdachte zich in de buurt van de trekker bevond. In beide zaken had het gerechtshof dit niet (zo expliciet) meegewogen. Dat de Hoge Raad deze omstandigheid noemde in aanvulling op de omstandigheden die door het gerechtshof zijn genoemd, duidt er op dat deze omstandigheid (bijzonder) relevant is. Met deze omstandigheid lijkt tot uitdrukking te worden gebracht dat de verdachte het wapen 'in de aanslag' had. De verdachte had het wapen zo vast dat het ingezet kon worden/makkelijk af kon gaan.

Ook als de verdachte niet wist dat het wapen doorgeladen was, zo blijkt uit de *Drugsroof*-uitspraak, kan de omstandigheid dat het wapen was doorgeladen bijdragen aan het oordeel dat de verdachte het dodelijke gevolg had aanvaard. Dit geldt althans in gevallen waarin de verdachte zich er niet van heeft vergewist of het wapen wel of niet doorgeladen was ('zonder dat hij zich er voordien van had vergewist of het een (door)geladen pistool betrof'). Er lijkt daardoor een bepaalde zorgplicht te bestaan voor iemand die met een vuurwapen rondloopt. Als de verdachte – in lijn met deze zorgplicht – maatregelen heeft genomen om het gevolg te voorkomen dan kan niet worden aangenomen dat de verdachte het dodelijke gevolg ook heeft aanvaard. Dat geldt zelfs als de verdachte alleen maar in de veronderstelling verkeerde dat hij dat had gedaan. Dit kan worden afgeleid uit de *Veiligheidspal*-uitspraak.[64]

Andere overeenkomsten tussen de uitspraken waarin het oordeel dat sprake was van voorwaardelijk opzet in stand werd gelaten, zijn dat de verdachte en het slachtoffer zich op korte afstand van elkaar bevonden en dat het wapen

64 Vgl. de noot van Mevis bij HR 24 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1498, *NJ* 2004/375 (*Drugsroof*), waarin hij stelt: 'Onverschilligheid ten aanzien van het al of niet geladen zijn van een pistool (waarin nu eenmaal nogal eens kogels zitten) waarmee men gaat slaan terwijl men het bij de kolf vast heeft (met de vingers dicht bij de trekker), duidt erop dat men niet wil weten of het geladen is en dat men dus (ook) de gevolgen accepteert als het wel geladen blijkt te zijn, terwijl men zich er wel van bewust is dat een pistool geladen kan zijn. Was er ook maar de geringste aanwijzing geweest dat de verdachte zich daar wel om had bekommerd ("ik wierp er een blik op en meende dat het ongeladen was", "ik heb het heel snel gecontroleerd, maar kennelijk niet goed gekeken" en misschien ook wel: "ik was zo opgefokt dat ik er niet aan heb gedacht om te controleren of het pistool geladen was, anders had ik dat vast gedaan en dan had ik niet met een doorgeladen pistool geslagen") dan was het bewijs van het voorwaardelijk opzet waarschijnlijk niet mogelijk geweest.'

werd gericht op het slachtoffer. In de *Drugsroof*-uitspraak voegde de Hoge Raad aan de door het gerechtshof genoemde omstandigheden toe dat de verdachte de loop van het wapen in de richting van het hoofd van het slachtoffer hield. Bij de *Betalingsruzie*-uitspraak had de verdachte het wapen niet alleen op de buik van het slachtoffer gericht, maar ook 'gericht gehouden'. Zowel het hoofd als de buik zijn vitale lichaamsdelen.[65] Het lichaamsdeel waarop de verdachte het wapen richt lijkt dus van belang. Ik kom hierop in de paragrafen 3.2.1, 3.2.2 en 3.7.3 nog terug.

Onduidelijk is of ook wanneer het slachtoffer in de rug wordt gestoken, sprake is van voorwaardelijk opzet op *levensberoving*. In de *Kraakpand*-uitspraak had de verdachte het slachtoffer in de rug gestoken. Dat daar werd aangenomen dat sprake was van voorwaardelijk opzet, zou kunnen betekenen dat het steken in de rug – in ieder geval onder omstandigheden – een gedraging is die naar uiterlijke verschijningsvorm zozeer is gericht op levensberoving, dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op dat gevolg heeft aanvaard. De uitspraak *In het mes gelopen* lijkt evenwel een andere richting op te wijzen. In die uitspraak was het slachtoffer niet alleen zelf op het mes afgerend, de verdachte had het slachtoffer vervolgens ook in de rug gestoken. De verdachte had dit bekend, het steken in de rug was in de bewezenverklaring opgenomen en het gerechtshof had deze omstandigheid ook betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm:

> 'Volgens de verdachte rende het slachtoffer daarna op hem af en trok hij de verdachte meermalen naar zich toe. Aldus is het slachtoffer in het mes gelopen, waardoor hij (fatale) steekverwondingen in de buik heeft opgelopen. Toen de verdachte voor de tweede keer werd vastgehouden door het slachtoffer, heeft de verdachte hem vervolgens met het mes in zijn rug gestoken.
> De handelingen die de verdachte naar eigen zeggen na het pakken van het mes met dat mes in de hand heeft uitgevoerd, kunnen naar het oordeel van het hof naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zijnde zo zeer gericht op de dood van S. dat het niet anders kan zijn dan dat het opzet van de verdachte op de dood van S. gericht is geweest, waaraan niet kan afdoen hetgeen door de raadsman in dit verband naar voren is gebracht.'

De Hoge Raad overwoog evenwel dat het oordeel van het gerechtshof niet zonder meer begrijpelijk was:

> '[I]n aanmerking genomen dat de bewijsvoering *met betrekking tot het steken in de buik* [cursivering: SA] niet meer inhoudt dan dat – kort gezegd – S. in het mes is gelopen dat de verdachte voor zich hield op het moment dat S. op de verdachte afrende en S. hem meermalen naar zich toe trok.'

---

65 Zie de uitspraken HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9985 (*Huiselijk geweld*) en HR 27 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:453, *NJ* 2019/192, m.nt. Wolswijk (*Gebalde vuist*). Beide arresten worden besproken in par. 3.2.2.

Moet hieruit worden afgeleid dat voor het opzet op levensberoving het steken in de rug niet relevant was? Waarom zou de Hoge Raad deze omstandigheid anders buiten beschouwing laten? Dat zou betekenen dat iemand in de rug steken niet zonder meer voldoende is om voorwaardelijk opzet op levensberoving aan te nemen. Blijkbaar moeten er aanvullende omstandigheden aanwezig zijn. Die waren er in de *Kraakpand*-uitspraak. De verdachte had 'met kracht' gestoken en er was sprake van een 'diepe steekwond'. In de uitspraak *In het mes gelopen* had het gerechtshof slechts de buikwonden als 'fataal' aangemerkt. Mogelijk speelt ook de aard van het wapen nog mee. In de uitspraak *In het mes gelopen* had het gerechtshof niet vastgesteld wat voor mes de verdachte bij zich had. Keijzer wijst er in zijn noot bij het arrest op dat het ging om een dolkmes. Een omstandigheid die zijns inziens had kunnen bijdragen aan het oordeel dat de gedraging van de verdachte was gericht op de dood van het slachtoffer. Of iemand in de rug schieten (met een vuurwapen) (altijd) een gedraging is die zozeer is gericht op de dood dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte dit gevolg heeft aanvaard, kan uit de jurisprudentie niet worden afgeleid, nu uitspraken daarover ontbreken.

Een volgende overeenkomst tussen de drie uitspraken waarin het oordeel van het gerechtshof dat sprake was van voorwaardelijk opzet in stand kon blijven, is dat sprake was van een 'agressieve' situatie: de verdachte en het slachtoffer hadden ruzie en raakten in een worsteling. Dit is een verschil met het *Veiligheidspal*-arrest. In die zaak had de verdachte zijn wapen alleen maar laten zien aan het slachtoffer. Ik begrijp de overweging van de Hoge Raad dat de verdachte het wapen 'op verzoek van het slachtoffer' liet zien zo, dat daaruit blijkt dat het niet ging om een situatie waarin het wapen op een bedreigende manier werd getoond of ingezet.

In de uitspraak *In het mes gelopen* was sprake van een agressieve situatie. Toch werd gecasseerd. Het verschil met de andere uitspraken is dat de verdachte – althans als naar de door het gerechtshof genoemde omstandigheden wordt gekeken – niet zelf op het slachtoffer was afgelopen en – anders dan de verdachte in de uitspraak *Kraakpand* – geen stekende bewegingen had gemaakt. Het slachtoffer was zelf op het mes in gelopen en had daarbij de verdachte meerdere malen naar zich toegetrokken. Ook de mate waarin de verdachte zelf zich agressief gedraagt is dus relevant voor de uiterlijke verschijningsvorm.

Bevindingen

Uit de uitspraken *Drugsroof*, *Kraakpand*, *Betalingsruzie*, *In het mes gelopen* en *Veiligheidspal* leid ik af dat de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm zozeer is gericht op levensberoving dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte dat gevolg heeft aanvaard:

- De verdachte heeft het wapen in de aanslag (wapen is gebruiksklaar, verdachte heeft het zo vast dat het af kan gaan);
- De verdachte heeft geen maatregelen genomen om te voorkomen dat het wapen afgaat (zoals controleren of het niet geladen is of de veiligheidspal erop zetten);
- Het wapen wordt (vanaf een korte afstand) gericht op bepaalde lichaamsdelen (hoofd, buik);
- De aard van het wapen;
- Er is sprake van een agressieve situatie, waarin ook de verdachte zich agressief gedraagt.

3.1.2.2 Alternatief scenario

Jurisprudentie

HR 16 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2368, *NJ* 2007/120 (*Vleesmes*)

De verdachte en Van der P. hadden al enige tijd ruzie. Op de dag van het voorval hadden ze al meerdere malen contact met elkaar gehad. Op enig moment had Van der P. een klap gegeven tegen het woonkamerraam van de woning waar de verdachte zich – als gast – op dat moment bevond. De verdachte was daarop naar de keuken gelopen, had daar twee vleesmessen en een aanzetstaal gepakt en was daar vervolgens mee naar buiten gestapt. Na een woordenwisseling had de verdachte zich omgedraaid in de richting van de voordeur. Op dat moment werd hij door Van der P. van achteren met de linkerarm rond zijn keel vastgepakt. De verdachte had daarop naar achter gestoken met het mes. Volgens het gerechtshof had de verdachte op dat moment

> 'achterwaarts een stekende beweging in de richting van het onderlichaam van het slachtoffer [gemaakt] waardoor deze dodelijk [werd] verwond'.

De raadsman van de verdachte had in hoger beroep vrij uitvoerig bepleit dat er geen sprake kon zijn van voorwaardelijk opzet. De raadsman had onder andere gesteld:

> 'De gedraging "één keer in het been steken" is naar de uiterlijke verschijningsvorm niet zo zeer gericht op het doden van de persoon, dat daarmee buiten kijf komt komen te staan dat [verdachte] het gevolg heeft aanvaard.'

In cassatie werd geklaagd dat het betoog dat geen sprake was van voorwaardelijk opzet ten onrechte dan wel onvoldoende gemotiveerd was verworpen. De Hoge Raad casseerde. Naar het oordeel van de Hoge Raad was sprake van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt. Het gerechtshof was daarvan afgeweken, maar had in strijd met artikel 359, tweede lid, Sv niet in het bijzonder de redenen opgegeven die daartoe hebben geleid.

HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5260, *NJ* 2012/131 (*Dakkapel*)

De verdachte had een oplopend conflict met H. over een kilo hasj. Op de bewuste avond was de verdachte met, in een tas, een vuurwapen en munitie op de scooter naar de woning van H. gegaan. Daar had hij het wapen uit de tas gehaald en doorgeladen.

Nadat H. en G. (de vriendin van H.) door het raam van de slaapkamer op de eerste verdieping uit het raam naar buiten hadden gekeken, had de verdachte vanaf een korte afstand zes keer in de richting van H. en G geschoten. In de muur van de voorgevel onder de dakkapel werden twee kogelinslagen vastgesteld en er waren vier kogelgaten in de ruit van het middelste raam van de dakkapel aangetroffen. Deze laatste vier kogels waren door de ruit gegaan. In cassatie waren twee middelen ingediend tegen het oordeel van het gerechtshof dat sprake was van voorwaardelijk opzet op de dood van H. en G. Het eerste middel richtte zich tegen de vaststelling dat sprake was van een aanmerkelijke kans. In het tweede middel werd gesteld dat de verdachte bewust had misgeschoten, waardoor geen sprake kon zijn bewuste aanvaarding. Volgens AG Knigge miste het middel op een aantal punten feitelijke grondslag. Verder overwoog hij (conclusie, onder 5.3):

> 'Het verweer dat verdachte bewust mis heeft geschoten en dat daarom van voorwaardelijk opzet geen sprake kan zijn, vindt zijn weerlegging in de overwegingen van het Hof. Uit in het bijzonder de vaststelling dat verdachte geen geoefend schutter is, heeft het Hof kunnen afleiden dat hij bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de door hem afgevuurde kogels een andere baan zouden beschrijven dan hij beoogde (hetgeen zich blijkens de inslagen onder het rechterraam ook heeft gerealiseerd). Daaraan doet niet af dat het Hof niet heeft vastgesteld met welk (type) wapen is geschoten, zoals in de toelichting wordt aangevoerd.'

Volgens de AG kon het middel worden afgedaan met toepassing van artikel 81 RO. De Hoge Raad ging in zijn uitspraak op het aanvaardingsvereiste niet in. De Hoge Raad beperkte zich tot een oordeel over de aanmerkelijke kans: het oordeel van het gerechtshof dat daarvan sprake was getuigde niet van een onjuiste rechtsopvatting en was evenmin onbegrijpelijk.

HR 17 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3081 (*Vol café*)

De verdachte had vanaf buiten op een vol café geschoten. De deur van het café was op dat moment gesloten en de ramen waren geblindeerd. De verdachte had onder andere gesteld dat hij bewust op het plafond had geschoten, omdat hij 'slechts mensen bang wilde maken'. De verdachte was een geoefend schutter; hij had in Turkije op de politieacademie gezeten en had een schietcursus gevolgd. Het gerechtshof had overwogen:

> 'Het hof leidt uit het proces-verbaal van bevindingen (dossier doorgenummerd blz. 132 e.v.) en de daarbij behorende foto's (blz. 130-178) in het dossier af dat zich aan de voorzijde van het café de (glazen) toegangsdeur en rechts daarvan een groot raam bevindt. Via die toegangsdeur komt men in een langwerpige hal terecht, met direct tegenover die toegangsdeur een tweede (grotendeels glazen) deur (hierna te noemen: tweede deur) die toegang geeft tot het café. Het café zelf is een open en overzichtelijke ruimte, die door de verdachte tevoren meermalen is bezocht. Vrijwel recht tegenover de tweede deur bevindt zich een bar en voor het grote raam (rechts naast de toegangsdeur) staat een langwerpige tafel. Op die tafel stonden – na de schietpartij – nog borden met etensresten en (gevulde) glazen. Voor

> die tweede deur en voor het grote raam hingen ten tijde van de schietpartij gesloten gordijnen.
> De verdachte wist, zo heeft hij ter terechtzitting in hoger beroep herhaald, dat ten tijde van zijn schieten personen in het café aanwezig waren. Niettemin heeft hij, terwijl hem door die gesloten gordijnen ieder zicht op hetgeen zich op dat moment in het café afspeelde was ontnomen en hij zonder zich ervan te vergewissen of die personen zich in veiligheid hadden gebracht danwel hij anderszins wetenschap had van de positie van elk van die personen in die ruimte, van dichtbij op die glazen voordeur en op dat grote raam in twee salvo's in totaal 14 kogels afgevuurd. Die kogels zijn het café binnengedrongen op een hoogte van ongeveer 1.70 meter (blz. 3 e.v.).
> Het voorgaande, gevoegd hij het feit dat afgevuurde kogels hij uitstek geschikt zijn om dodelijk letsel te veroorzaken, voert tot de slotsom dat de verdachte door aldus te handelen de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat die kogels één of meer van de in het café aanwezige personen dodelijk zouden treffen.'

AG Machielse concludeerde (conclusie, onder 4.6):

> 'In de hiervoor onder 4.3 weergegeven overwegingen ligt als oordeel van het hof besloten dat verdachte door aldus te handelen bewust de aanmerkelijke kans in het leven heeft geroepen dat de kogels in het café aanwezige personen dodelijk zouden treffen. Gezien de uiterlijke verschijningsvorm van verdachtes gedragingen en de omstandigheden waaronder die zijn verricht, zoals het hof die heeft vastgesteld, geeft dit oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het evenmin onbegrijpelijk.'

De Hoge Raad deed het middel af met toepassing van artikel 81 RO.

HR 30 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:973, *NJ* 2017/250 (*Stiefvader*)

Slachtoffer 1 en slachtoffer 2 hadden aangebeld bij de woning van de verdachte. De verdachte had de deur geopend en slachtoffer 2 binnengelaten. Ook slachtoffer 1 was de woning binnengestapt. Slachtoffer 2 wilde, goedschiks dan wel kwaadschiks, geld zien voor (druggerelateerde) werkzaamheden die hij in 2008 had verricht voor de (stief)zoon van de verdachte. De verdachte was niet van plan dat geld te betalen. De verdachte had daarom een smoes verzonnen om van de woonkamer in de computerkamer te komen, waar een vuurwapen lag. Toen de verdachte met het vuurwapen terug naar de woonkamer was gelopen, had hij dat doorgeladen en de veiligheidspal eraf gehaald. Aan het eind van de woonkamer had de verdachte zich omgedraaid, het wapen op slachtoffer 1 gericht en gezegd hij dat hij wilde dat slachtoffer 1 en 2 zijn woning zouden verlaten. Slachtoffer 1 was op verdachte afgelopen. De verdachte had toen gericht op de schouder van slachtoffer 1 geschoten. Slachtoffer 1 en 2 waren vervolgens de woning uitgerend, de centrale hal in. De verdachte was hen achterna gelopen. Vanuit de deuropening had de verdachte gezien dat slachtoffer 1 en 2 een richting uitliepen die doodliep. Toen slachtoffer 1 en 2 weer zijn richting opkwamen, had hij slachtoffer 2 gericht in zijn been geschoten.
Het eerste middel in cassatie had betrekking op het bewijs van voorwaardelijk opzet op de dood van slachtoffer 2 (ten aanzien van slachtoffer 1 werd een beroep op nood-

weer gedaan[66]). Het gerechtshof had ten aanzien van het voorwaardelijk opzet overwogen:

> 'Het hof is van oordeel dat de verdachte door gericht laag te schieten op X. waarbij deze in het been is geraakt, in de beperkte ruimte van de centrale hal van het flatgebouw, terwijl de verdachte bovendien nooit eerder met een vuurwapen heeft geschoten en dus geen ervaren schutter was, door aldus te handelen wel degelijk willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat vitale lichaamsdelen van X. zouden worden geraakt en dat X. hierdoor zou komen te overlijden en was aldus het opzet van de verdachte voorwaardelijk op dat gevolg gericht en niet slechts op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel.'

De Hoge Raad herhaalde (*r.o.* 3.4) de *HIV I*-formule en overwoog vervolgens:

> '3.5 Het Hof heeft geoordeeld dat – kort gezegd – door het van dichtbij door de verdachte, als ongeoefend schutter, schieten op [slachtoffer 2] sprake was van een aanmerkelijke kans dat vitale lichaamsdelen van [slachtoffer 2] zouden worden geraakt waardoor [slachtoffer 2] zou komen te overlijden. Het in de overwegingen van het Hof besloten liggende oordeel dat de gedragingen van de verdachte naar hun uiterlijke verschijningsvorm kunnen worden aangemerkt als zo zeer gericht op de dood van [slachtoffer 2] dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte die aanmerkelijke kans ook bewust heeft aanvaard, zodat het in het middel bedoelde verweer dient te worden verworpen, is evenwel niet zonder meer begrijpelijk. Daarbij neemt de Hoge Raad in aanmerking dat de verdachte blijkens bewijsmiddel 2 heeft verklaard "ik heb toen eenmaal geschoten, ik schoot laag" en dat het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte "gericht laag" heeft geschoten op X.'

HR 30 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:117 (*Doorzeefde auto*)

De verdachte had vanaf een afstand van ongeveer 20 tot 25 meter ten minste drie keer op een auto geschoten, waarbij die auto ook driemaal was geraakt. Drie personen (slachtoffer 1, 2 en 3) zaten op dat moment in de auto, waaronder de persoon om wie het de verdachte 'te doen was' (slachtoffer 1). Een vierde persoon (slachtoffer 4) stond naast de auto. De verdachte was door het gerechtshof veroordeeld tot een poging tot doodslag, meermalen gepleegd. In cassatie werd (onder andere) opgekomen tegen het oordeel dat de verdachte (ook) voorwaardelijk opzet had gehad op de dood van de drie personen om wie het de verdachte niet te doen was (slachtoffers 2, 3 en 4). In het middel werd in de eerste plaats gesteld dat de verdachte gericht op slachtoffer 1 had geschoten en dat de beschadigingen aan de auto uitsluitend waren gesitueerd in de omgeving van de plaats waar slachtoffer 1 zat. In de tweede plaats werd betoogd dat er slechts driemaal op de auto is geschoten, waardoor verdachte niet vier personen om het leven had kunnen brengen. De Hoge Raad herhaalde (*r.o.* 3.2) het kader uit het *HIV I*-arrest en overwoog vervolgens:

66 Zie hierover hfdst. 8, par. 5.

> '3.3 Het Hof heeft geoordeeld dat de verdachte voorwaardelijk opzet heeft gehad om [slachtoffer 1], [slachtoffer 2] , [slachtoffer 3] en [slachtoffer 4] te doden, aangezien het schieten op een auto "terwijl daar personen in zitten of zich in de directe nabijheid van de auto bevinden, (...) naar de uiterlijke verschijningsvorm zodanig [is] gericht op het doden van die personen dat de verdachte minst genomen de aanmerkelijke kans op het intreden van de dood van deze personen bewust heeft aanvaard". Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is evenmin onbegrijpelijk. Daarbij neemt de Hoge Raad in aanmerking dat het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte met een vuurwapen heeft geschoten op een auto, waarin [slachtoffer 1], [slachtoffer 2] en [slachtoffer 3] zaten, terwijl [slachtoffer 4] zich in de directe nabijheid van die auto bevond, waarbij de verdachte de auto drie keer in (de ruit van) het linker achterportier heeft geraakt. Aan het kennelijke en niet onbegrijpelijke oordeel van het Hof dat de verdachte door op die manier te schieten bewust de aanmerkelijke kans op de dood aanvaardde van ieder van de in de bewezenverklaring genoemde vier personen in of in de directe nabijheid van de auto, doet de omstandigheid dat de auto slechts door drie kogels is geraakt niet af, mede in aanmerking genomen dat het telkens gaat om een poging een van deze personen van het leven te beroven.'

Analyse

In de zojuist beschreven zaken werd aangevoerd dat de verdachte expres mis had geschoten/gestoken of expres een niet vitaal lichaamsdeel had geraakt. Gesteld werd (impliciet dan wel expliciet) dat de verdachte het slachtoffer niet van het leven had willen beroven, maar 'slechts' had willen verwonden (*Vleesmes*), had willen bedreigen (*Dakkapel*, *Vol café*) of had willen wegjagen (*Stiefvader*). In de uitspraak *Doorzeefde auto* had de verdachte wel toegegeven gericht te hebben geschoten, maar alleen op slachtoffer 1 en niet op de andere personen die zich in of bij de auto bevonden. In alle vijf de zaken was dus een alternatief scenario aangedragen ten aanzien van het opzet.

Voor de aanvaarding van dit verweer, zijn blijkens de uitspraken twee dingen van belang: (1) Of de verdachte gericht had geschoten (2) Waarop de verdachte had gericht. Ik begin met dit laatste.

Waarop had de verdachte gericht?

Ik begrijp de uitspraken zo dat op zichzelf het gericht mis schieten (dus naast het slachtoffer schieten) in de weg kan staan aan het aannemen van voorwaardelijk opzet op levensberoving. In de hier besproken uitspraken *Dakkapel*, *Vol café* en *Doorzeefde auto* was echter van een dergelijk gericht mis schieten geen sprake.

Uit de uitspraken *Stiefvader* en *Vleesmes* leid ik verder af dat, als de verdachte wel gericht op het slachtoffer heeft geschoten of op hem heeft ingestoken, relevant is op welk lichaamsdeel de verdachte heeft gericht. In de *Vleesmes*-uitspraak was door het gerechtshof vastgesteld dat de verdachte achterwaarts een stekende beweging 'in de richting van het onderlichaam' had gemaakt. In de *Stiefvader*-zaak was door het gerechtshof vastgesteld dat de verdachte ten aanzien van slachtoffer 2 'gericht laag' had geschoten. In beide uitspraken

was het slachtoffer in het been geraakt. Blijkbaar is het in de richting van het been schieten/steken niet (zonder meer) een gedraging die is gericht op *levensberoving*. In de zaak *Stiefvade*r werd ten aanzien van het andere slachtoffer (slachtoffer 1) wél voorwaardelijk opzet op de dood aangenomen. Dat slachtoffer was door de verdachte in zijn schouder/bovenlichaam geschoten.[67] Zoals in de paragrafen 3.2.1 en 3.2.2 nog aan de orde komt, wordt het bovenlichaam in de rechtspraak beschouwd als een vitaal lichaamsdeel.

Had de verdachte gericht (mis) geschoten/gestoken?
Op de omstandigheid dat de verdachte mis had geschoten of het slachtoffer in een niet-vitaal lichaamsdeel heeft geschoten/gestoken, kan blijkens de hier besproken uitspraken alleen succesvol een beroep worden gedaan als kan worden vastgesteld dat de verdachte *gericht* (mis) had geschoten/gestoken. Een aantal omstandigheden lijkt daarvoor van belang.

In alle uitspraken werd bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken waar het slachtoffer werd geraakt/waar de kogels waren ingeslagen. In de *Doorzeefde auto*-uitspraak (wel voorwaardelijk opzet op levensberoving) waren de kogels in de buurt van alle vier de slachtoffers ingeslagen.[68] Blijkbaar vormde dit een indicatie dat de verdachte niet (alleen) op slachtoffer 1 had gericht. In de *Café*-zaak waren de kogels 'op hoofdhoogte'[69] het café binnengedrongen. In de *Dakkapel*-zaak waren

> 'vier door de verdachte afgevuurde kogels op geringe afstand, maximaal 72 cm, van de plaats waar H. en G. zich bevonden door het middelste raam zijn gegaan en twee kogels tegen de muur onder het rechterraam waarvoor zij aanvankelijk stonden zijn terechtgekomen, waarvan één recht onder dit raam, en dat de hoogte van de kogelinslagen in het middelste raam van dien aard was dat de kogels vitale lichaamsdelen van de in die slaapkamer aanwezige personen hadden kunnen treffen'.[70]

Dit duidt er niet erg op dat de verdachte de slachtoffers had willen missen.

Mogelijk speelde in *Doorzeefde auto*-uitspraak mee dat de verdachte vanaf een behoorlijke afstand (20-25 meter) had geschoten en had geschoten met één hand. Beide omstandigheden maken het richten moeilijker. In de uitspra-

67 Ten aanzien van dat slachtoffer had de verdachte een beroep op noodweer gedaan. Zie nader hfdst. 8, par. 5.

68 In het cassatiemiddel werd aangevoerd dat de beschadigingen aan de auto alleen waren gesitueerd rondom slachtoffer 1 (het beoogde slachtoffer). Uit de conclusie van de AG leid ik af dat dit feitelijk onjuist is.

69 Zie de vraagstelling van het gerechtshof, de conclusie van de AG, onder 4.2, en in de overwegingen van het gerechtshof: 'op een hoogte van ongeveer 1.70 meter'.

70 Zie de overweging van het hof over het voorwaardelijk opzet, aangehaald in rechtsoverweging 2.2.2 van de uitspraak van de Hoge Raad.

ken *Stiefvader* en *Vleesmes* (wel gericht geschoten) stond de verdachte dicht(er) bij het slachtoffer.

Een andere relevante omstandigheid is het aantal keer dat de verdachte had geschoten/gestoken. In de twee uitspraken waarin het oordeel dat sprake was van voorwaardelijk opzet op levensberoving werd gecasseerd had de verdachte slechts één keer geschoten/gestoken richting een niet-vitaal lichaamsdeel. In de *Stiefvader*-uitspraak betrok de Hoge Raad deze omstandigheid expliciet in zijn overwegingen ('Daarbij neemt de Hoge Raad in aanmerking dat de verdachte blijkens bewijsmiddel 2 heeft verklaard "ik heb toen eenmaal geschoten, ik schoot laag."').

In de uitspraken waarin wel sprake was van voorwaardelijk opzet, waren meerdere kogels afgevuurd. In de *Doorzeefde auto*-uitspraak werden zes kogelinslagen aangetroffen en in de *Dakkapel*-zaak drie (en mogelijk waren er meer kogels afgevuurd). Bij de schietpartij op het *Vol café* had de verdachte zelfs veertien kogels (met een (semi-)automatisch wapen) afgevuurd.

In de uitspraken *Dakkapel* en *Vol café* werd bij het oordeel ook betrokken dat de verdachte zich wel degelijk bewust was geweest van de aanwezigheid van de slachtoffers op de plek in de richting waarvan hij schoot. In de *Dakkapel*-uitspraak had de verdachte geweten dat de slachtoffers zich bevonden in de zolderkamer waarop hij schoot ('Op enig moment heeft verdachte H. en zijn vriendin voor het rechterraam van de dakkapel zien staan.'[71]). In de uitspraak *Vol café* had het gerechtshof bij zijn overwegingen betrokken dat '[d]e verdachte wist, zo heeft hij ter terechtzitting in hoger beroep herhaald, dat ten tijde van zijn schieten personen in het café aanwezig waren'. In beide uitspraken werd bij het oordeel betrokken dat de verdachte, wetende dat de slachtoffers er waren, niet kon zien waar de slachtoffers zich precies bevonden. De gordijnen van het café waren dicht (*Vol café*)/de slachtoffers waren weggedoken (*Dakkapel*). Deze omstandigheid maakt het moeilijker om *gericht* mis te schieten.

Wat niet relevant lijkt is of de verdachte een geoefend schutter is (of juist niet).[72] AG Knigge noemde dit in zijn conclusie bij de *Dakkapel*-uitspraak als een relevante omstandigheid.[73] De Hoge Raad lijkt aan deze omstandigheid

---

71 Zie overwegingen van het gerechtshof, aangehaald in rechtsoverweging 2.2.2 van de uitspraak van de Hoge Raad.

72 Dit lijkt in het licht van mijn bevinding dat er een bepaalde zorgplicht geldt (zie par. 3.1.2.1) misschien op het eerste oog wat wonderlijk. Echter, zoals de genoemde uitspraken laten zien, is het moeilijk te zeggen wat hiervan de consequentie moet zijn. Enerzijds kan betoogd worden dat een ongeoefend schutter minder goed kan richten dan een geoefend schutter, waardoor de gedraging van een ongeoefende schutter 'per definitie' gevaarlijker is. Anderzijds kan worden betoogd dat juist een geoefend schutter beter op de hoogte is van de risico's die verbonden zijn aan het rondlopen (en gebruiken) van een wapen en hoe deze te voorkomen zijn, waardoor voor hem een verhoogde zorgplicht geldt.

73 Hij merkte op: 'Uit in het bijzonder de vaststelling dat verdachte geen geoefend schutter is, heeft het Hof kunnen afleiden dat hij bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat

(tot op heden) minder waarde te hechten. Ik leid dat af uit de *Stiefvader*-uitspraak. In die uitspraak had het gerechtshof bij zijn oordeel betrokken dat 'de verdachte nooit eerder met een vuurwapen heeft geschoten en dus geen ervaren schutter was'. De Hoge Raad ging hieraan voorbij. Belangrijker, zo blijkt uit de uitspraak, is dat de verdachte 'gericht laag' had geschoten. In de *Vol café*-uitspraak was de verdachte wél een geoefend schutter. Dat lijkt ook daar voor de uitkomst van de zaak niet uit te maken. Andere omstandigheden zijn blijkbaar belangrijker.[74]

Wat evenmin relevant is, is of het gevolg wel of niet is ingetreden. In de *Vleesmes*-uitspraak (geen gedraging gericht op levensberoving) was het slachtoffer overleden als gevolg van de steekwond in zijn been. In de uitspraken *Dakkapel* en *Doorzeefde auto* (wel een gedraging gericht op levensberoving) was niemand komen te overlijden. Dit laat zien dat de uiterlijke verschijningsvorm ook gebruikt kan worden voor het voorwaardelijk opzet in het kader van een poging (bij het bestanddeel 'voornemen'). Hierop zal nader worden ingegaan in paragraaf 3.7.8.

Bevindingen

Uit de uitspraken *Vleesmes*, *Dakkapel*, *Vol café*, *Stiefvader* en *Doorzeefde auto* leid ik af dat de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm zozeer is gericht op levensberoving dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte dat gevolg heeft aanvaard:

- Of de verdachte *gericht* mis heeft geschoten/gestoken;
- Of de verdachte *gericht* heeft geschoten/gestoken op bepaalde lichaamsdelen en zo ja, of dat lichaam een vitaal lichaamsdeel is (zie nader paragrafen 3.2.1 en 3.2.2).

Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van gericht (mis) schieten/steken, worden de volgende omstandigheden betrokken:

- Waar het slachtoffer is geraakt/waar de kogels inslaan;

---

de door hem afgevuurde kogels een andere baan zouden beschrijven dan hij beoogde (hetgeen zich blijkens de inslagen onder het rechterraam ook heeft gerealiseerd)'.

74 Vgl. HR 5 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2960. Ook in die zaak was de verdachte een geoefend schutter. Dat bleek minder relevant dan de omstandigheid dat hij zich op korte afstand van het slachtoffer bevond (10 meter), in de richting van het slachtoffer had geschoten en de inslag van de kogel zich niet meer dan 31 centimeter boven de lichaamslengte van het slachtoffer bevond. Opvallend is dat in een uitspraak over medeplegen uit 2002 meewoog – in het kader van de vraag of de verdachte ook opzet had gehad op het doden van andere personen dan het beoogde slachtoffer –dat de medeverdachte een onervaren schutter was. Zie HR 17 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE6118. Mogelijk hangt dit specifiek samen met medeplegen. Bij een gezamenlijk uitvoering heeft de verdachte nu eenmaal minder invloed heeft op het geheel, maar hij is toch aansprakelijk voor het geheel. Vgl. Knigge 2003, p. 315-320.

- De afstand tussen de verdachte en het slachtoffer (naarmate de verdachte verder weg staat wordt minder snel aangenomen dat de verdachte gericht mis heeft geschoten/gericht heeft op een bepaald (niet vitaal) lichaamsdeel);
- Het aantal keer dat het wapen is gebruikt (naarmate het wapen vaker wordt gebruikt, wordt minder snel aangenomen dat de verdachte gericht mis heeft geschoten/gericht heeft op een bepaald (niet vitaal) lichaamsdeel);
- De bewustheid van de verdachte van de aanwezigheid van de slachtoffers en de mate waarin hij kan zien waar zij zich precies bevinden.

Niet relevant lijkt te zijn of de verdachte een geoefend schutter is.

3.1.2.3 Overkoepelend over de omstandigheden bij steek- en schietincidenten
Als ik mijn bevindingen in de paragrafen 3.1.2.1 en 3.1.2.2 met elkaar vergelijk, dan concludeer ik dat welke omstandigheden worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm niet wezenlijk verschilt afhankelijk van het verweer dat wordt gevoerd. Dat is misschien ook niet zo verwonderlijk. Bij beide verweren zal immers, in de kern, de vraag moeten worden beantwoord welke (neven)gevolgen van zijn gedraging de verdachte heeft aanvaard.
Ongeacht welk verweer wordt gevoerd, is bij steek- en schietincidenten een bepalende omstandigheid of de verdachte heeft gericht en zo ja, waarop. Het gericht houden van het wapen op vitale lichaamsdelen (hoofd, buik, borst) vormt een aanwijzing dat de gedraging is gericht op levensberoving. Ook het in het wilde weg schieten kan een aanwijzing vormen dat de gedraging is gericht op levensberoving. Het welbewust richten van het wapen op niet-vitale lichaamsdelen (been) of het welbewust mis schieten is een aanwijzing dat geen sprake is van voorwaardelijk opzet op levensberoving. In paragraaf 3.1.2.2 ben ik ingegaan op de omstandigheden die worden betrokken bij de beantwoording van de vraag of de verdachte gericht heeft geschoten of gestoken.

In uitspraken waarin het verweer werd gevoerd dat het wapen per ongeluk is afgegaan, wordt nog een aantal andere omstandigheden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Het gaat onder meer om de omstandigheid dat de verdachte geen maatregelen heeft genomen om te voorkomen dat het wapen zou afgaan (zoals nagaan of het wapen geladen was of de veiligheidspal op het wapen zetten). Dit lijkt te maken te hebben met het volgende. In de uitspraken waarin de verdachte een alternatief scenario aandraagt ontkent hij niet dat het zijn bedoeling was het wapen in te zetten. Wanneer de verdachte evenwel het verweer voert dat het wapen per ongeluk is afgegaan, zal ook moeten worden vastgesteld – als eerste stap, dus voordat kan worden bepaald welk gevolg de verdachte precies heeft aanvaard – of de verdachte op de koop toe heeft genomen dat het wapen zou afgaan. Deze aanvullende omstandigheden lijken eerder verband te houden met het specifieke verweer (het wapen ging per ongeluk af) dan met de achtergrond van het verweer (afbakening bewuste schuld en voorwaardelijk opzet). Ik meen dan ook dat de omstandigheden die worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm niet afhankelijk

zijn van de achtergrond van het verweer dat wordt gevoerd (alternatief scenario of afbakening bewust schuld-voorwaardelijk opzet). Om die reden zal ik hierna geen onderscheid meer maken tussen zaken op grond van het verweer dat is gevoerd.

3.1.3 Verkeer

3.1.3.1 Jurisprudentie

HR 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0139, *NJ* 1997/199, m.nt. 't Hart (*Porsche*)[75]

De verdachte had – met alcohol op – met hoge snelheid met zijn Porsche gereden. Hij had twee maal door rood licht gereden en gevaarlijke inhaalmanoeuvres uitgehaald. Zo had hij een verkeersongeval veroorzaakt. Alleen de verdachte zelf had dat ongeval overleefd. De vier inzittenden van de auto waarmee hij in botsing was gekomen en de bijrijder in de Porsche waren omgekomen. Het gerechtshof had geoordeeld dat de verdachte deze vijf personen opzettelijk van het leven had beroofd. Tegen dat oordeel keerde zich het (eerste) cassatiemiddel. De Hoge Raad overwoog:

> '5.3 Het geval kan zich voordoen dat ten aanzien van een verdachte die door zeer gevaarlijk te rijden een ongeval met dodelijke afloop heeft veroorzaakt moet worden aangenomen dat deze de slachtoffers van dat ongeval opzettelijk van het leven heeft beroofd, zodat art. 287 Sr van toepassing is, bij welke bepaling een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren is bedreigd. Zo'n geval doet zich voor indien de verdachte zijn gedraging willens en wetens op de dood van die slachtoffers heeft gericht. Voorts kan een zodanig geval zich voordoen indien moet worden aangenomen dat de verdachte zich aan de aanmerkelijke kans dat andere verkeersdeelnemers door zijn gedraging het leven zullen verliezen willens en wetens heeft blootgesteld, met dien verstande dat hij – in plaats van erop te rekenen dat een en ander wel goed zal aflopen – de aanmerkelijke kans dat anderen door zijn gedrag het leven zullen laten desbewust heeft aanvaard en op de koop toe genomen. Dat de verdachte de aanmerkelijke kans dat anderen door zijn gedrag het leven zullen laten desbewust heeft aanvaard en op de koop toe genomen – in dit verband wordt gesproken van voorwaardelijk opzet – kan, behalve op grond van de verklaring van de verdachte, worden aangenomen op grond van bijzondere omstandigheden van het geval.

75 In het *Porsche*-arrest (dat dateert van voor het *HIV I*-arrest) wordt geen gebruik gemaakt van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm. Omdat in de rechtspraak en literatuur vaak wordt verwezen naar het arrest, neem ik dat hier op. De vergelijking tussen de omstandigheden in het *Porsche*-arrest en de omstandigheden in de andere uitspraken, draagt bij aan het verkrijgen van inzicht in wanneer de 'drempel' van de uiterlijke verschijningsvorm wordt gehaald. Hoewel het *Porsche*-arrest dateert van vóór het *HIV I*-arrest is, kan uit de herhaling van de overwegingen uit het *Porsche*-arrest in latere uitspraken over het voorwaardelijk opzet worden afgeleid dat de benadering uit het *Porsche*-arrest met de introductie van de uiterlijke verschijningsvorm niet is verlaten.

> 5.4 In gevallen als het onderhavige, dat zich hierdoor kenmerkt dat de gebezigde bewijsmiddelen nopen tot de gevolgtrekking dat de verdachte door zijn handelwijze ook zelf aanmerkelijk levensgevaar heeft gelopen, dient de rechter evenwel in zijn oordeel te betrekken dat – behoudens aanwijzingen voor het tegendeel – naar ervaringsregelen niet waarschijnlijk is dat de verdachte de aanmerkelijke kans dat een frontale botsing met een tegemoetkomende auto zal plaatsvinden, en hij als gevolg van zijn gedraging zelf het leven zal verliezen, eveneens op de koop toe neemt.
> 5.5 Gelet op het evenoverwogene en in aanmerking genomen dat de gebezigde bewijsmiddelen inhouden dat de verdachte meermalen – kennelijk om een botsing te vermijden – een ingezette inhaalmanoeuvre heeft afgebroken vooraleer de in de bewezenverklaring bedoelde fatale inhaalmanoeuvre uit te voeren, hetgeen er op wijst dat althans in de voorstelling en naar de verwachting van de verdachte laatstbedoelde manoeuvre niet tot een botsing zou leiden, behoeft de bewezenverklaring, in het bijzonder voorzover daarbij is aangenomen dat verdachtes opzet was gericht op de dood van de slachtoffers, nadere motivering.'

HR 5 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1668, *NJ* 2006/663 (*Spookrijder*)

Om aan de politie te ontkomen had de verdachte met een snelheid van ongeveer 100 km/u tegen het verkeer in over de vluchtstrook gereden. Tot drie keer toe had de verdachte op het moment dat hem verkeer tegemoet was gekomen, zijn bestelbus naar de rijbaan waarop dat tegemoetkomend verkeer reed gestuurd en was hij op die rijbaan blijven rijden. De bestuurders van de hem tegemoetkomende motorvoertuigen hadden moeten uitwijken om een botsing te voorkomen. Op momenten waarop er geen tegenligger was, had de verdachte zijn auto steeds weer terug naar de vluchtstrook gestuurd. Bij zijn aanhouding had de verdachte verklaard dat hij 'het kicken vond om met zijn auto tegen het verkeer in te rijden'. De Hoge Raad herhaalde in cassatie (*r.o.* 3.3) het kader uit het *HIV I*-arrest en verwees naar het *Porsche*-arrest. Ten aanzien van het voorwaardelijk opzet overwoog de Hoge Raad vervolgens:

> '3.5 Het oordeel van het Hof dat de verdachte aldus en onder die omstandigheden handelend zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat zich in de hem tegemoetkomende auto's bevindende personen door zijn toedoen zouden verongelukken en dat derhalve het opzet van de verdachte in de zin van voorwaardelijk opzet op de dood van die personen was gericht, geeft geen blijk van een onjuiste opvatting omtrent hetgeen hiervoor onder 3.3 is vooropgesteld. Het is evenmin onbegrijpelijk.'

HR 29 september 2009, ECLI:NL:HR:BI4736, *NJ* 2010/117, m.nt. Keijzer (*Lekkanaal*)

De verdachte had, met een auto waarin ook zijn ex-partner H. en zijn dochtertje zaten, met een aanzienlijke snelheid (vermoedelijk 80 km/u) langs het Lekkanaal gereden. Ter plaatse gold een maximumsnelheid van 60 km/u. De verdachte had daarbij, zonder dat daar noodzaak toe was, een bewuste stuurbeweging naar links gemaakt. Hij had op dat moment nog 34 meter om alsnog te remmen of naar rechts te sturen, maar deed dat niet: hij bleef de auto recht vooruit sturen richting het kanaal. De verdachte had niets gezegd, maar had H. uitdrukkingloos en koud aangekeken, aldus H. De verdachte

reed met de auto, met daarin hijzelf, H. en zijn dochtertje, het kanaal in. De verdachte werd door het gerechtshof veroordeeld voor een poging tot doodslag van H. De verdachte had volgens het gerechtshof voorwaardelijk opzet op haar dood:

> 'Met een auto met daarin H. bewust het kanaal inrijden kan naar uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht te zijn op de dood van H. dat verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard, dat H. om het leven zou komen.'

Van de poging tot doodslag van zijn dochtertje werd hij vrijgesproken, omdat het gerechtshof niet de overtuiging had dat de verdachte het opzet had gehad om zijn dochter om het leven te brengen. De verdachte had zijn dochter uit de auto gehaald nadat die ter water was geraakt.
In cassatie werd opgekomen tegen het oordeel dat sprake was van voorwaardelijk opzet op de dood van H., onder andere onder verwijzing naar het *Porsche*-arrest. Er zou geen sprake zijn van voorwaardelijk opzet, omdat niet kan worden aangenomen dat de verdachte ook zijn eigen dood op de koop toe had genomen. Daarnaast werd in cassatie aangevoerd dat het gerechtshof had geoordeeld dat de verdachte geen voorwaardelijk opzet op de dood van zijn dochtertje had gehad. Ook dat vormde volgens de verdediging een contra-indicatie dat de verdachte voorwaardelijk opzet had gehad op de dood van H., evenals het feit dat de verdachte H. op de wal had geholpen. Over deze laatste twee contra-indicaties overwoog AG Vellinga (conclusie, onder 14):

> 'Anders dan de toelichting op het middel wil, heeft het Hof die contra-indicaties ook niet behoeven zien in het feit dat de verdachte zijn dochter uit de auto heeft gehaald, zijn kind heeft geholpen, en zijn dochter voor hem alles is. Deze omstandigheden vormen, zoals het Hof kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft geoordeeld, een contra-indicatie voor opzet op de dood van verdachtes dochter maar laten het opzet op de dood van H. onverlet. In de omstandigheid dat hij H. op de wal heeft geholpen en zij hem daarvoor haar dankbaarheid heeft betoond, heeft het Hof evenmin een contra-indicatie in voormelde zin behoeven te zien. Deze omstandigheid deed zich immers pas voor toen het voor de verdachte duidelijk moet zijn geweest dat H. niet door verdrinking in de auto, dus (schijnbaar) door een ongeval om het leven was gekomen en hij voor de vraag kwam te staan of hij een nieuwe poging moest doen haar van het leven te beroven, thans door haar niet de helpende hand te bieden.'

De Hoge Raad overwoog:

> '2.4 Het oordeel van het Hof dat de verdachte door aldus te handelen willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de zich in de door hem bestuurde auto bevindende passagier H. door zijn toedoen zou overlijden en dat derhalve zijn opzet (voorwaardelijk) op haar dood was gericht, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is ook niet onbegrijpelijk. Mede gelet op de aard van de handelingen, te weten – kort gezegd – het doelbewust met een auto met daarin H. het kanaal inrijden, was het Hof niet gehouden zijn oordeel nader te motiveren, ook niet in het licht van de door de verdediging naar voren gebrachte contra-indicaties.

> De stelling dat de verdachte geen opzet had op de levensberoving van H. omdat hij niet de kans op zijn eigen dood op de koop toe heeft genomen, waartoe een beroep is gedaan op HR 15 oktober 1996, LJN ZD0139, *NJ* 1997, 199, noopte het Hof niet tot een nadere motivering, nu genoemd arrest een gevaarlijke verkeersmanoeuvre betrof, terwijl het hier blijkens 's Hofs vaststellingen niet gaat om zo een verkeersmanoeuvre maar om een doelbewuste, tegen H. gerichte geweldshandeling.
> De in het middel aangevoerde omstandigheid dat het Hof de verdachte heeft vrijgesproken van de onder 1 eveneens tenlastegelegde poging tot doodslag op zijn dochtertje X. op de grond dat het Hof niet de overtuiging had dat de verdachte daartoe het (voorwaardelijke) opzet had, kan aan het voorgaande niet afdoen. Die vrijspraak en de daaraan gegeven motivering zijn immers niet aan het oordeel van de Hoge Raad onderworpen. Dat brengt mee dat de vraag of de motivering van de bewezenverklaring zich verdraagt met die aan de vrijspraak gegeven motivering, in cassatie niet ten toets kan komen.'

HR 17 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:347, *NJ* 2015/117 (*Vrachtwagen*)

De verdachte had een vrachtwagen van K. – het latere slachtoffer – geleaset. Daarmee was hij op enig moment naar het transportbedrijf van K. gereden, waar de verdachte en K. in discussie met elkaar waren geraakt. De verdachte had het kantoor van K. daarop verlaten en was naar zijn vrachtwagen gelopen. In de cabine van de vrachtwagen had hij zowel 112 als zijn vrouw gebeld. Daarna was hij weggereden. K. was op dat moment voor de vrachtwagen gaan staan. De verdachte had naar hem getoeterd, maar K. bleef voor de vrachtwagen staan en ging aan de vrachtwagen hangen. Met het slachtoffer hangend aan de handgrepen aan de voorzijde van de vrachtwagen, was de verdachte vervolgens richting een nabijgelegen rotonde gereden. Op die rotonde had hij door een aantal keer te remmen en op te trekken K. ertoe proberen te bewegen de vrachtwagen los te laten. Al die tijd was K. aan de voorkant van de vrachtwagen blijven hangen. Ongeveer halverwege de rotonde had de verdachte gas gegeven. K. was daardoor gevallen, waarna de verdachte met zijn vrachtwagen over K. heen was gereden. K. was als gevolg daarvan overleden.
De verdachte had verklaard dat hij K. op het moment dat hij gas had gegeven nergens had gezien en dacht dat K. in de berm stond. Hij verklaarde ook dat hij zich ervan bewust was dat het moeilijk is om een persoon, die zich vlak voor de vrachtwagen bevindt, te zien. Ook had hij verklaard dat hij zich ten tijde van het wegrijden van het feit bewust was dat, als het slachtoffer zich op dat moment vlak voor de vrachtwagen bevond, hij door weg te rijden met zijn vrachtwagen over het slachtoffer heen zou kunnen rijden. Het gerechtshof oordeelde:

> 'Het hof is van oordeel dat, mede gelet op de vasthoudendheid van het slachtoffer dat zich reeds gedurende langere tijd bevond respectievelijk hangend aan de vrachtwagen en staande voor de vrachtwagen, de verdachte uit de enkele omstandigheid dat hij het slachtoffer op enig moment niet meer waarnam, onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze niet de conclusie heeft mogen trekken dat het slachtoffer zich niet meer voor de vrachtwagen bevond.
> Het is een algemene ervaringsregel dat wanneer iemand wordt overreden door een vrachtwagen als die welke door de verdachte werd bestuurd – ook met de

> snelheid waarmee de verdachte dat heeft gedaan – de kans aanmerkelijk is dat die persoon daardoor komt te overlijden.
> De hiervoor weergegeven gedragingen van de verdachte kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zijnde zozeer gericht op de dood van het slachtoffer dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de naar algemene ervaringsregelen aanmerkelijk te achten kans dat het slachtoffer zou komen te overlijden en dat derhalve het opzet van de verdachte in voorwaardelijke zin op de dood van het slachtoffer was gericht, waaraan niet kan afdoen hetgeen door de raadsman in dit verband voor het overige naar voren is gebracht.'

Volgens de Hoge Raad gaf dit oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en was het evenmin onbegrijpelijk:

> '2.3 Het middel komt op tegen het oordeel van het Hof dat bij de verdachte sprake is geweest van voorwaardelijk opzet op de dood van K. Met zijn overweging dat "de verdachte uit de enkele omstandigheid dat hij het slachtoffer op enig moment niet meer waarnam, onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze niet de conclusie heeft mogen trekken dat het slachtoffer zich niet meer voor de vrachtwagen bevond" heeft het Hof, dat heeft vastgesteld dat de verdachte reeds na een seconde is doorgereden, als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat de verklaring van de verdachte dat hij "dacht dat het slachtoffer in de berm zou staan" niet aannemelijk is.
> Daarvan uitgaande en mede in aanmerking genomen dat de verdachte K. in het zicht heeft gehad toen deze aan de vrachtwagen hing, hij – in de woorden van de toelichting op het middel – door telkens te remmen en weer langzaam op te trekken heeft geprobeerd K. ertoe te bewegen de vrachtauto los te laten, en hij op een gegeven moment K. niet meer zag, geeft het oordeel van het Hof dat de verdachte door verder te rijden met de vrachtauto, bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat K. zou komen te vallen en zou komen te overlijden door onder de rijdende vrachtauto te komen, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het evenmin onbegrijpelijk.'

HR 24 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:60, *NJ* 2017/375, m.nt. Keulen (*Knallen*)

De verdachte en de twee medeverdachten D. en V. hadden een aantal hennepplanten uit een hennepkwekerij gestolen. Zij hadden daarbij gebruikgemaakt van twee auto's: een witte bus en een personenauto. Beide auto's trokken de aandacht van twee politieagenten, die samen in een dienstauto reden. De politieagenten hadden de witte bus een stopteken gegeven. Daarop was die er vandoor gegaan. De twee agenten zetten de achtervolging in. In de relatieve korte periode van zeventien minuten die daarop volgde, had de bestuurder van de *personenauto* – medeverdachte V. – een aantal levensgevaarlijke manoeuvres uitgehaald tegen de politieauto. Omdat vanwege een ander strafrechtelijk onderzoek een tap liep op de telefoon van V. kon achteraf worden achterhaald wat hij en de verdachte – die als bijrijder in de witte bus zat – gedurende de rit tegen elkaar hadden gezegd. Alles bij elkaar hadden zij ongeveer acht minuten met elkaar gesproken. De verdachte was degene die V. de hele tijd belde en die V. had aangemoedigd/opdracht had gegeven tegen de politieauto aan te rijden. Aan

verdachte was medeplegen van poging tot doodslag ten laste gelegd. Het gerechtshof had overwogen:

> 'Uit de weergegeven tapgesprekken blijkt dat verdachte meermalen heeft gezegd dat V. met zijn auto op de politieauto moest knallen. Bovendien heeft hij gezegd dat V. daarbij een snelheid van 180 kilometer per uur moest rijden. V. voert dit uit en rijdt met hoge snelheid recht op de politieauto af terwijl verdachte dit waar kan nemen omdat de auto waar hij in zit dicht bij die politieauto rijdt. Op geen enkel moment laat hij V. weten dat die met zijn handelingen moet stoppen terwijl hij ziet dat V. op de politieauto inrijdt en ook blijkt niet dat verdachte de bestuurder van de auto waar hij in zat heeft gezegd dat die de mede gevaar zettende situatie ontstaan door hun eigen voertuig moest veranderen. Het gedrag van V. op aanwijzing van verdachte uitgevoerd is naar het oordeel van het hof naar de uiterlijke verschijningsvorm zozeer gericht op de dood van de inzittenden van de politieauto dat zowel V. als verdachte in hun samenwerking de aanmerkelijke kans op het intreden van de dood als gevolg van die handeling hebben aanvaard. Dat de beoogde botsing niet heeft plaatsgevonden is slechts het gevolg van een ingrijpende uitwijkmanoeuvre van de bestuurder van de politieauto. Het hof is derhalve van oordeel dat verdachte en V. het tenlastegelegde opzet in de vorm van voorwaardelijk opzet op de dood van verbalisant 1 en verbalisant 2 hebben gehad.
> Voor zover de raadsvrouw door het enkele noemen van het Porsche-arrest bij wijze van verweer een beroep heeft willen doen op de inhoud van dit arrest, passeert het hof dit verweer. De onderhavige casus wijkt feitelijk zodanig veel af van de casus van het Porsche-arrest dat zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt, het hof niet inziet waarom een beroep op dit arrest leidt tot vrijspraak van hetgeen verdachte onder 1 primair is tenlastegelegd.
> Verdachte heeft ter zitting van het hof weliswaar bekend dat hij de betreffende telefoongesprekken heeft gevoerd, maar dat hij in paniek handelde, dat de hele rit hectisch verliep. Het feit dat verdachte in paniek handelde en dat de rit hectisch verliep, sluit op zichzelf niet uit dat verdachte opzettelijk heeft gehandeld. Die opzet wordt immers zoals hierboven overwogen bewezen verklaard aan de hand van het geconstateerde gedrag van verdachte en medeverdachte V. en het oordeel dat dit gedrag naar de uiterlijke verschijningsvorm gericht is op de dood van de inzittenden van de politieauto.'

In cassatie werd opgekomen tegen de motivering van de bewezenverklaring voor wat betreft het (voorwaardelijk) opzet. In reactie op dit middel herhaalde de Hoge Raad (*r.o.* 2.3) eerst het kader zoals dat uiteen is gezet in het *HIV I*-arrest en de overwegingen uit het *Porsche*-arrest en overwoog vervolgens:

> '2.4 Gelet op de door het Hof gebezigde bewijsvoering waaronder de verklaring van de verdachte dat hij "met 'knal die scotoe keihard' bedoelde (…) dat hij (V.) de politie keihard moest aanrijden", getuigt het oordeel van het Hof dat het gedrag van V., uitgevoerd op aanwijzing van de verdachte, naar de uiterlijke verschijningsvorm zozeer is gericht op de dood van de inzittenden van de politieauto dat de verdachte in de samenwerking met de mededader de aanmerkelijke kans op het intreden van de dood als gevolg van die handeling heeft aanvaard, niet van een onjuiste rechtsopvatting en is het toereikend gemotiveerd.'

HR 19 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:389, *NJ* 2019/150 (*Alcoholrijder*)

De verdachte – die geen autorijbewijs had – was midden in de nacht met een grote hoeveelheid alcohol op in de auto gestapt. Hij was op een weg waar de maximaal toegestane snelheid 80 km/u was met een groot snelheidsverschil achterop een motor gereden. De rechtbank en het gerechtshof hadden aangenomen dat de verdachte niet te hard had gereden. Voordat de verdachte de auto in was gestapt, was de verdachte door getuige 1 gewaarschuwd om niet de auto in te stappen. Getuige 1 had verdachte daarbij aangeboden bij hem of haar te blijven slapen. De verdachte was al drie keer eerder veroordeeld voor rijden onder invloed en was dus ook in die zin al gewaarschuwd. De rechtbank had overwogen (en het gerechtshof had zich hierbij aangesloten):

> 'Ondanks al deze waarschuwingen, waaronder heel gericht en concreet die van getuige [getuige 1] vlak voorafgaand aan het vertrek van verdachte uit café [A], is verdachte toch weer met een zeer grote hoeveelheid alcohol op in de auto gestapt, terwijl het donker was en verdachte nog een aanzienlijke afstand moest rijden over onder andere een provinciale weg waar de maximumsnelheid 80 kilometer per uur is. Uit het handelen van verdachte kan niet anders volgen dan dat hij zich niet heeft bekommerd om de mogelijke gevolgen daarvan voor zichzelf en andere verkeersdeelnemers. Verdachte had, voordat hij ging rijden, dermate veel alcohol gedronken dat hij niet meer in staat moest worden geacht zijn auto naar behoren te besturen en hij heeft zich aldus willens en wetens blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat zijn handelen de dood van een andere verkeersdeelnemer tot gevolg zou kunnen hebben. Een dergelijk gevolg heeft verdachte op de koop toe genomen.'

Dit oordeel kon de toets in cassatie niet doorstaan: de Hoge Raad casseerde. De Hoge Raad herhaalde (*r.o.* 3.2.3) eerst de overweging uit het *HIV I*-arrest en overwoog vervolgens:

> '3.3.1. De bewijsvoering houdt met betrekking tot de gedragingen van de verdachte ten tijde van de bewezenverklaarde feiten in dat hij onder invloed van een grote hoeveelheid alcohol was, dat hij niet beschikte over een rijbewijs voor categorie B en dat hij met een aanzienlijk hogere snelheid reed dan de door hem niet waargenomen motor. Niet gebleken is dat de verdachte de aldaar geldende maximumsnelheid heeft overschreden, terwijl ook geen nadere vaststellingen zijn gedaan met betrekking tot het rijgedrag.
> 3.3.2. Het kennelijke oordeel van het Hof dat de voormelde gedragingen van de verdachte naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden aangemerkt als zozeer gericht op de dood van de personen op de motor, [slachtoffer 1] en [slachtoffer 2], dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans daarop bewust heeft aanvaard, is niet toereikend gemotiveerd. Dat het Hof heeft vastgesteld dat, voordat de verdachte de weg op ging, hij vanwege zijn alcoholgebruik is gewaarschuwd om niet te gaan rijden alsmede dat hij eerder terecht heeft gestaan wegens rijden onder invloed, maakt dat niet anders.'

3.1.3.2 Analyse

In vier van de zes uitspraken over doodslag in het verkeer (*Spookrijder*, *Lekkanaal*, *Vrachtwagen*, *Knallen*) werd de drempel van de uiterlijke verschijnings-

vorm wél en in twee uitspraken (*Porsche* en *Alcoholrijder*) níet gehaald. Wat maakt het verschil?

In de uitspraken *Porsche* en *Alcoholrijder* had de verdachte gevaarlijke verkeersmanoeuvres uitgehaald en de verkeersregels (ernstig) overtreden. Uit het *Porsche*-arrest kan worden afgeleid dat deze enkele gedraging nog niet maakt dat de verdachte de eventuele dodelijke gevolgen daarvan heeft aanvaard. Dit wordt bevestigd door de *Alcoholrijder*-uitspraak. Het (enkele) uithalen van gevaarlijke verkeersmanoeuvres of het (ernstig) overtreden van verkeersregels is, met andere woorden, niet voldoende om voorwaardelijk opzet op levensberoving aan te nemen. Dat is, blijkens het *Alcoholrijder*-arrest, niet anders als de verdachte zich wel bewust is of had moeten zijn van de gevaarlijkheid van zijn rijgedrag. In de *Alcoholrijder*-uitspraak overwoog de Hoge Raad echter ook nog (rechtsoverweging 3.3.1) 'terwijl ook geen nadere vaststellingen zijn gedaan met betrekking tot het rijgedrag'. Ik leid daaruit af dat er gevallen kunnen zijn waarin uit een gevaarlijke verkeersmanoeuvre wel voorwaardelijk opzet op levensberoving kan worden afgeleid. Ik ben evenwel geen uitspraken tegengekomen waarin dit aan de orde was, waardoor onduidelijk is onder welke omstandigheden hiervan sprake kan zijn.

In de uitspraken waarin de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm wel werd gehaald had de verdachte geen (gevaarlijke) verkeersmanoeuvre uitgevoerd, maar had hij zijn auto ingezet om een geweldshandeling te plegen.

In de *Lekkanaal*-uitspraak was volgens de Hoge Raad geen sprake van een 'verkeersmanoeuvre'. De Hoge Raad benadrukte dat door te overwegen (rechtsoverweging 2.3) dat de sprake was van 'een bewuste stuuractie naar links van de verdachte waarvoor geen noodzaak bestond'. De Hoge Raad benadrukte verder dat de omstandigheden van het geval op dit punt verschillen van het *Porsche*-arrest ('nu genoemd arrest [SA: het Porsche-arrest] een gevaarlijke verkeersmanoeuvre betrof, terwijl het hier blijkens 's Hofs vaststellingen niet gaat om zo een verkeersmanoeuvre, maar om een doelbewuste, tegen H. gerichte geweldshandeling'). In de uitspraak *Knallen* werd de auto van de medeverdachte als 'wapen' ingezet tegen een politiewagen. De medeverdachte reed (meerdere malen) doelbewust af op de politiewagen om die te 'knallen'. Uit tapgesprekken was gebleken dat de verdachte de medeverdachte hiertoe aanmoedigde. In de *Spookrijder*-uitspraak wilde de verdachte evenmin deelnemen aan het verkeer, maar ontkomen aan de politie.[76] Hij had bovendien welbewust op tegemoetkomend verkeer afgestuurd, terwijl daartoe geen enkele aanleiding bestond (zoals bijvoorbeeld het willen inhalen van andere verkeersdeelnemers); hij stuurde pas terug naar de vluchtstrook als het tegemoetkomend verkeer weer was verdwenen. De verdachte had achteraf verklaard dat hij het wel 'kicken' had gevonden om tegen het verkeer in te rijden.

76 Vgl. HR 10 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6631, *NJ* 2009/111, conclusie van de AG, onder 14, vierde gedachtestreepje. De Hoge Raad verwijst in rechtsoverweging 3.5 van deze uitspraak naar deze passage in de conclusie van AG Vellinga.

Daaruit blijkt weliswaar niet direct dat de verdachte eventuele dodelijke gevolgen op de koop toe heeft genomen, maar het geeft wel blijk van een behoorlijke onverschilligheid ten aanzien van andere weggebruikers.[77] Tot slot, geldt ook voor de *Vrachtwagen*-uitspraak dat de verdachte met zijn voertuig handelingen verricht die specifiek waren gericht tegen het slachtoffer en dus geen betrekking hadden op het enkele deelnemen aan het verkeer. Hij trok immers steeds op en remde daarna weer af, niet omdat daartoe een bepaalde noodzaak bestond, maar om ervoor te zorgen dat het slachtoffer de vrachtwagen los zou laten ('door telkens te remmen en weer langzaam op te trekken heeft geprobeerd K. ertoe te bewegen de vrachtauto los te laten').

In de uitspraken *Sprookrijder* en *Knallen* – waarin slechts sprake was van een poging – waren fatale gevolgen alleen voorkomen doordat het tegemoetkomend verkeer was uitgeweken, terwijl de verdachte gewoon (op volle snelheid) doorreed.[78] Dit is een verschil met het *Porsche*-arrest, waar de verdachte juist zelf zijn inhaalmanoeuvres had afgebroken bij tegenliggers. Ook in de *Lekkanaal*-uitspraak was het gevolg alleen niet ingetreden omdat het slachtoffer zichzelf had weten te bevrijden uit de auto.

De gedraging van de verdachte duidde bovendien in alle uitspraken waarin voorwaardelijk opzet werd aangenomen op een bepaalde volhardendheid. In de uitspraak *Spookrijder* had de verdachte zijn auto steeds weer opnieuw in de richting van tegenliggers gestuurd. In de uitspraak *Knallen* had de medeverdachte ook steeds weer opnieuw – daartoe telkens (telefonisch) aangemoedigd door de verdachte – geprobeerd de politieauto te 'knallen'. De verdachte en de medeverdachte hadden meerdere telefoongesprekken gevoerd, waarin de verdachte de medeverdachte daar telkens opnieuw weer toe had aangemoedigd. In het *Lekkanaal*-arrest werd bij het oordeel betrokken dat de verdachte naar links in de richting van het kanaal was blijven sturen, ook al had hij alle mogelijkheid om te remmen of naar rechts te sturen. In de uitspraak *Vrachtwagen* had de verdachte ook *meerdere malen* geremd en gas gegeven om zo het slachtoffer af te schudden.

In de *Vrachtwagen*-uitspraak werd eveneens bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken dat de verdachte zich bewust was van de aanwezigheid van het slachtoffer voor zijn vrachtwagen ('mede in aanmerking genomen dat de verdachte K. in het zicht heeft gehad toen deze aan de vrachtwagen hing'). Dit is een verschil met de *Alcoholrijder*-uitspraak, waarin de rechtbank er van uit ging dat de verdachte de motor niet had gezien. Ook de Hoge Raad noemde dit (rechtsoverweging 3.3.1) ('en dat hij met een aanzienlijk hogere snelheid reed dan de niet door hem waargenomen motor'). Ook in andere verkeerszaken waarin (poging tot) zware mishandeling ten laste is gelegd, speelde deze

77 Zie ook par. 2.1.5.1. Dat alleen deze verklaring niet voldoende was om voorwaardelijk opzet aan te nemen, laat wel zien dat voorwaardelijk opzet echt iets anders is dan bewuste schuld.

78 Vgl. ook HR 17 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9360, *NJ* 2004/323 (*Doodslag in Sint-Michielsgestel*), *r.o.* 3.4, onder ii en iii.

omstandigheid een rol, evenals bij uitspraken over doodslag door het gooien van voorwerpen. Ik kom hierop in de paragrafen 3.1.4 en 3.2 nog terug.

Mogelijk speelde in de uitspraken *Vrachtwagen* en *Alcoholrijder* mee dat het slachtoffer als voetganger respectievelijk zittend op een motor een 'zwakkere' verkeersdeelnemer was. Het gerechtshof had hieraan in de *Alcoholrijder*-zaak aandacht besteed in zijn arrest. Deze omstandigheid kan mogelijk ook relevant zijn bij de hierna te spreken contra-indicaties. Op het moment dat het slachtoffer moet worden beschouwd als een 'zwakkere' verkeersdeelnemer, ontstaat immers minder snel ook gevaar voor het leven van de verdachte zelf.[79]

Contra-indicaties

Uit het *Porsche*-arrest kan worden afgeleid dat een contra-indicatie voor voorwaardelijk opzet is dat gevaar voor de verdachte zelf is ontstaan. Behoudens aanwijzingen van het tegendeel[80] is het niet waarschijnlijk dat de verdachte de kans dat hij zijn eigen leven zal verliezen op de koop toe zal nemen, zo is de redenering. In het *Lekkanaal*-arrest werd een beroep gedaan op deze contra-indicatie. Niet alleen zou de verdachte de aanmerkelijke kans dat hijzelf het leven zou verliezen niet op de koop hebben toegenomen, maar ook niet de kans dat zijn dochtertje – die eveneens in de auto zat – zou komen te overlijden. De Hoge Raad is snel klaar met dit verweer. Nu sprake is van een doelbewuste, tegen H. gerichte geweldshandeling en niet van een (gevaarlijke) verkeersmanoeuvre, hoefde het gerechtshof van de Hoge Raad geen aandacht te besteden aan dit verweer.[81] Ook in de uitspraken *Spookrijder* en *Knallen* liep de verdachte zelf gevaar, maar ook daar wordt dat niet als contra-indicatie betrokken bij het oordeel. Hieruit kan worden afgeleid dat voornoemde omstandigheid alleen een contra-indicatie oplevert in het kader van (gevaarlijke) verkeersmanoeuvres en dus niet bij tegen een slachtoffer gerichte geweldshandelingen (gepleegd met een voertuig).

Dat de verdachte maatregelen heeft genomen om het gevolg te voorkomen, geldt mogelijk ook bij geweldshandelingen gepleegd met een voertuig als een contra-indicatie. Zo werd de verdachte in de *Lekkanaal*-uitspraak door het gerechtshof vrijgesproken van een poging tot doodslag ten aanzien van zijn dochtertje, omdat hij haar meteen uit het te water geraakte voertuig had gered. Ten opzichte van H. had de verdachte waarschijnlijk echter te weinig gedaan om succesvol een beroep op deze contra-indicatie te kunnen doen. Hij had haar pas op de kant geholpen nadat zij zichzelf uit de auto had gered en al aan wal probeerde te klimmen. Het gerechtshof en de AG althans lijken deze

79 Vgl. HR 17 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9360, *NJ* 2004/323 (*Doodslag in Sint-Michielsgestel*). De Hoge Raad liet de juistheid van deze overweging in het midden. Zie ook Kelk & De Jong 2019, p. 285-286.

80 Zie voor een voorbeeld hiervan ook: HR 10 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6631, *NJ* 2009/111.

81 Vgl. Van Dijk 2017, p. 196-197.

redenering te volgen. De Hoge Raad laat zich er in deze uitspraak niet (expliciet) over uit. In de arresten over moord/doodslag die zijn opgenomen onder 'overig' (paragraaf 3.1.5), bij de uitspraken over (zware) mishandeling in het verkeer (paragraaf 3.2.3) en in de uitspraak over brandstichting (paragraaf 3.3) wordt eveneens een beroep gedaan op deze contra-indicatie.

3.1.3.3 Bevindingen

Uit de uitspraken *Porsche* en *Alcoholrijder* leid ik af dat het (enkele) uithalen van een gevaarlijke verkeersmanoeuvre en/of het ernstig overtreden van de verkeersregels geen gedraging is die naar uiterlijke verschijningsvorm zozeer is gericht op levensberoving dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte dat gevolg heeft aanvaard. Dat is niet anders als de verdachte zich wel bewust is van de gevaarlijkheid van de manoeuvre. Er kunnen, blijkens de *Alcoholrijder*-uitspraak, gevallen zijn waarin wel kan worden aangenomen dat een gevaarlijke verkeersmanoeuvre gericht was op het van het leven beroven van een ander. Ik ben evenwel geen uitspraken tegengekomen waarin dit aan de orde was, waardoor onduidelijk is onder welke omstandigheden hiervan sprake kan zijn.

Uit de uitspraken *Spookrijder*, *Lekkanaal*, *Vrachtwagen*, *Knallen* leid ik af dat – wanneer geen sprake is van een gevaarlijke verkeersmanoeuvre, maar van een *tegen het slachtoffer gerichte geweldshandeling* (gepleegd met een voertuig) – de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm zozeer is gericht op levensberoving dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte dat gevolg heeft aanvaard:

- Of de verdachte een (gevaarlijke) manoeuvre uithaalt waarvoor geen enkele (verkeers)noodzaak bestaat en daarin volhardt;
- Of de verdachte welbewust op het slachtoffer afstuurt, zonder uit te wijken of vaart te minderen (of de gedraging is gericht tegen het slachtoffer);
- Of sprake is van volhardendheid bij de verdachte (of hij de gedraging blijft voortzetten);
- Bij een poging: of het gevolg alleen is voorkomen door het ingrijpen van een andere verkeersdeelnemer (een niet van de wil van de verdachte afhankelijke omstandigheid/volhardendheid verdachte);
- Of de verdachte zich bewust is van de aanwezigheid van het slachtoffer;
- Of het slachtoffer een 'zwakkere' verkeersdeelnemer is.

Een aantal van deze omstandigheden wordt ook in het kader van (zware) mishandeling bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken. Zie voor de verschillen paragraaf 3.2.3.3.

Contra-indicaties

Bij *gevaarlijke verkeersmanoeuvres* vormt de omstandigheid dat de verdachte zelf ook gevaar loopt zijn leven te verliezen – behoudens aanwijzingen voor het tegendeel – een contra-indicatie. Voorstelbaar is dat deze contra-indicatie

minder snel wordt aangenomen als het slachtoffer een 'zwakkere' verkeersdeelnemer is, omdat dan minder snel kan worden aangenomen dat de verdachte zelf ook gevaar liep. Bij geweldshandelingen gepleegd met een voertuig kan de omstandigheid dat het leven van de verdachte zelf ook in gevaar was niet als contra-indicatie worden aangemerkt. Wel is daar een mogelijke contra-indicatie dat de verdachte voldoende maatregelen heeft genomen om het gevolg te voorkomen.

3.1.4 Het gooien van voorwerpen

3.1.4.1 Jurisprudentie

HR 2 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7924 (*Rijswijkse stoeptegelmoord*)

De verdachte en een medeverdachte hadden (stukken) stoeptegel vanaf een viaduct over de snelweg A4 bij Rijswijk laten vallen op de voorruit van een auto die op dat moment daar reed. De stoeptegel was op het hoofd van de bestuurder van de auto terechtgekomen, die als gevolg daarvan was overleden. De verdachte werd door het gerechtshof veroordeeld tot het medeplegen van moord. Het gerechtshof had ten aanzien van het voorwaardelijk opzet overwogen:

> 'Uit de door het hof gebezigde bewijsmiddelen blijkt dat de verdachte en zijn mededader opzettelijk vanaf een over een snelweg gelegen viaduct min of meer zware stukken steen hebben laten vallen, en wel bewust op het moment dat een op die snelweg rijdende auto zich (zeer) dicht bij dat viaduct bevond. Van algemene bekendheid is dat een dergelijk handelen een aanmerkelijke kans schept op het ontstaan van dodelijk letsel bij inzittenden van die auto. Bij gebrek aan contra-indicatie op dit punt is het hof van oordeel dat het niet anders kan dan dat de verdachte – evenals zijn mededader – zich van die kans bewust is geweest en het ontstaan van dodelijk letsel als gevolg van dat handelen heeft aanvaard. Derhalve is verdachtes opzet in voorwaardelijke zin gericht geweest op de dood van [slachtoffer 1].'

In cassatie werd onder andere betoogd dat de verdachte de aanmerkelijke kans dat het slachtoffer zou overlijden niet had aanvaard, omdat hij steeds had verklaard dat hij de stoeptegel pas had losgelaten op een moment waarop hij zeker had geweten dat hij de auto niet zou raken. Volgens AG Vellinga miste die klacht feitelijke grondslag (conclusie, onder 13):

> 'Het Hof heeft uit de gebezigde bewijsmiddelen afgeleid, dat de verdachte en zijn mededader opzettelijk vanaf een over een snelweg gelegen viaduct min of meer zware stukken steen hebben laten vallen, en wel bewust op het moment dat een op die snelweg rijdende auto zich (zeer) dicht bij dat viaduct bevond. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk. Verdachtes voor het bewijs gebezigde verklaring houdt immers in dat [medeverdachte 1] en hij het plan hebben opgevat vanaf een viaduct over een snelweg stukken steen te gooien, dat zij beiden met een steen op het viaduct zijn gaan staan, dat er niet veel verkeer op de weg was, dat zij hebben gewacht

met het laten vallen van de stenen tot een auto steeds dichterbij kwam en [medeverdachte 1] riep "nu !".'

Met deze vaststelling van het gerechtshof was, aldus de AG, niet verenigbaar dat de verdachte de stoeptegel pas zou hebben losgelaten op een moment dat hij zeker wist dat hij de auto niet zou raken. De Hoge Raad deed het middel, evenals de overige cassatiemiddelen, af met toepassing van artikel 81 RO.

HR 30 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5396, *NJ* 2013/111, m.nt. Keijzer (*Geparkeerde auto*)

De verdachte had rond drie uur 's middags een fiets van de zesde verdieping van een flatgebouw naar beneden gegooid. De fiets was terechtgekomen op een geparkeerde lesauto, op het moment waarop B. en D. net aan het in- en uitstappen waren. De fiets had D. aan zijn hoofd geraakt. B., die vlak achter D. stond, werd net gemist. De verdachte had verklaard dat de fiets uit zijn handen was geglipt. In dat verweer ging het gerechtshof niet mee, omdat de verdachte voordat hij de fiets naar beneden had gegooid naar beneden had gekeken en aan P., die bij hem stond, had gevraagd 'op welke auto zij de fiets wilde hebben'. In cassatie was zowel de vraag aan de orde of het gerechtshof had kunnen oordelen dat sprake was van een aanmerkelijke kans op de dood als de vraag of het gerechtshof had kunnen oordelen dat de verdachte die kans bewust had aanvaard. Het gerechtshof had overwogen:

'De kans was aanmerkelijk dat daar op dat moment iemand in of uit zou stappen. De fiets heeft ook inderdaad iemand, D., aan zijn hoofd geraakt. B. stond vlak achter D. en de fiets vloog rakelings langs zijn hoofd. Indien een dergelijk zwaar object, te weten een fiets van ongeveer 18 kilo met diverse uitsteeksels zoals trappers en stuur vanaf een dergelijke hoogte naar beneden wordt gegooid en deze fiets raakt een persoon op het hoofd, dan is – naar algemene ervaringsregels – de kans aanmerkelijk dat die persoon dodelijk wordt getroffen. Door aldus te handelen heeft verdachte zich op zijn minst willens en wetens dat D. en B. zouden komen te overlijden. Die kans heeft verdachte met zijn wijze van handelen ook welbewust aanvaard en op de koop toe genomen. Het hof acht, evenals de rechtbank, het onder 1 primair tenlastegelegde wettig en overtuigend bewezen.'

AG Knigge had in zijn conclusie (onder 4.7 en 4.8) beargumenteerd dat bij de vraag of sprake is van een aanmerkelijke kans mag en moet worden geabstraheerd van de concrete omstandigheden van het geval. De AG vond het oordeel van het gerechtshof dat de gedragingen van de verdachte objectief gezien de aanmerkelijke kans op de dood in het leven hebben geroepen niet onbegrijpelijk en toereikend gemotiveerd. AG Knigge meende evenwel dat niet uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid dat de verdachte de aanmerkelijke kans welbewust had aanvaard (conclusie, onder 4.9):

'Uit de bewijsmiddelen blijkt niet dat de verdachte heeft gezien dat zich personen in de onmiddellijke nabijheid van de auto bevonden toen hij de fiets naar beneden gooide. Met de aanwezigheid van die personen mag dus geen rekening worden gehouden. De vraag is derhalve of het van grote hoogte gooien van een fiets op een geparkeerde lesauto een gedraging oplevert die naar haar aard zozeer is gericht

> op het veroorzaken van een dodelijk gevolg, dat daaruit kan worden afgeleid dat de verdachte zich bewust is geweest van de aanmerkelijke kans dat bedoeld gevolg zou intreden. Een dergelijke bewijsredenering is aanvaardbaar in gevallen waarin het voor ieder normaal mens evident is dat de gedraging levensgevaarlijk is. Bekende voorbeelden zijn het met beide handen dichtknijpen van iemands keel en het steken met een mes in iemands borstkas. Ook het naar beneden gooien van een fiets op een persoon zou ik nog wel als zodanig willen aanmerken. Maar het gooien van een fiets op een geparkeerde auto niet. Anders zou het misschien zijn als de verdachte had gezien dat de lesauto onmiddellijk voorafgaande aan het gooien met de fiets aan kwam rijden en bij de flat parkeerde. Maar zelfs daarover kan getwijfeld worden, mede omdat de lesauto ook kan zijn geparkeerd als onderdeel van de instructie (oefening in parkeren). Met de kans dat iemand uit een zojuist geparkeerde auto stapt, moet uiteraard ernstig rekening worden gehouden, maar de vraag is of de verdachte dat in dit geval ook werkelijk heeft gedaan.'

De Hoge Raad behandelde beide onderdelen van het middel gezamenlijk. Na een verkorte weergave van de *HIV I*-overweging (*r.o.* 2.3) overwoog de Hoge Raad:

> '2.4 In zijn nadere bewijsoverweging heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat op grond van de gebezigde bewijsmiddelen en in die nadere bewijsoverweging vastgestelde omstandigheden de verdachte zich op zijn minst bewust heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat D. en B. zouden komen te overlijden en meer in het bijzonder dat de verdachte die kans met zijn wijze van handelen ook welbewust heeft aanvaard en op de koop heeft toegenomen. Uit die omstandigheden kan dit evenwel niet zonder meer volgen. De bewezenverklaring van feit 1 is derhalve niet naar de eis der wet met redenen omkleed.'

3.1.4.2 Analyse

Enige voorzichtigheid met het verbinden van conclusies aan de uitspraken *Rijswijkse stoeptegelmoord* en *Geparkeerde auto* is geboden, nu de Hoge Raad zich in beide uitspraken niet (expliciet) heeft uitgelaten over welke omstandigheden hij betrekt bij de uiterlijke verschijningsvorm of welke omstandigheden doorslaggevend zijn. De vergelijking tussen beide uitspraken, biedt evenwel enige aanwijzingen voor welke omstandigheden (mogelijk) relevant zijn geweest.

In de *Geparkeerde auto*-uitspraak was een belangrijk vraagpunt in hoeverre de verdachte zich ook bewust was van de omstandigheid dat er mensen in een geparkeerde auto zaten/zich in de nabijheid van een geparkeerde auto bevonden. Uit de bewijsmiddelen volgde niet dat de verdachte zich bewust was van de aanwezigheid van B. en D. bij de geparkeerde auto. Bij een geparkeerde auto had hij zich hiervan, zo lijkt de redenering, ook niet bewust hoeven zijn.[82] Op dit punt verschilde deze casus van de *Rijswijkse Stoeptegelmoord*. Daar ging het niet om een geparkeerde auto, maar om een rijdende auto. Bij een rijdende auto staat – anders dan bij een geparkeerde auto –

82 Vgl. de noot van Keijzer bij HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6742, *NJ* 2013/112, onder 6.

(voorlopig nog steeds) vast dat zich daarin in ieder geval één persoon (de bestuurder) bevindt.

Ook om een andere reden lijkt het verschil tussen een geparkeerde en een rijdende auto relevant. Het gooien van een voorwerp in de richting van een rijdende auto is immers, ook als de bestuurder niet wordt geraakt, vrijwel per definitie gevaarlijk. Het voorwerp kan de auto immers ook zodanig raken dat de auto van zijn baan raakt, of de bestuurder van de auto kan proberen uit te wijken en zo de macht over het stuur verliezen. Dat kan zowel gevaarlijk zijn voor de bestuurder van het voertuig als voor eventueel ander verkeer. Het gooien van een voorwerp naar een rijdende auto roept dus per definitie meer gevaar voor personen in het leven dan het gooien van een voorwerp naar een geparkeerde auto.

Verder kan nog worden gewezen op de aard van het voorwerp en de wijze van gooien daarvan. In beide gevallen werd het voorwerp van hoog boven naar beneden gegooid. In beide gevallen ging het daarbij om voorwerpen (stoeptegel, fiets) die aanzienlijke schade kunnen veroorzaken.

Tot slot, is een overeenkomst tussen beide zaken dat er geen enkele (goede) reden was waarom de verdachte de voorwerpen gooide. In beide gevallen leek het te gaan om baldadigheid, hetgeen mogelijk eveneens een aanwijzing vormt dat de verdachte bepaalde gevolgen van zijn gedraging heeft aanvaard.

3.1.4.3 Bevindingen

Uit de uitspraken *Rijswijkse stoeptegelmoord* en *Geparkeerde auto*, leid ik af dat de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm zozeer is gericht op levensberoving dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte dat gevolg heeft aanvaard:

- Er is geen enkele (goede) reden waarom de verdachte de voorwerpen heeft gegooid (de voorwerpen worden gegooid uit baldadigheid);
- De voorwerpen worden vanaf grote hoogte gegooid en het gaat om zware voorwerpen (aard van het voorwerp en de wijze van gooien/de gevaarlijkheid van de gedraging);
- De verdachte is zich bewust van de aanwezigheid van het slachtoffer op de plaats waarnaartoe het voorwerp wordt gegooid.

3.1.5 Overig

3.1.5.1 Jurisprudentie

HR 19 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1658 (*Verstikking*)

De verdachte was 's middags, toen het 79-jarige slachtoffer op bed lag, haar slaapkamer binnengegaan. De verdachte was op haar gesprongen en in volle lengte op haar gaan liggen. Hij had verschillende keren met kracht een kussen op haar gezicht geduwd en haar keel (proberen) dicht te knijpen. Hij had het slachtoffer daarbij briefjes laten

zien, waarop geschreven stond 'I kill u'. Na ongeveer 35 minuten was de politie de slaapkamer binnengekomen en had een eind aan de situatie gemaakt. Blijkens de door de Hoge Raad gegeven samenvatting van het middel had de verdediging zich op het standpunt gesteld dat

> 'de verdachte de dood van het slachtoffer niet wilde en ook de aanmerkelijke kans op de dood van het slachtoffer niet op de koop toe heeft genomen, nu de verdachte zich tot doel had gesteld de pincodes af te dwingen en hij steeds het toegepaste geweld heeft gestaakt of opgeschort op momenten dat hij ondervond dat het slachtoffer geen of onvoldoende zuurstof kreeg'.

De Hoge Raad overwoog:

> '3.6 Blijkens de hiervoor onder 3.3 weergeven bewijsmiddelen en de onder 3.4.2 weergegeven bewijsoverweging heeft het Hof onder meer het volgende vastgesteld.
> (i) De verdachte heeft een 79-jarige vrouw, die, naar hij wist, een darmoperatie wegens kanker diende te ondergaan, in haar slaapkamer overvallen terwijl zij lag te slapen.
> (ii) De verdachte is op het slachtoffer gesprongen en is in zijn volle lengte op haar gaan liggen en langdurig blijven liggen.
> (iii) De verdachte heeft meermalen met kracht een kussen op het gezicht van het slachtoffer geduwd en geduwd gehouden. Die kracht was telkens van dien aard dat het slachtoffer geen adem kon halen en het gevoel had dat zij stikte. Het slachtoffer heeft geroepen dat zij stikte en de verdachte heeft dit haar horen zeggen.
> (iv) Het slachtoffer heeft, toen de eerste maal het kussen op haar gezicht werd gedrukt, zich proberen te verzetten en het is haar door met haar hoofd te draaien gelukt om met haar mond onder het kussen vandaan te komen, zodat zij weer kon ademen. De verdachte heeft vervolgens haar handen vastgebonden. Daarna heeft de verdachte wederom het kussen op haar gezicht gedrukt. Door te worstelen voor haar leven is het het slachtoffer toen uiteindelijk gelukt om haar hoofd zo te draaien dat zij adem kon halen.
> (v) De verdachte heeft daarna zijn handen om de keel van het slachtoffer gelegd en daarin geknepen.
> (vi) De verdachte heeft nadien weer het kussen op het gezicht van het slachtoffer gedrukt waardoor zij geen adem meer kon halen.
> (vii) Tussendoor heeft de verdachte haar papiertjes laten zien waarop onder meer stond geschreven "I kill u".
> (viii) Zeker 35 minuten nadat de verdachte bovenop het slachtoffer was gesprongen is de politie de slaapkamer binnengekomen. De agenten zagen dat de verdachte bovenop het slachtoffer lag en dat deze zijn beide handen om de keel van de vrouw klemde. Zij kregen de indruk dat de verdachte haar poogde te wurgen.'

Vervolgens (*r.o.* 3.7) gaf de Hoge Raad (verkort) het kader uit het *HIV I*-arrest weer en vervolgde:

> '3.8 De door het Hof vastgestelde gedragingen van de verdachte, zoals hiervoor onder 3.6 samengevat, kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op de dood van het slachtoffer dat het niet anders

> kan zijn dan dat de verdachte, die moet hebben beseft dat het slachtoffer wegens een ernstige ziekte in een minder goede lichamelijke conditie verkeerde, de aanmerkelijke kans op de dood van het slachtoffer heeft aanvaard.
> Daaraan doet niet af dat de verdachte enkele keren enige van de hiervoor genoemde levensbedreigende gedragingen – kortstondig – heeft gestaakt of opgeschort. Uit deze handelwijze kan immers niet worden afgeleid dat de verdachte de aanmerkelijke kans op de dood van het slachtoffer niet langer aanvaardde, aangezien het Hof heeft vastgesteld dat het slachtoffer telkens slechts door haar verzet kon voorkomen dat zij door die gedragingen van de verdachte stikte en dat de verdachte zijn gedragingen telkens weer heeft doorgezet en ook op het moment van de komst van de politie daarmee nog doende was.
> Gelet op het voorgaande geeft het oordeel van het Hof dat de verdachte, aldus en onder die omstandigheden handelend, zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat het slachtoffer zou komen te overlijden en dat derhalve het opzet van de verdachte in de zin van voorwaardelijk opzet op haar dood was gericht, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is evenmin onbegrijpelijk.'

HR 26 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1007, *NJ* 2018/337, m.nt. Reijntjes (*Stiefmoeder*)

De verdachte had het slachtoffer – haar twaalfjarige stiefdochter – in een koude en onverwarmde ruimte laten slapen (met open raam), terwijl het buiten vroor. In de ruimte waren geen/onvoldoende kleding, beddengoed of dekens aanwezig om haar te verwarmen. Daardoor was het slachtoffer ernstig en levensbedreigend onderkoeld geraakt, in een comateuze toestand geraakt en had zij een hartstilstand gekregen. De verdachte was in de loop van de nacht niet bij het slachtoffer gaan kijken; pas rond 8.00u in de ochtend had zij dit voor het eerst gedaan. Om 9.27u had de verdachte de hulpdiensten gebeld omdat het slachtoffer niet meer ademde. Door een langdurige reanimatie en een operatieve ingreep met aansluiting aan een hart-longmachine kon worden voorkomen dat zij overleed. Het gerechtshof had de verdachte onder andere veroordeeld tot poging tot doodslag.[83] In cassatie werd (onder meer) opgekomen tegen het oordeel dat sprake zou zijn van voorwaardelijk opzet op de dood. In het (vijfde) cassatiemiddel werd gesteld dat

> 'ook de redenering zou kunnen worden gevolgd dat verdachte niet op enig moment bij de kinderen is gaan kijken omdat daarvoor geen reden was. Dat is een contra-indicatie voor opzet. Ook het feit dat verdachte onmiddellijk actie onderneemt en 112 belt spreekt het bestaan van opzet op levensberoving tegen'.

De Hoge Raad zette (*r.o.* 2.3) het kader uit het *HIV I*-arrest uiteen en overwoog vervolgens:

> '2.4 Het Hof heeft onder meer vastgesteld dat de verdachte, de stiefmoeder van [slachtoffer 1], ermee bekend was dat de gezondheidstoestand van [slachtoffer 1] vanaf 7 februari 2015 verslechterde en in de avond van 15 februari 2015 zorgwek-

83 Ten aanzien van een tweede kind was zij veroordeeld voor mishandeling.

kend was. Voorts heeft het Hof vastgesteld dat de verdachte, wetende dat het die nacht van 15 op 16 februari zou gaan vriezen, [slachtoffer 1] zonder voldoende kleding of beddengoed om zich te verwarmen heeft laten verblijven in een koude en onverwarmde ruimte. Deze ruimte was zo koud dat [slachtoffer 1] zodanig onderkoeld is geraakt dat haar temperatuur na meting in het ziekenhuis 23° C bedroeg. Voorts heeft het Hof aangenomen dat de verdachte niet in de loop van de nacht heeft gecontroleerd of het goed ging met [slachtoffer 1] . Volgens het Hof was onder deze omstandigheden sprake van een aanmerkelijke kans dat [slachtoffer 1] zou komen te overlijden en was de verdachte zich van die kans bewust. De gedragingen van de verdachte, waaronder begrepen het nalaten zich in die nacht te vergewissen van het welzijn van [slachtoffer 1], kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zozeer op de dood van [slachtoffer 1] gericht dat het niet anders kan zijn geweest dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op dat gevolg op de koop toe heeft genomen en daarmee bewust heeft aanvaard. Dit oordeel van het Hof geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. De omstandigheid dat de verdachte na afloop van die nacht om 9.27 uur telefonisch medische hulp heeft ingeroepen door 112 te bellen, waarna [slachtoffer 1] dankzij langdurige reanimatie en een operatieve ingreep met aansluiting aan een hart-longmachine niet is overleden, doet daaraan niet af.'

3.1.5.2 Analyse

In de uitspraken *Verstikking* en *Stiefmoeder* ging het in cassatie in belangrijke mate over de vraag of er sprake was van contra-indicaties. Dat neemt niet weg dat er ook enkele omstandigheden aan de orde komen die relevant zijn voor de uiterlijke verschijningsvorm.

De gedragingen in de *Verstikking*-uitspraak (kussen op iemands hoofd drukken, keel dichtknijpen) waren overduidelijk geschikt om iemand van het leven te beroven. Het ging om gewelddadige gedragingen. Het verweer van de verdediging hield in feite in dat de verdachte het slachtoffer door dat geweld 'slechts' had willen dwingen tot het afgeven van haar pincode (alternatief scenario). Dat dit verweer niet slaagde lijkt mede verband te houden met de volhardendheid waarmee de verdachte door was gegaan met zijn gedraging en de duur daarvan: gedurende (ruim) 35 minuten had de verdachte meerdere malen een kussen op het hoofd van het slachtoffer gedrukt en haar keel dichtgeduwd. Het slachtoffer had ook een aantal keer geroepen dat zij stikte, maar dat had de verdachte niet doen ophouden. Ook in de *Stiefmoeder*-zaak lijkt het tijdsaspect een rol te spelen. De verdachte had gedurende de nacht niet een keer gekeken bij het slachtoffer. En in de ochtend had zij nog enkele uren gewacht voordat zij de hulpdiensten inschakelde. In de *Verstikking*-zaak vormde het briefje dat de verdachte het slachtoffer had laten zien, waarop

stond dat hij het slachtoffer zou doden ('I kill u'), een aanvullende aanwijzing dat hij dit gevolg had aanvaard.[84]

In de *Stiefmoeder*-zaak werden ten opzichte van de uitspraak *Verstikking* meer (aanvullende) omstandigheden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Een verklaring daarvoor is dat het enkele laten overnachten van iemand in een onverwarmde ruimte niet zonder meer het gevaar in het leven roept dat iemand overlijdt (aanmerkelijke kans). Als het bijvoorbeeld midden in de zomer was geweest, was hier waarschijnlijk niets aan de hand geweest. Hier was dus ook relevant dat het winter was (februari), dat het vroor en dat er geen/onvoldoende kleding en dekens waren waarmee het slachtoffer zich had kunnen warmhouden. Mogelijk speelde daarbij mee dat het misdrijf hier werd gepleegd door een combinatie van een actieve gedraging (in een ruimte opsluiten) en nalaten (geen kleding geven, 's nachts niet gaan kijken, lang wachten met de hulpdiensten bellen). In deze uitspraak werd aandacht besteed aan in hoeverre de verdachte zich bewust was van de erbarmelijke omstandigheden. Dat is waarschijnlijk omdat, zoals gezegd, pas als de bijzondere omstandigheden in ogenschouw worden genomen, kan worden aangenomen dat sprake is van een gedraging die gericht is op levensberoving. Van welke omstandigheden de verdachte zich bewust was, is dus (ook) van belang voor de vraag of zij bepaalde gevolgen van haar gedraging heeft aanvaard.[85]

In beide uitspraken werd bij de overwegingen van de Hoge Raad betrokken dat de verdachte op de hoogte was van de kwetsbaarheid (slechte gezondheidstoestand) van het slachtoffer. In de *Verstikking*-uitspraak overwoog de Hoge Raad dat de verdachte wist dat het slachtoffer een darmoperatie wegens kanker moest ondergaan. In de *Stiefmoeder*-uitspraak betrok de Hoge Raad bij zijn oordeel dat de verdachte ermee bekend was dat de gezondheidstoestand van het slachtoffer vanaf 7 februari 2015 verslechterde en in de avond van 15 februari 2015 – toen de feiten zich voordeden – zorgwekkend was. Ik denk niet dat dit zonder meer zo mag worden opgevat dat wanneer deze slachtoffers wel in goede gezondheid hadden verkeerd, er geen sprake zou zijn geweest van aanvaarding van de dood van het slachtoffer. Zeker het duwen van een kussen op iemands gezicht en het verwurgen van iemand (*Verstikking*) kunnen ook ten aanzien van een volledig gezond slachtoffer de indruk wekken dat sprake is van een gedraging die gericht is op de dood van het slachtoffer. Dat verdachte op de hoogte van de slechte gezondheidstoestand was, versterkt wel de motivering dat de verdachte op de koop toe heeft genomen dat dat slachtoffer zou overlijden. In de *Stiefmoeder*-zaak ligt het mogelijk iets genuanceerder. Zoals hiervoor al aan de orde kwam, lijkt de gedraging zelf pas te kunnen worden aangemerkt als gericht op de dood op het moment dat ook

84 Dat dit op zichzelf niet voldoende was, maar dat wordt teruggevallen op de uiterlijke verschijningsvorm, lijkt me te zijn omdat het mogelijk is dat 'I kill u' slechts als een bedreiging was bedoeld.

85 Zie over deze uitspraak ook par. 2.2.2.

naar een aantal andere omstandigheden wordt gekeken. De vraag is: Is het in een onverwarmde ruimte – terwijl het buiten vriest – laten overnachten van een gezonde, in goede lichamelijke conditie verkerende persoon eveneens een gedraging die zozeer is gericht op de dood van die persoon dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte dat gevolg heeft aanvaard? Dat is niet zonder meer duidelijk. Mogelijk is de gezondheidstoestand – en de mate waarin de verdachte daarvan op de hoogte was – in deze uitspraak dus van aanzienlijk belang voor het bewijs van voorwaardelijk opzet. Anders dan in de *Verstikking*-uitspraak, is deze omstandigheid in de *Stiefmoeder*-uitspraak ook in de bewezenverklaring opgenomen.

Contra-indicaties

In de *Verstikking*-uitspraak was door de verdediging aangevoerd dat de verdachte zijn handelingen had gestaakt. In het *Stiefmoeder*-arrest had de verdachte zich er (onder andere) op beroepen dat zij ('onmiddellijk') de hulpdiensten had ingeschakeld.

Uit de overwegingen van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat het staken van de gedraging of het uitvoeren van een gedraging om de gevolgen te voorkomen in beginsel een contra-indicatie kan opleveren. Als de Hoge Raad deze omstandigheid in het geheel niet zou beschouwen als een contra-indicatie dan had de Hoge Raad in de *Verstikking*-zaak immers kunnen volstaan met te overwegen 'Daaraan doet niet af dat de verdachte enkele keren enige van de hiervoor genoemde levensbedreigende gedragingen – kortstondig – heeft gestaakt of opgeschort'. Maar dat deed de Hoge Raad niet. De Hoge Raad ging in op de (specifieke) redenen waarom die omstandigheid in dit geval niet af deed aan het oordeel. Mede gelet op andere jurisprudentie – zoals de uitspraken *Porsche* en *Lekkanaal* – acht ik het niet aannemelijk dat de Hoge Raad de omstandigheid dat tegenmaatregelen zijn genomen volledig afwijst als contra-indicatie. In zowel de uitspraak *Verstikking* als het *Stiefmoeder*-arrest waren er echter redenen waarom de contra-indicatie in die zaken niet leidde tot een ander oordeel over het voorwaardelijk opzet van de verdachte. Er waren, met andere woorden, contra-indicaties voor de contra-indicatie.

In de *Verstikking*-uitspraak noemde de Hoge Raad onder andere dat 'het slachtoffer telkens slechts door haar verzet kon voorkomen dat zij (…) stikte'. Ook noemde de Hoge Raad dat de verdachte zijn gedragingen alleen 'kortstondig' had gestaakt 'of opgeschort' en dat hij 'zijn gedragingen telkens weer heeft doorgezet en ook op het moment van de komt van de politie daarmee nog doende was'. Dit lijkt zo te kunnen worden opgevat dat de verdachte wordt tegengeworpen dat hij voordat de politie was gearriveerd niet daadwerkelijk was opgehouden met zijn gedragingen en uiteindelijk alleen maar was gestopt omdat de politie arriveerde. Dat het slachtoffer niet was overleden is, kwam niet doordat de verdachte zijn gedragingen had gestaakt, maar door het verzet van het slachtoffer en de komst van de politie. In de *Stiefmoeder*-uitspraak was de verdachte gedurende de nacht niet één keer bij het slachtoffer gaan kijken.

Verder noemde de Hoge Raad – in aanvulling op de geciteerde overweging van het gerechtshof – het tijdstip waarop de verdachte de hulpdiensten had gebeld. Dat is anderhalf uur nadat de verdachte naar eigen zeggen voor het eerst weer bij het slachtoffer was gaan kijken en geruime tijd nadat volgens deskundigen het slachtoffer al buiten bewustzijn was geraakt. Daarnaast werd door de Hoge Raad gewezen op de 'langdurige reanimatie en een operatieve ingreep met aansluiting aan een hart-longmachine [waardoor het slachtoffer] niet is overleden'. Deze drie omstandigheden (hele nacht niet kijken, anderhalf uur wachten met bellen van de hulpdiensten, de ingrijpende medische handelingen die nodig waren om het leven van het slachtoffer te redden) duiden erop dat de verdachte pas te laat iets heeft gedaan. Dat de gevolgen niet zijn ingetreden is niet aan de verdachte te danken, maar aan het medisch ingrijpen. In beide zaken hadden de verdachten dus te weinig gedaan om te laten zien dat hij of zij de ernstige gevolgen niet aanvaardde. Het was *too little, too late*.

Wat, tot slot, opvalt in de *Stiefmoeder*-uitspraak is dat niet alleen de gedraging, maar ook de omstandigheden waaronder die gedraging is verricht in de bewezenverklaring zijn opgenomen. Deze omstandigheden waren hier waarschijnlijk van belang om (voorwaardelijk) opzet op levensberoving te kunnen aannemen, omdat de gedragingen (deels) bestonden uit nalaten.

3.1.5.3 Bevindingen

Uit de uitspraken *Verstikking* en *Stiefmoeder* leid ik af dat de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm zozeer is gericht op levensberoving dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte dat gevolg heeft aanvaard:

- De geschiktheid van de gedraging om een ander van het leven te beroven (gevaarlijkheid/agressiviteit);
- Volhardendheid verdachte (blijven doorgaan met de gedraging/lang tijdsverloop);
- De bekendheid bij de verdachte met de kwetsbaarheid van het slachtoffer;
- De gevolgen treden alleen niet in vanwege van de wil van de verdachte niet onafhankelijke omstandigheden.

Contra-indicaties

De volgende omstandigheden kunnen een contra-indicatie vormen:

- De verdachte staakt *tijdig* en *uit zichzelf* zijn gedragingen.
- De verdachte neemt (tijdig) *voldoende* maatregelen om de gevolgen te voorkomen.

3.1.6 Overkoepelend over de omstandigheden bij moord en doodslag

Hiervoor heb ik per type casus bekeken welke omstandigheden in de jurisprudentie van de Hoge Raad bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken.

Een aantal van deze omstandigheden speelt bij meerdere typen casus een rol. Het gaat om de volgende omstandigheden:
- Of sprake is van een agressieve/gewelddadige gedraging, gericht tegen het slachtoffer;
- Of er een gevaarlijk 'wapen' wordt ingezet en/of er sprake is van een gevaarlijke gedraging;
- Of de verdachte zich bewust is van bepaalde bijzondere omstandigheden waardoor een (groot) gevaar voor de ander in het leven wordt geroepen;
- De volhardendheid van de verdachte.

Ik licht dit toe. Voordat ik dat doe, merk ik op dat veel van de hier besproken omstandigheden ook bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken bij (zware) mishandeling. In de paragrafen 3.2.1-3.2.3, 3.2.9 kom ik hierop per casustype terug. In paragraaf 3.7.1 bespreek ik dit onderwerp meer overkoepelend.

Er is sprake van een agressieve gedraging, gericht tegen het slachtoffer
Niet alleen bij schiet- en steekincidenten is een relevante omstandigheid dat de verdachte zich agressief gedroeg. Ook in verkeerszaken is een belangrijke omstandigheid dat geen sprake was van de enkele deelneming aan het verkeer, maar van een tegen het slachtoffer gerichte geweldshandeling. Bij het gooien van voorwerpen speelde mogelijk mee dat sprake was van baldadigheid. In alle zaken waarin het oordeel dat sprake was van voorwaardelijk opzet in cassatie stand hield was de gedraging gericht tegen een of meerdere slachtoffers. Ook in de verkeerszaken – waar de slachtoffers niet altijd bekenden waren van de verdachte, maar bijvoorbeeld (toevallige) tegenliggers (*Spookrijder*) of politieagenten in een politiewagen (*Knallen*) – werd het voertuig gericht tegen hen ingezet. De verdachte stuurde immers gericht en met hoge snelheid op hen af.

In gevallen waarin geen sprake was van een agressieve/gewelddadige gedraging, zoals bij een verkeersmanoeuvre (paragraaf 3.1.3) of het iemand laten verblijven in een onverwarmde ruimte (paragraaf 3.1.5), wordt blijkens de jurisprudentie niet snel aangenomen dat sprake is van een voorwaardelijk opzet op de dood van het slachtoffer. Blijkens de jurisprudentie wordt dat in dergelijke gevallen alleen aangenomen (op grond van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging) als sprake is van bijzondere (aanvullende) omstandigheden.

De inzet van een gevaarlijk wapen/gevaarlijke gedraging
Bij de steek- en schietincidenten werden gevaarlijke wapens ingezet. Een auto of een stoeptegel is geen wapen, maar in de bestudeerde verkeerszaken en zaken over het gooien van voorwerpen werden zij wel als 'wapen' ingezet. In gevallen waarin de verdachte geen voorwerp als wapen inzette, voerde de verdachte wel een voor het leven van het slachtoffer gevaarlijke gedraging

uit, zoals het duwen van een kussen in iemands gezicht of het laten verblijven van iemand die in slechte gezondheid is, in een onverwarmde ruimte bij lage temperaturen.

Op dit punt lijkt er (voor het aanvaardingsvereiste) wel een verschil te bestaan tussen enerzijds de gevallen waarin de verdachte een voorwerp gebruikt of een gedraging verricht waarvan in de kern altijd een gevaar uitgaat en die eigenlijk niet een normale, alledaagse bestemming hebben, zoals vuurwapens of een ander verwurgen, en anderzijds de gevallen waarin de verdachte voorwerpen gebruikt of gedragingen verricht die ook een alledaagse bestemming kunnen hebben, zoals voertuigen.

Blijkens de jurisprudentie over steek- en schietincidenten heeft de verdachte een bepaalde zorgplicht op het moment dat hij met een gevaarlijk wapen gaat rondlopen (zie paragraaf 3.1.2). Als hij geen maatregelen neemt om te voorkomen dat dat wapen wordt ingezet, dan wordt al snel aangenomen dat hij de gevolgen die intreden als dat wapen afgaat heeft aanvaard. Bij gevaarlijke verkeersmanoeuvres daarentegen wordt in de regel niet aangenomen dat de verdachte eventuele dodelijke gevolgen daarvan heeft aanvaard, zelfs niet als de verdachte zich wel bewust was van die gevolgen. In de uitspraken die ik ben tegengekomen waarin het oordeel dat sprake was van voorwaardelijk opzet in stand werd gelaten in cassatie, was eigenlijk altijd sprake van de gerichte inzet van het voertuig als een wapen (en niet van (gevaarlijk) verkeersmanoeuvres)) (zie paragraaf 3.1.3).

Bewustheid van bepaalde omstandigheden

Wanneer het gevaar met name ontstaat als gevolg van een aantal bijzondere omstandigheden, dan wordt bij het oordeel betrokken in hoeverre de verdachte van die bijzondere omstandigheden op de hoogte was (zie de uitspraken *Verstikking* en *Stiefmoeder*). De bewustheid van de aanwezigheid van het slachtoffer kan eveneens relevant zijn in gevallen waarin er niet zonder meer van uit kan worden gegaan dat de verdachte zich daarvan bewust was. Zo is niet zonder meer zeker dat iemand vanuit een vrachtwagen een persoon die vlakbij zijn wagen staat heeft gezien (*Vrachtauto*). Wanneer de gordijnen van het café dichtzaten, is eveneens de vraag of de verdachte wist dat zich daarbinnen personen bevonden en waar (*Vol café*). Ook bij een geparkeerde auto kan niet zomaar worden aangenomen dat de verdachte zich ervan bewust was dat de slachtoffers in die auto zaten (*Geparkeerde auto*).

Volhardendheid van de verdachte

De verdachten in de verkeerszaken bleven maar doorgaan. Zij weken niet uit voor een tegenligger, maar reden juist steeds weer opnieuw op die tegenligger af (*Spookrijder*, *Knallen*), namen geen gas terug, maar bleven op volle snelheid doorrijden richting het kanaal (*Lekkanaal*) of bleven maar remmen en optrekken (*Vrachtwagen*). De verdachten in de uitspraken *Dakkapel*, *Doorzeefde auto* en *Vol café* – over vuurwapens – vuurden niet een kogel af, maar schoten meer-

dere kogels in de richting waar de slachtoffers zich bevonden. Ook de verdachte in de *Verstikkin*g-uitspraak – aan wie ten laste was gelegd dat hij het slachtoffer had willen verwurgen – bleef maar door gaan, ruim vijfendertig minuten lang, met telkens opnieuw weer een kussen op het gezicht van het slachtoffer de drukken en haar keel dicht duwen. De verdachte in de *Stiefmoeder*-zaak liet het slachtoffer – dat een zwakke gezondheid had – een hele nacht bij lage temperaturen in een onverwarmde ruimte verblijven, zonder ook maar één keer te gaan kijken en wachtte ook 's ochtends nog anderhalf uur voordat zij de hulpdiensten belde, als gevolg waarvan het slachtoffer bijna overleed. In al deze zaken was dus sprake van een bepaalde volhardenheid bij de verdachte. Dat de gevolgen in deze zaken – waarin steeds sprake was van een poging – zijn uitgebleven, kwam alleen door het ingrijpen van anderen: de tegenliggers weken uit (*Spookrijder*, *Knallen*), het slachtoffer wist zichzelf uit de auto te redden (*Lekkanaal*), de politie arriveerde (*Verstikking*) en de hulpdiensten hadden de in coma geraakte patiënt door reanimatie en een operatie het leven weten te redden (*Stiefmoeder*). Als het alleen aan de verdachte had gelegen, was het in deze zaken dus wellicht heel anders afgelopen.

Contra-indicaties
Naast voornoemde omstandigheden, ben ik ook een aantal 'type-overstijgende' contra-indicaties tegengekomen. Bij zowel de verkeerszaken als bij de uitspraken die ik heb beschreven onder 'overige' ben ik de volgende contra-indicaties tegengekomen:
- De verdachte staakt *tijdig* en *uit zichzelf* zijn gedragingen.
- De verdachte neemt (tijdig) *voldoende* maatregelen om de gevolgen te voorkomen.

Bij *gevaarlijke verkeersmanoeuvres* kan als contra-indicatie gelden dat de gedraging ook voor de verdachte zelf (en zijn dierbaren) gevaar in het leven roept. Dit is echter geen contra-indicatie voor opzet in gevallen waarin sprake is van een tegen het slachtoffer gerichte geweldshandeling (al dan niet gepleegd met een voertuig). In de andere uitspraken ben ik deze contra-indicatie evenmin tegengekomen. Deze contra-indicatie lijkt dus, anders dan de andere contra-indicaties, geen algemene gelding te hebben. In paragraaf 3.7.9 zal wel nog blijken dat deze contra-indicatie desalniettemin ook bij andere casustypen dan verkeersmanoeuvres betrokken kan worden.

3.2 (Zware) mishandeling (300 e.v Sr)

Net als bij moord en doodslag, bespreek ik in het hiernavolgende eerst per type casus welke omstandigheden in de jurisprudentie van de Hoge Raad bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken, voordat ik meer overkoepe-

lend de omstandigheden bij (zware) mishandeling bespreek. Ik houd in hoofdlijnen hetzelfde onderscheid in typen casus aan als in paragraaf 3.1.

3.2.1 Steekincidenten

3.2.1.1 Jurisprudentie

HR 15 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5166 (*Flessenhals*)

> '3.1. Het middel klaagt onder meer over 's Hofs verwerping van het verweer dat de verdachte geen (voorwaardelijk) opzet had om [slachtoffer 1] zwaar lichamelijk letsel toe te brengen, zoals in zaak B onder 1 door het Hof is bewezenverklaard als weergegeven onder 2.2.1.
> 3.2. Het Hof heeft het in het middel bedoelde verweer als volgt samengevat en verworpen:
> "De raadsman heeft ter terechtzitting voor het onder 1 ten laste gelegde vrijspraak bepleit, aangezien (voorwaardelijk) opzet van de verdachte op de levensberoving dan wel zwaar lichamelijk letsel van [slachtoffer 1] niet kan worden bewezen.
> (...)
> Uit de stukken van het dossier is gebleken dat op 23 mei 2007 de verdachte en [slachtoffer 1] in de penitentiaire inrichting in Haarlem gedetineerd zaten. [Slachtoffer 1] mocht als reiniger onder andere het wasgoed van de medegedetineerden, waaronder ook dat van de verdachte, ophalen en brengen.
> In zijn aangifte van 23 mei 2007 (doorgenummerde pagina's 9 e.v.) heeft [slachtoffer 1] verklaard dat hij en de verdachte die bewuste ochtend conflict hebben gehad over het wasgoed. Later die ochtend is de verdachte vanuit zijn washok direct naar hem toegelopen en heeft hij hem met een gebroken fles, welke op zijn schouder terechtkwam, geslagen. Vervolgens heeft de verdachte met een mes een steekbeweging richting zijn schouder gemaakt.
> De bewaker [betrokkene 1] heeft verklaard (doorgenummerde pagina's 42 e.v.) [dat hij heeft] gezien dat de verdachte op weg naar de luchtplaats richting [slachtoffer 1] is gelopen. De bewaker hoorde de verdachte over wasgoed praten. Kort hierna zag hij de verdachte een slaande beweging naar [slachtoffer 1] maken, waarbij de verdachte [slachtoffer 1] op zijn schouder raakte. Daarna zag hij de verdachte, met in zijn hand een mes, een slaande beweging in de richting van [slachtoffer 1] maken. [Slachtoffer 1] was niet geraakt, omdat hij het mes wist te ontwijken.
> De verdachte heeft verklaard (proces-verbaal van verhoor van 20 maart 2008) dat hij na het wasgoedincident uit boosheid een ketjap fles tegen de muur van zijn cel had gegooid. De troep, waaronder ook de glasscherven, heeft de verdachte opgeruimd, alleen de hals van de fles had hij nog. Op weg naar het lichten had hij deze kapotte flessenhals meegenomen om weg te gooien. Toen hij onderweg [slachtoffer 1] tegenkwam heeft hij de kapotte fles naar hem gegooid. Bovendien heeft de verdachte verklaard dat hij een mes in zijn broekzak had zitten, maar dat hij deze niet heeft gebruikt.
> Ter terechtzitting in hoger beroep op 2 juli 2010 heeft de verdachte bevestigd dat hij de flessenhals naar [slachtoffer 1] heeft gegooid, en verklaard dat het niet de bedoeling was om hem te verwonden. Voorts heeft de verdachte verklaard dat hij [slachtoffer 1] aan wilde spreken op het voorval bij de wasmachine.

> (…)
> Uit de stukken van het dossier en het verhandelde ter terechtzitting acht het hof de verklaring van de verdachte aannemelijk dat hij boos was op [slachtoffer 1] en dat hij daarom de kapotte flessenhals gericht tegen hem heeft gegooid, waarbij hij diens schouder heeft geraakt. In die omstandigheid is er méér dan een vermoeden dat de verdachte de intentie had om [slachtoffer 1] daarmee ook te raken. Het slaan met een kapotte fles tegen het bovenlichaam (schouders en halsstreek) [is], gelet op de aard van dit voorwerp (scherp), reeds naar zijn uiterlijke verschijningsvorm zozeer gericht op het mogelijk toebrengen van zwaar lichamelijk letsel, dat het hof ervan uitgaat dat de verdachte de aanmerkelijke kans op dit gevolg bewust heeft aanvaard. Daarbij in aanmerking genomen de verklaring van de verdachte waarin hij zegt dat hij wist dat [hij] met de kapotte fles het gezicht van [slachtoffer 1] had kunnen verwonden, maar daar niet aan heeft gedacht op het moment van gooien. Dat door verdachtes handelen [slachtoffer 1] enkel een oppervlakkige snijwond heeft opgelopen maakt dit niet anders. Op grond van het voorafgaande is het hof van oordeel dat de verdachte zich heeft schuldig gemaakt aan poging tot zware mishandeling."
> 3.3 Het oordeel van het Hof dat de verdachte door zijn gedragingen – welke behalve het raken van [slachtoffer 1] met een gebroken fles tevens inhouden het maken van stekende bewegingen met een mes in de richting van die [slachtoffer 1] – willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat [slachtoffer 1] hierdoor zwaar lichamelijk letsel zou kunnen bekomen, geeft, mede gelet op de aard van die gedragingen alsmede de door het Hof vastgestelde omstandigheden waaronder deze zijn verricht, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is evenmin onbegrijpelijk.
> 3.4. Het middel faalt in zoverre.'

HR 23 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1699 (*Wijnglas*)[86]

De verdachte en het slachtoffer waren beiden in een café. De verdachte was, naar eigen zeggen, dronken. Ze was eerder op de avond al tegen meerdere mensen aangelopen, onder wie het slachtoffer, een bekende van de verdachte. Toen het slachtoffer de verdachte had aangesproken op haar gedrag, ontstond een woordenwisseling. Daarbij werd over en weer geduwd. De verdachte had een wijnglas in haar hand. Met dat (relatief grote) wijnglas in haar hand, had ze het slachtoffer een duw in het gezicht gegeven. Dat was met zoveel kracht gegaan dat het wijnglas was gebroken. Als gevolg daarvan had het slachtoffer een snee in haar gezicht opgelopen. Het gerechtshof had overwogen:

> 'De verdachte heeft ervoor gekozen om [slachtoffer] met kracht een duw in het gezicht te geven terwijl zij een wijnglas in haar hand had, hetgeen naar de uiterlijke

86 In de *Wijnglas*-zaak staat het bewustheidvereiste (en niet het wilsvereiste) centraal. Het betoog dat ook het wilsvereiste ontbreekt bouwt voort op het betoog dat de verdachte zich niet bewust was dat zij een wijnglas in de handen heeft. Dat verweer slaagt niet. Dat de Hoge Raad verder niet ingaat op het aanvaardingsvereiste, heb ik opgevat als een teken dat uit de gedragingen kan worden afgeleid dat de verdachte heeft aanvaard dat het slachtoffer lichamelijk letsel zou oplopen als gevolg van haar handelen.

verschijningsvorm kan worden aangemerkt als een handeling die is gericht op het toebrengen van letsel, temeer daar zij met haar hand de kelk ondersteunde en het dientengevolge zichtbaar was dat zij het glas in haar hand had en desalniettemin die [slachtoffer] een duw in haar gezicht gaf met de hand waarin zich het wijnglas bevond. Hieruit leidt het hof af dat de verdachte wel degelijk opzet had op de mishandeling van [slachtoffer].'

De raadsman van de verdachte had in hoger beroep betoogd dat zowel het voor voorwaardelijk opzet vereiste kenniselement als het wilsvereiste zouden ontbreken:

'Voorwaardelijke opzet vereist een kenniselement:
Dit ontbreekt. Hier was (men) [verdachte] op dat moment niet van bewust. Als ik de verklaringen na lees is er over een weer geduwd, waarbij [verdachte] in de hand een glas hield dat op enig moment tegen het gezicht van [slachtoffer] is gekomen. Onbekend is mij wanneer dit glas is gebroken. Dit kan tijdens het duwen zijn geweest, maar niet valt uit te sluiten dat het brak toen het glas (wijn of longdrink?) het gezicht van [slachtoffer] raakte. We weten niet of [slachtoffer] een glas in haar hand heeft gehad. [verdachte] heeft teruggeduwd zonder zich te realiseren (onachtzaamheid) dat ze nog een glas in haar hand hield.
Voorwaardelijk opzet vereist een wilsvereiste:
Ook dit ontbreekt. Heeft [verdachte] de aanmerkelijke kans dat het gevolg (breuk wijnglas en daarmee gezicht [slachtoffer] raken) zal intreden willens en wetens aanvaard, voor lief hebben genomen, op de koop toe hebben genomen?
[verdachte] (first offender) heeft nimmer in haar willen en weten er maar zelfs aan gedacht om toen (geen zin in ruzie) iemand (laat staan de haar bekende [slachtoffer]) te raken met een glas dat daarbij misschien sneuvelt. Dit is een – zoals juristen zeggen – een hoogst ongelukkige samenloop van omstandigheden. [verdachte] vindt het afschuwelijk voor [slachtoffer], en zo is het!'

De Hoge Raad overwoog:

'2.2 Blijkens de bewijsvoering heeft het Hof vastgesteld dat de verdachte met haar hand waarin zij het wijnglas had, desalniettemin het slachtoffer met zodanige kracht een duw in het gezicht heeft gegeven dat het glas brak. Daaruit heeft het Hof kennelijk afgeleid dat het niet anders kan dan dat de verdachte, ook al had zij, naar zij heeft verklaard "behoorlijk veel gedronken", zich bewust is geweest van het wijnglas in haar hand toen zij met haar hand het slachtoffer met kracht in het gezicht duwde.
Dat oordeel is niet onbegrijpelijk en, mede gelet op hetgeen door de verdediging dienaangaande is aangevoerd, toereikend gemotiveerd. Daarmee is de bewezenverklaring wat betreft het opzet van de verdachte op de mishandeling toereikend gemotiveerd, wat er zij van hetgeen het hof heeft overwogen omtrent de zichtbaarheid van het glas en de uiterlijke verschijningsvorm van verdachtes handelen.'[87]

87 Zie over de betekenis van deze laatste zinsnede ook de paragrafen 2.1.5.2 en 2.2.2.

3.2.1.2 Analyse

In zowel de uitspraak *Flessenhals* als de uitspraak *Wijnglas* bleef het oordeel van het gerechtshof dat de verdachte voorwaardelijk opzet had in cassatie in stand. Ik zie een aantal overeenkomsten tussen de casus in de beide uitspraken. De eerste overeenkomst is dat in beide uitspraken de verdachte ruzie had met het slachtoffer en zich agressief gedroeg. In de *Wijnglas*-uitspraak werd dat benadrukt door de overweging van het gerechtshof dat verdachte het slachtoffer 'met kracht' een wijnglas in het gezicht had geduwd.[88] In de *Flessenhals*-zaak was de verdachte recht op het slachtoffer afgelopen en was hij gaan slaan/steken (verdachte zocht confrontatie). Bij de beschrijving van de feiten werd door het gerechtshof betrokken dat de verdachte en het slachtoffer eerder op de ochtend ook al ruzie hadden gehad, evenals de verklaring van de verdachte dat hij boos was. Beide omstandigheden droegen bij aan het oordeel dat sprake was agressie van de kant van de verdachte.
Een andere overeenkomst tussen beide zaken is dat de verdachte een (scherp) voorwerp had gebruikt, dat hij in de richting van het lichaam van het slachtoffer had bewogen.

Wat eveneens overeenkomt tussen beide casus is de ernst van de verwondingen die het slachtoffer oploopt. In beide gevallen gaat het om lichte verwondingen. Toch wordt in de *Wijnglas*-uitspraak voorwaardelijk opzet op lichamelijk letsel aangenomen, terwijl in de *Flessenhals*-uitspraak – waar een poging ten laste was gelegd – voorwaardelijk opzet op *zwaar* lichamelijk letsel werd aangenomen. Als de opgelopen verwondingen dit verschil niet kunnen verklaren, wat dan wel? Ik zie een aantal verschillen die hiervoor redengevend kunnen zijn.

Een eerste verschil is de gedraging zelf. In beide uitspraken is sprake van het slaan met een glazen voorwerpen. In de *Wijnglas*-uitspraak had de verdachte dat zelfs 'met kracht' gedaan. In de uitspraak *Flessenhals* was echter daarnaast ook nog sprake van het steken met een (geprepareerd) mes. De Hoge Raad benadrukte dit laatste in zijn overweging ('welke behalve (…) tevens inhouden het maken van een stekende beweging met een mes'). Dat de Hoge Raad dit benadrukte, beschouw ik dan ook als een signaal dat die gedraging van belang is voor het aannemen van voorwaardelijk opzet op *zwaar* lichamelijk letsel.

Niet alleen de gedraging (slaan of steken), maar ook het voorwerp waarmee dit gebeurde is blijkens bovenstaande relevant. In de *Wijnglas*-uitspraak had de verdachte het slachtoffer geslagen met een wijnglas. Dat wijnglas brak pas op het moment dat zij daarmee had geslagen. Het voorwerp was dus nog niet scherp toen zij daarmee sloeg. In de *Flessenhals*-uitspraak ging het daarentegen

88 Deze omstandigheid wordt mogelijk ook genoemd om het verweer te weerleggen dat de verdachte zich niet bewust zou zijn geweest van het wijnglas in haar hand. Nu zij zo'n bewuste beweging maakt, is het niet geloofwaardig dat zij zich niet bewust was van het wijnglas, zo lijkt de (impliciete) redenering.

om een al gebroken flessenhals. Die flessenhals was dus al scherp toen de verdachte ermee sloeg. Een flessenhals is ook robuuster dan een wijnglas. Er kan dus meer schade mee worden aangericht. Daarnaast had de verdachte in de *Flessenhals*-zaak bovendien een mes gebruikt. Aan dit laatste hechtte, zo bleek hiervoor al, de Hoge Raad belang.

Mogelijk speelt ten aanzien van welke gevolgen de verdachte heeft aanvaard ook de frequentie van de gedragingen een rol. De verdachte in de *Wijnglas*-uitspraak had het slachtoffer één keer (met het wijnglas) geslagen. De verdachte in de *Flessenhals*-zaak had eerst het slachtoffer met een flessenhals geslagen en had vervolgens meerdere stekende bewegingen met een mes gemaakt.

Een laatste verschil is in de richting van welk lichaamsdeel de verdachte het voorwerp had bewogen. In de *Wijnglas*-uitspraak was dat het gezicht. In de *Flessenhals*-uitspraak was *de flessenhals* in de richting van het bovenlichaam van het slachtoffer gegaan. Uit de overwegingen van het gerechtshof maak ik op dat met *het mes* een stekende beweging in de richting van de schouder was gemaakt.[89]

Het verschil tussen voorwaardelijk opzet op lichamelijk letsel en op *zwaar* lichamelijk letsel lijkt dus te zijn:

- Het voorwerp dat wordt gebruikt: Naarmate dat voorwerp meer schade kan aanrichten, kan eerder voorwaardelijk opzet op zwaar lichamelijk letsel worden aangenomen.
- De gedraging: Een slaande beweging wijst over het algemeen meer op voorwaardelijk opzet op lichamelijk letsel, terwijl een stekende beweging kan wijzen op voorwaardelijk opzet op zwaar lichamelijk letsel.
- Mogelijk: In de richting van welk lichaamsdeel de verdachte het voorwerp heeft bewogen.

Voorwaardelijk opzet op levensberoving

Voornoemde omstandigheden lijken mij ook relevant voor het onderscheid tussen voorwaardelijk opzet op zwaar lichamelijk letsel en op levensberoving. Als we de hier beschreven casus vergelijken met de steekincidenten beschreven in paragraaf 3.1.2, dan zie ik vier verschillen.

---

89 In dit verband is nog relevant dat in de *Flessenhals*-zaak primair poging tot moord en subsidiair poging tot doodslag ten laste was gelegd. Hiervan werd de verdachte vrijgesproken. Uit de uitspraak van het gerechtshof (Hof Amsterdam 19 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:3908) blijkt niet heel duidelijk op grond van welke omstandigheden het hof hiertoe kwam. Mogelijk was hiervoor relevant dat de verdachte het slachtoffer met het mes (alleen maar) in de schouder had gestoken. De Hoge Raad ging in zijn overwegingen overigens niet in op in de richting van welk lichaamsdeel de verdachte met *het mes* had gestoken. Daardoor is niet helemaal duidelijk hoe relevant dat is. Mogelijk is het steken met een mes (gelet op de aard van het voorwerp) op zichzelf reeds een gedraging die is gericht op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel, ongeacht waar wordt gestoken.

Het eerste verschil betreft het voorwerp dat wordt gebruikt. In de in paragraaf 3.1.2 besproken steekincidenten werden messen gebruikt, terwijl het in de hier besproken zaken (ook) ging om glazen en afgebroken flessenhalzen.

Een tweede verschil betreft de gedraging zelf. In de in de paragraaf 3.1.2 besproken uitspraken werd een stekende beweging gemaakt. In de enige uitspraak waarin de verdachte niet (bewezen) had *gestoken* met het mes (*In het mes gelopen*) kon geen voorwaardelijk opzet op levensberoving worden aangenomen, in de andere uitspraken wel.

In paragraaf 3.1.2 beschreef ik eveneens dat relevant is in de richting van welk lichaamsdeel de verdachte stak. In de uitspraak *Vleesmes* werd het oordeel dat sprake was van voorwaardelijk opzet op de dood gecasseerd. Daarbij woog mee de verdachte het slachtoffer in zijn bovenbeen had gestoken. In de uitspraken waarin het oordeel van het gerechtshof wel in stand kon blijven, was gestoken in de richting van buik en borst. Uit de in paragraaf 3.2.2 te bespreken uitspraken *Huiselijk geweld* en *Gebalde vuist* kan worden afgeleid dat de (feiten)rechter buik en hoofd aanmerkt als bijzonder kwetsbare lichaamsdelen, waar vitale organen zijn gesitueerd. Ook om welk lichaamsdeel het gaat maakt dus mogelijk verschil.

Tot slot stelde ik in paragraaf 3.1.2 dat ook de frequentie waarmee werd gestoken/geschoten relevant was in het kader van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. De uitspraken *Wijnglas* en *Flessenhals* lijken dit te bevestigen.

3.2.1.3 Bevindingen

Uit de uitspraken *Flessenhals* en *Wijnglas* leid ik af dat de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm zozeer is gericht op (zwaar) lichamelijk letsel dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte dat gevolg heeft aanvaard:

- Of sprake is van een agressieve situatie/agressieve gedraging van de verdachte;
- Of de verdachte een (krachtige) beweging maakt met een (scherp) voorwerp richting het lichaam van het slachtoffer.

Opzet op (zwaar) lichamelijk letsel of levensberoving

Voor de beantwoording van de vraag of de verdachte voorwaardelijk opzet heeft op lichamelijk letsel, zwaar lichamelijk letsel of levensberoving, zijn de volgende omstandigheden van belang:

- (De aard van) het voorwerp dat wordt gebruikt;
- Of de verdachte een slaande of een stekende beweging heeft gemaakt;
- De frequentie waarmee is gestoken/geschoten;
- In de richting van welk lichaamsdeel de verdachte het voorwerp heeft bewogen/op welk lichaamsdeel de verdachte heeft gericht.

3.2.2 Schoppen en slaan

3.2.2.1 Jurisprudentie

HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087, *NJ* 2008/375, m.nt. Keijzer (*Vliegende tackle*)

Tijdens een voetbalwedstrijd Sparta-Go Ahead Eagles was de bal na een niet aan Sparta toegekende strafschop terechtgekomen bij N.K., speler van Go Ahead Eagles, die ergens buiten het strafschopgebied stond. N.K. werd daarop door de verdachte, een speler van Sparta, aangevallen met een sliding. Het ging daarbij om een 'vliegende tackle, waarbij verdachte met hoge snelheid en kracht vanaf een (te) korte afstand met gestrekt been en een schoen met metalen noppen, op het slachtoffer afkomt'. Volgens de scheidsrechter ging het om een buitensporige inzet, een overtreding, die hij in zijn veertienjarige loopbaan als scheidsrechter nog nooit had gezien. Hij sprak dan ook van 'een aanslag'. De sliding werd door de scheidsrechter bestraft met een rode kaart. Eveneens werd een strafvervolging tegen de verdachte ingesteld. Het gerechtshof had de verdachte veroordeeld voor zware mishandeling. In cassatie werd met verschillende klachten opgekomen tegen het oordeel van het gerechtshof dat verdachte voorwaardelijk opzet had op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel. De Hoge Raad overwoog ten aanzien van deze klachten:

> '4.3 Ten laste van de verdachte is door het Hof bewezenverklaard dat hij opzettelijk zwaar lichamelijk letsel heeft toegebracht aan het slachtoffer. Die bewezenverklaring is gekwalificeerd als: "zware mishandeling".
> Voorop moet worden gesteld dat de omstandigheid dat een gedraging is verricht in een sport- of spelsituatie, geen zelfstandige factor bij de beoordeling van het ten laste gelegde opzet is, in die zin dat die omstandigheid tot een beoordeling aan de hand van andere maatstaven zou dienen te leiden, dan indien het gaat om een gedraging die buiten zo'n situatie is verricht. Dit uitgangspunt heeft het Hof niet miskend waar immers de hiervoor onder 3.3 weergegeven overweging inhoudt dat het Hof niet ervan uitgaat "dat gedragingen op het voetbalveld – zoals in de thans voorliggende zaak – als zodanig anders zouden dienen te worden beoordeeld dan daarbuiten". Voor zover het middel over die opvatting klaagt, faalt het derhalve.
> 4.4 Ook voor het overige faalt het middel. Het Hof heeft geoordeeld dat de "actie" van de verdachte, waardoor aan K. zwaar lichamelijk letsel is toegebracht, een flagrante overtreding van de regels van het voetbalspel oplevert. Mede op grond daarvan is het Hof uiteindelijk tot de slotsom gekomen dat "gezien de uiterlijke verschijningsvorm van de actie van verdachte derhalve niet anders [kan] worden geoordeeld dan dat de verdachte met de onderhavige gedraging de aanmerkelijke kans op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel op de koop toe heeft genomen/heeft aanvaard". Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl het in het licht van de inhoud van de gebezigde bewijsmiddelen ook niet onbegrijpelijk is.'

HR 13 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7123, *NJ* 2012/12 (*Schouderduw*)

Twee agenten hadden 's avonds laat een melding ontvangen van een steekpartij. Ter plekke aangekomen hadden zij de jongere broer van de verdachte willen aanhouden.

Politieagent 1 had geprobeerd de aanhouding af te schermen en had de verdachte, die samen met anderen op de aanhouding was afgekomen, weggeduwd. De verdachte had daarop (eenmaal) met kracht tegen de linkerschouder van politieagent 1 geduwd. Politieagent 1 had daarbij een stekende pijn in zijn schouder gevoeld. Hij was kort daarvoor aan de schouder geopereerd, omdat die schouder in het verleden verschillende keren uit de kom was geweest. De verdediging had ten aanzien van de mishandeling vrijspraak bepleit, omdat het vereiste opzet daarop zou hebben ontbroken. Het gerechtshof had daarover overwogen:

> 'Verbalisant [verbalisant 1] geeft in zijn proces-verbaal van bevindingen aan dat de verdachte hem met kracht en opzet een duw tegen zijn linkerschouder gaf en dat hij daarvan pijn heeft ondervonden. Het hof is van oordeel dat verdachte door het met kracht geven van een duw willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat [verbalisant 1] daarvan pijn zou ondervinden. Voor zover de raadsman het verweer heeft gevoerd dat verdachte geen weet had van de bijzondere gevoeligheid van de linkerschouder van aangever, is het hof van oordeel dat ook afgezien van deze omstandigheid verdachte door met kracht tegen het lichaam van aangever te duwen het risico van toebrengen van pijn op de koop toe heeft genomen. Het verweer wordt mitsdien – in al haar onderdelen – verworpen.'

Tegen dit oordeel werd in cassatie opgekomen. De Hoge Raad zette eerst (*r.o.* 3.4) (verkort) het kader uit het *HIV I*-arrest uiteen en overwoog vervolgens (*r.o.* 3.5):

> 'Het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte eenmaal met kracht een duw heeft gegeven tegen de linkerschouder van de aangever. Het daarop steunende oordeel van het Hof dat de verdachte, ook afgezien van de vraag of hij weet had van de bijzondere gevoeligheid van de linkerschouder van de aangever, door met kracht een duw tegen die schouder te geven bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de aangever daardoor letsel en/of pijn zou ondervinden, is – gelet op hetgeen de algemene ervaring leert – niet zonder meer begrijpelijk. De bewezenverklaring is derhalve in zoverre ontoereikend gemotiveerd.'

HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9985 (*Huiselijk geweld*)

Een vrouw had aangifte gedaan nadat haar man haar die maandag in de keuken op de grond had gegooid. Ze was daarbij op haar rug gevallen. De verdachte had haar geschopt en had daarna twee of drie keer op haar buik gesprongen. Hij had daarbij op het aanrecht gesteund en was met beide voeten op de buik van het slachtoffer gesprongen. De verdachte werd hiervoor veroordeeld voor poging tot doodslag. Het slachtoffer was al vaker door de verdachte – met wie zij al bijna 30 jaar getrouwd was – mishandeld. De verdachte was in het verleden ook al vaker op deze wijze op de buik van zijn vrouw gesprongen. Ook had de verdachte het slachtoffer in het verleden herhaaldelijk (met voorwerpen) geslagen en gestompt. Voor deze oudere incidenten werd hij veroordeeld wegens poging tot zware mishandeling. Het gerechtshof overwoog daartoe ten aanzien van het opzet:

> 'Het hof is van oordeel dat de kans op zwaar lichamelijk letsel en overlijden als gevolg van springen op de buik – gelet op de vitale organen die zich in de buik

> bevinden – aanmerkelijk is te noemen. Het hof is voorts van oordeel dat voornoemde handeling – het springen op de buik waarbij verdachte zich vasthield aan het aanrecht – naar zijn uiterlijke verschijningsvorm zozeer gericht is op de dood van het slachtoffer (feit 1 primair) en op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel (feit 2) dat gezegd kan worden dat verdachte de aanmerkelijke kans op dat gevolg heeft aanvaard. Derhalve was er bij verdachte bij de onder 1 primair en 2 bewezen verklaarde feiten sprake van voorwaardelijk opzet.'

In cassatie werd opgekomen tegen het oordeel dat de verdachte bij de eerdere incidenten opzet had gehad op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel. De Hoge Raad overwoog:

> '2.3.2 Het Hof heeft voorts geoordeeld dat het springen op de buik zozeer was gericht op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel dat gezegd kan worden dat de verdachte de aanmerkelijke kans op dat gevolg heeft aanvaard en dat bij de verdachte sprake was van voorwaardelijk opzet. Aldus heeft het Hof niet onbegrijpelijk tot uitdrukking gebracht dat de verdachte telkens de aanmerkelijke kans op zwaar lichamelijk letsel bewust heeft aanvaard.'

HR 27 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:453, *NJ* 2019/192, m.nt. Wolswijk (*Gebalde vuist*)

In een café was een conflict ontstaan tussen de verdachte en het slachtoffer. De verdachte had het slachtoffer bij de keel gepakt, hem in een houdgreep genomen en had hem vervolgens met gebalde vuist met kracht in zijn gezicht geslagen. Het slachtoffer had daardoor onder andere een gebroken oogkas en gebroken kaak opgelopen. De verdachte werd veroordeeld voor zware mishandeling. Ten aanzien van het opzet had het gerechtshof overwogen:

> 'Naar algemene ervaringsregels roept het hard en met gebalde vuist slaan in het gezicht en daarmee tegen het hoofd de aanmerkelijke kans in het leven dat het slachtoffer daardoor zwaar lichamelijk letsel oploopt, nu het gezicht en het hoofd door de aard, constitutie en door alle vitale functies die hier gesitueerd zijn bij uitstek een kwetsbaar gebied is. Nu het algemene ervaringsregels betreft heeft een ieder – en dus ook verdachte – wetenschap van het bestaan van deze aanmerkelijke kans. Het hard met gebalde vuist slaan in het gezicht is naar de uiterlijke verschijningsvorm zozeer gericht op het bewerkstelligen van zwaar lichamelijk letsel, dat hieruit volgt dat verdachte die aanmerkelijke kans ook heeft aanvaard. Van contraindicaties waaruit zou blijken dat verdachte die aanmerkelijke kans niet heeft aanvaard, is niet gebleken.
> Gelet op het voorgaande komt het hof – anders dan de advocaat-generaal en de rechtbank – tot een bewezenverklaring van het primair ten laste gelegde.'

In cassatie werd geklaagd dat het bewezenverklaarde opzet niet uit de gebezigde bewijsvoering kon worden afgeleid. De Hoge Raad overwoog:

> '2.4 Het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte aan het slachtoffer zwaar lichamelijk letsel heeft toegebracht. Aangaande de omstandigheden waaronder hij dit letsel aan het slachtoffer heeft toegebracht, heeft het Hof blijkens de gebezigde bewijsmid-

> delen vastgesteld dat de verdachte het slachtoffer bij de keel heeft gegrepen, hem in een houdgreep heeft genomen en toen, met een zwaaiende beweging van zijn arm, het slachtoffer met een gebalde vuist met kracht in het gezicht heeft geslagen. Het oordeel van het Hof dat onder die omstandigheden kan worden bewezenverklaard dat verdachtes opzet was gericht op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is toereikend gemotiveerd.'

HR 24 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:659, *NJ* 2019/193, m.nt. Wolswijk (*Bokser*)

De verdachte, een oud bokser, was komen aanrijden bij een café. Toen hij de eigenaar van het café (het slachtoffer) buiten had zien staan, had hij plotseling zijn auto geparkeerd. Hij was uit zijn auto gestapt, was naar het slachtoffer toegelopen en had die met gebalde vuist in het gezicht geslagen. Het slachtoffer had als gevolg daarvan onder andere een gebroken oogkas en gebroken neus opgelopen. Volgens het gerechtshof was dat geen zwaar lichamelijk letsel. De verdachte werd veroordeeld voor *poging* tot zware mishandeling. Ten aanzien van het (voorwaardelijk) opzet op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel had het gerechtshof overwogen:

> 'Het hof stelt voorop dat voor omschreven handelen van verdachte, te weten het met kracht met de vuist slaan in iemands gezicht, terwijl degene die slaat bokservaring heeft en een grote man is, een aanmerkelijk kans op zwaar lichamelijk letsel bij het slachtoffer in het leven roept. Het is immers een feit van algemene bekendheid dat het gezicht bijzonder kwetsbaar is. Zo kan door met kracht in iemands gezicht te slaan, gemakkelijk de kaak en/of de oogkas en/of het neusbot breken, waarbij veelal operatief ingrijpen noodzakelijk is, blijvende littekenvorming in het aangezicht ontstaan, dan wel een oog blijvend beschadigd raken.
> Voorts is het hof van oordeel dat voren omschreven gedraging van verdachte naar zijn uiterlijke verschijningsvorm – behoudens contra-indicaties waarvan niet is gebleken – kan worden aangemerkt als zo zeer gericht op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel bij het slachtoffer dat het niet anders kan zijn dan dat verdachte de aanmerkelijke kans hierop bewust heeft aanvaard. Dat dit gevolg niet is ingetreden, is uitsluitend te danken aan omstandigheden buiten de wil van verdachte.'

Tegen dit oordeel van het gerechtshof keerde zich het tweede cassatiemiddel. De Hoge Raad overwoog:

> '2.4 Het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte, die vroeger heeft gebokst en een grote man is van circa twee meter, met een gebalde vuist "gericht en met kracht" tegen het gezicht van het slachtoffer onder zijn rechteroog en tegen zijn neus heeft gestompt ten gevolge waarvan fracturen aan de oogkas en het neusbot zijn ontstaan. Het op die – niet onbegrijpelijke – vaststellingen gebaseerde oordeel van het Hof dat kan worden bewezenverklaard dat verdachtes opzet was gericht op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel, getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is toereikend gemotiveerd.'

3.2.2.2 Analyse

In deze vijf uitspraken had de verdachte zijn lichaam gebruikt om het slachtoffer te verwonden.

In alle vijf de zaken was sprake van een doelbewuste tegen het slachtoffer gerichte geweldshandeling. Dit geldt ook voor de *Vliegende tackle*-uitspraak. Blijkens de uitspraak vormde de omstandigheid dat 'een gedraging is verricht in een sport- of spelsituatie' geen 'zelfstandige factor' bij de beoordeling van het ten laste gelegde opzet, in die zin 'dat die omstandigheid tot een beoordeling aan de hand van andere maatstaven zou dienen te leiden, dan indien het gaat om een gedraging die buiten zo'n situatie is verricht'. Dat neemt niet weg dat die context – anders dan rechtsoverweging 4.3 van het arrest doet voorkomen – in de uitspraak wel degelijk relevant was voor het oordeel over het voorwaardelijk opzet. Was dit niet van belang geweest voor het voorwaardelijk opzet, maar slechts voor de wederrechtelijkheid, dan had de omstandigheid dat sprake was van een 'flagrante overtreding van de regels van het voetbalspel' immers niet hoeven te worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Maar de Hoge Raad betrok deze omstandigheid blijkens rechtsoverweging 4.4 wel bij zijn oordeel. De betekenis hiervan lijkt te zijn dat de omstandigheid dat de spelregels 'flagrant' werden overtreden maakte dat de gedraging van de verdachte werd beschouwd als een doelbewuste tegen het slachtoffer gerichte geweldshandeling. Een 'gewone' tackle zou op straat wellicht als een agressieve gedraging worden aangemerkt, maar op het voetbalveld niet. De gedraging van de verdachte was echter geen 'gewone' tackle, maar een 'vliegende tackle', uitgevoerd met hoge snelheid, vanaf korte afstand en met gestrekt been, en daardoor een buitensporige overtreding van de spelregels. De scheidsrechter sprak zelfs over een 'aanslag'. Daarom werd de gedraging van de verdachte – ook op het voetbalveld – als een (bijzonder) agressieve gedraging beschouwd. De gedraging heeft met (gewone) speldeelname niets meer te maken. Hier kan de parallel worden getrokken met de verkeerszaken, beschreven in de paragrafen 3.1.3 en 3.2.3. Ook daar was relevant dat de verdachte niet langer bezig is met verkeersdeelname, maar met een tegen het slachtoffer gerichte geweldshandeling. De sport- en spelcontext is dus wel van belang bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een agressieve, tegen het slachtoffer gerichte gedraging of niet. Dat bij de vaststelling of sprake was van een (bijzonder) agressieve gedraging, de sport- en spelsituatie werd betrokken, doet er echter niet aan af dat voor het overige, zoals hierna zal blijken, dezelfde omstandigheden werden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm als in de andere zaken. In zoverre is de sport- en spelsituatie inderdaad geen 'zelfstandige factor' en worden er inderdaad geen 'andere maatstaven' aangelegd.

Een verschil tussen de vier uitspraken waarin wel voorwaardelijk opzet werd aangenomen (*Vliegende tackle*, *Huiselijk geweld*, *Gebalde vuist*, *Bokser*) en waarin geen sprake was van voorwaardelijk opzet (*Schouderduw*) is de gedraging zelf. In de uitspraak *Schouderduw* had de verdachte het slachtoffer (enkel) geduwd. In de andere uitspraken werd geslagen, geschopt en gesprongen. Daarbij lijkt ook de plaats waar het slachtoffer werd geraakt een rol te spelen Het (enkele) duwen van iemand tegen zijn schouder (*Schouderduw*) is geen

gedraging die duidt op voorwaardelijk opzet op het aanbrengen van lichamelijk letsel. Dat het slachtoffer kort daarvoor aan zijn schouder was geopereerd deed daaraan niet af. De verdachte wist dit ook niet en kon dat ook niet weten. Had de verdachte dit wel geweten, dan was het misschien anders geweest. Ik besprak al eerder (zie de paragrafen 2.2.2 en 3.1.4) dat alleen omstandigheden meegewogen worden waarvan de verdachte zich bewust is.

In de uitspraken waarin voorwaardelijk opzet werd aangenomen, ging het om voorwaardelijk opzet op *zwaar* lichamelijk letsel. Een eerste relevante omstandigheid daarvoor was de plaats waar de verdachte het slachtoffer had geraakt. De buik – 'gelet op de vitale organen die daar liggen' – is een plek waar zwaar lichamelijk letsel kan ontstaan, zo kan worden afgeleid uit de *Huiselijk geweld*-uitspraak, als daarop wordt gesprongen. Het gezicht kan eveneens een plek zijn waar zwaar lichamelijk letsel kan ontstaan 'nu het gezicht en het hoofd door de aard, constitutie en door alle vitale functies die hier gesitueerd zijn bij uitstek een kwetsbaar gebied is', aldus het gerechtshof in de *Gebalde vuist*-uitspraak. Zie in dezelfde zin het gerechtshof in de *Bokser*-uitspraak.

Blijkens de uitspraken is niet alleen de plaats waar het slachtoffer wordt geraakt relevant. Het enkele *slaan met een gebalde vuist* op het gezicht is niet voldoende om aan te nemen dat sprake is van voorwaardelijk opzet op *zwaar* lichamelijk letsel.[90] Dit leid ik af uit de *Gebalde vuist*-uitspraak. In die uitspraak had het gerechtshof volstaan met het noemen van het 'hard met gebalde vuist in het gezicht slaan'. De Hoge Raad voegde daar een aantal omstandigheden aan toe. Ook in de *Bokser*-uitspraak werden (ook door het gerechtshof) meer omstandigheden genoemd dan het enkele slaan in het gezicht met gebalde vuist. Het ging om een aantal aanvullende omstandigheden, die ook in de andere uitspraken een rol spelen.

Een eerste aanvullende omstandigheid die relevant lijkt te zijn, is de kracht en de gerichtheid waarmee de verdachte heeft geslagen, geschopt of gesprongen. In de uitspraken *Gebalde vuist* ('met kracht in het gezicht heeft geslagen') en *Bokser* ('gericht en met kracht') werd dit expliciet genoemd door de Hoge Raad. Ook werd in deze beide uitspraken genoemd dat de verdachte met gebalde vuist had geslagen, hetgeen eveneens een aanwijzing lijkt te zijn voor de kracht waarmee iemand geraakt wordt. Iemand een klap geven met vlakke hand, heeft immers over het algemeen minder impact dan iemand met een gebalde vuist slaan. Verder werd in de *Gebalde vuist*-uitspraak door de Hoge Raad (anders dan door het gerechtshof) genoemd dat de verdachte het slachtoffer bij de keel had gegrepen en in een houdgreep heeft gehouden terwijl hij hem sloeg. Dat zouden aanvullende aanwijzingen kunnen zijn over de kracht en de gerichtheid waarmee de verdachte had geslagen. In de *Bokser*-zaak werd het bij het slachtoffer ontstane letsel ('fracturen aan de oogkas en het

90 Ik sluit niet uit dat het wel voldoende is voor opzet is op het toebrengen van lichamelijk letsel, maar hier was zware mishandeling ten laste gelegd.

neusbot') bij het oordeel betrokken. Dit letsel werd door het gerechtshof niet als zwaar lichamelijk letsel aangemerkt.[91] Desalniettemin werd dit letsel door de Hoge Raad genoemd. Het lijkt te worden gebruikt als een aanwijzing voor de kracht en de gerichtheid waarmee is geslagen. Ook de omstandigheid dat de verdachte oud-bokser en een grote man was, lijken in dit licht te moeten worden bezien.[92] In de *Huiselijk geweld*-uitspraak werden de kracht en de gerichtheid waarmee de verdachte op de buik was gesprongen weliswaar niet expliciet genoemd, maar wel werd genoemd dat de verdachte zich vasthield aan het aanrecht terwijl hij sprong en dat hij met twee voeten op de buik sprong. Deze omstandigheden vormen een aanwijzing voor de kracht en de gerichtheid waarmee de verdachte dit deed. In de *Vliegende tackle*-zaak was een van de omstandigheden die het gerechtshof had genoemd dat sprake was van een 'vliegende tackle, waarbij verdachte met hoge snelheid en kracht vanaf een (te) korte afstand met gestrekt been en een schoen met metalen noppen, op het slachtoffer afkomt'.

Een tweede aanvullende omstandigheid die in alle strafzaken waarin het oordeel van het gerechtshof in stand werd gelaten (op de achtergrond) mee lijkt te spelen is dat het slachtoffer zich niet (goed) kon verweren.[93] In de *Huiselijk geweld*-zaak was het slachtoffer gevallen en lag zij met haar rug op de grond. In de *Gebalde vuist*-uitspraak werd de verdachte in een houdgreep gehouden, terwijl hij werd geslagen. In de *Bokser*-uitspraak werden de lengte van de verdachte en het feit dat hij oud-bokser is genoemd, indicaties dat het voor het slachtoffer moeilijk was zich goed tegen de verdachte te verweren. In de *Vliegende tackle*-uitspraak was de verdachte finaal over de schreef gegaan. Hij deed daardoor iets, waar het slachtoffer geen rekening mee had gehouden. Het slachtoffer was in dat opzicht 'kwetsbaar'.

Niet relevant is of het gevolg daadwerkelijk is ingetreden. In de *Schouderduw*-uitspraak was het gevolg wel ingetreden, maar hield het oordeel dat de verdachte voorwaardelijk opzet had op dat gevolg in cassatie geen stand. In de *Bokser*-uitspraak had het slachtoffer geen *zwaar* lichamelijk letsel opgelopen (wel lichamelijk letsel), maar werd desalniettemin voorwaardelijk opzet op zwaar lichamelijk letsel aangenomen.[94]

Schoppen en slaan en voorwaardelijk opzet op levensberoving

Dat de casustype 'schoppen en slaan' hier alleen in het kader van (zware) mishandeling wordt besproken zou de indruk kunnen wekken dat uit schoppen en slaan nooit voorwaardelijk opzet op levensberoving zou kunnen worden afgeleid. Dat is evenwel niet juist. In de uitspraak *Huiselijk geweld* hadden er

91 Vgl. HR 3 juli 2019, ECLI:NL:HR:2018:1051 (*Overzichtsarrest zwaar lichamelijk letsel*).
92 Kritisch hierover is annotator Wolswijk in zijn noot bij het *Bokser*-arrest.
93 Vgl. de noot van Wolswijk bij het *Bokser*-arrest.
94 Zie over het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm bij pogingen nader hfdst. 8, par. 2.1.

meerdere incidenten plaatsgevonden waarbij de verdachte het slachtoffer op de buik had gesprongen. Voor de eerdere incidenten werd de verdachte vervolgd wegens poging tot zware mishandeling. Voor het laatste incident werd de verdachte evenwel vervolgd en veroordeeld voor poging tot doodslag.[95] Het voorwaardelijk opzet werd daarbij eveneens afgeleid uit de gedraging – het springen op de buik. Ik leid daaruit af dat uit schoppen en slaan tegen een vitaal lichaamsdeel – want zo werd de buik door het gerechtshof aangemerkt – onder bepaalde omstandigheden kan worden afgeleid dat de verdachte voorwaardelijk opzet had op levensberoving. Ik vermoed dat dan sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden. In de *Huiselijk geweld*-uitspraak waren die aan de orde. De verdachte was niet alleen op het moment zelf herhaaldelijk en met kracht op de buik gesprongen, hij had dit ook al veel vaker gedaan en had zijn vrouw ook op andere manieren herhaaldelijk mishandeld. Er was dus sprake van een bepaalde volhardendheid bij de verdachte.[96]

3.2.2.3 Bevindingen

Uit de uitspraken *Vliegende tackle*, *Schouderduw*, *Huiselijk geweld*, *Gebalde vuist* en *Bokser* leid ik af dat de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm zozeer is gericht op (zwaar) lichamelijk letsel dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte dat gevolg heeft aanvaard:

- Of de verdachte een doelbewuste, tegen het slachtoffer gerichte geweldshandeling verricht;
- De plaats waar het slachtoffer wordt geraakt (naarmate sprake is van een kwetsbaarder lichaamsdeel/vitaal lichaamsdeel, kan eerder worden aangenomen dat sprake is van voorwaardelijk opzet op *zwaar* lichamelijk letsel);
- De kracht en de gerichtheid waarmee het slachtoffer wordt geraakt (naarmate er meer kracht er wordt gebruikt/de gedraging gerichter is, kan eerder worden aangenomen dat sprake is van voorwaardelijk opzet op *zwaar* lichamelijk letsel);
- Of het slachtoffer zich kan verweren (naarmate het slachtoffer weerlozer is, kan eerder worden aangenomen dat sprake is van voorwaardelijk opzet op *zwaar* lichamelijk letsel).

Opzet op (zwaar) lichamelijk letsel of levensberoving

Onder bijzondere omstandigheden kan uit het slaan en schoppen van een slachtoffer ook voorwaardelijk opzet op levensberoving worden afgeleid. Uit

95 Hof Leeuwarden 27 juli 2007, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR3370.

96 Een ander 'bijzonder' geval waarin voorwaardelijk opzet op de dood kan worden aangenomen, lijkt mij wanneer een groep blijft inschoppen op (het hoofd en de buik van) een slachtoffer dat (bewusteloos/weerloos) op de grond ligt. In dat geval zijn immers ook alle hier genoemde omstandigheden aanwezig.

de *Huiselijk geweld*-uitspraak leid ik af dat de volgende omstandigheden daarvoor mogelijk relevant zijn:
- Of de verdachte het slachtoffer raakt in een vitaal lichaamsdeel;
- De volhardendheid bij de verdachte/de frequentie waarmee hij het slachtoffer raakt;
- De weerloosheid van het slachtoffer.

3.2.3 Verkeer

3.2.3.1 Jurisprudentie

HR 15 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BA7888, *NJ* 2008/609, m.nt. Mevis (*Uitgeweken*)

De verdachte was met gedoofde lichten snel weggereden toen de politie hem had willen aanhouden. Hij was daarbij op een van de agenten die rondom zijn auto stonden ingereden. Op het allerlaatste moment was hij uitgeweken naar links, waardoor de politieagent niet werd geraakt. Er volgde een achtervolging, totdat de verdachte zich uiteindelijk klem reed. Het gerechtshof had ten aanzien van de aanvaarding van de aanmerkelijke kans dat de agent op wie de verdachte had ingereden zwaar lichamelijk letsel zou worden toegebracht overwogen:

> 'Naar het oordeel van het hof heeft de verdachte zich, door in het donker met een auto met gedoofde lichten met toenemende snelheid recht op het slachtoffer af te blijven rijden en gas te blijven geven tot hij vlak voor het slachtoffer was, willens en wetens blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat hij het slachtoffer zou raken en dat hij hem daarbij zwaar lichamelijk letsel zou toebrengen. De verdachte heeft door aldus te handelen bewust de aanmerkelijke kans aanvaard en op de koop toegenomen, dat het slachtoffer, in een reactie als gevolg op verdachtes handelen, weg zou springen in een andere richting dan door de verdachte voorzien of wellicht ten val zou komen en daarbij door de uitwijkende auto geraakt zou worden met zwaar lichamelijk letsel als mogelijk gevolg, zoals ook volgt uit zijn hiervoor weergegeven verklaring. De verdachte kon immers niet voorzien hoe het slachtoffer op zijn handelen zou reageren, hetgeen door de verdachte ook ter terechtzitting in hoger beroep is bevestigd. Op grond van het vorenstaande acht het hof voorwaardelijk opzet op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel bewezen.'

Dit oordeel getuigde niet van een onjuiste rechtsopvatting en was evenmin onbegrijpelijk, zo oordeelde de Hoge Raad:

> '5.2 Tegen de achtergrond van 's Hofs vaststellingen – zoals vervat in de hiervoor onder 3 weergegeven bewijsmiddelen en overwegingen – geeft zijn oordeel dat de verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de politieagent, die het slachtoffer bleek te zijn genaamd, zwaar lichamelijk letsel zou bekomen, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk, ook niet in het licht van de verklaring van de verdachte dat hij, naar links is uitgeweken omdat hij hem niet wilde raken, aangezien dit uitwijken zoals het Hof heeft vastgesteld, eerst geschiedde toen hij vlak voor het slachtoffer was.'

HR 28 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4435 (*Parkeerwacht*)

Ambtenaren van Stadstoezicht/Parkeerbeheer hadden aan de verdachte gezegd dat hij zijn auto moest weghalen, omdat hij anders een wielklem zou krijgen. Toen een van de ambtenaren vervolgens met de wielklem aan kwam lopen, was de verdachte in zijn auto gestapt. Een van de ambtenaren had daarop het busje van Stadstoezicht zo neergezet dat de auto van de verdachte werd geblokkeerd. De verdachte was vervolgens naar achteren gereden, over de wielklem heen, tegen de deur van het busje van Stadstoezicht. De hand van een van de ambtenaren was daarbij tussen het portier komen te zitten. Volgens het gerechtshof was sprake geweest van voorwaardelijk opzet op mishandeling. De gedraging van de verdachte kon, volgens het gerechtshof, worden aangemerkt als zozeer gericht op de beknelling van de ambtenaar die uit het busje van Stadstoezicht/Parkeerbeheer stapte, dat het niet anders kan zijn dat dat de verdachte de aanmerkelijke kans hierop had aanvaard:

> 'Het hof is van oordeel dat de verdachte nu hij zelf heeft verklaard dat hij heeft gezien dat een wielklem werd aangelegd aan zijn auto door ambtenaren van Stadstoezicht/Parkeerbeheer en voorts dat een busje van Stadstoezicht in de buurt van zijn auto aanwezig was, er naar algemene ervaringsregelen de aanmerkelijke kans aanwezig is geweest dat hij door achteruit te rijden één of meer van deze ambtenaren zou aanrijden met alle gevolgen van dien.
> De gedraging van de verdachte kan naar haar uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zozeer gericht op het bewezenverklaarde van het onder 1 tenlastegelegde gevolg – de beknelling van een ambtenaar die uit het busje van Stadstoezicht/Parkeerbeheer stapte – dat de verdachte de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de hand van deze ambtenaar bekneld raakte tussen de sponning van de deur van het busje en de achteruitrijdende auto van de verdachte. Hieraan kan niet afdoen dat de verdachte tijdens het achteruitrijden als zodanig het busje niet heeft gezien.'

De Hoge Raad casseerde:

> '3.3 Blijkens zijn onder 3.2.3 weergegeven bewijsoverweging heeft het Hof aan de verwerping van het door de verdediging gevoerde verweer dat de verdachte geen (voorwaardelijk) opzet kan hebben gehad en aan de vaststelling dat de verdachte wel opzet heeft gehad, mede ten grondslag gelegd dat de verdachte zelf heeft verklaard dat hij heeft gezien dat een wielklem werd aangelegd aan zijn auto door ambtenaren van Stadstoezicht/Parkeerbeheer en voorts dat een busje van Stadstoezicht in de buurt van zijn auto aanwezig was. Het Hof heeft deze feiten en omstandigheden daarmee redengevend geacht voor de bewezenverklaring. Nu de gebezigde bewijsmiddelen niets inhouden omtrent deze feiten en omstandigheden en het Hof in zijn bewijsoverweging niet het wettige bewijsmiddel heeft aangegeven waaraan het die feiten en omstandigheden heeft ontleend, is de bewezenverklaring niet naar de eis der wet met redenen omkleed.'

HR 6 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7977 (*Beveiliger*)

De verdachte had een vriend, met wie hij die avond flink had gedronken, naar het station gebracht. Hij had de auto in een voetgangersgebied (verboden voor auto's)

geparkeerd. De vriend van de verdachte was al uitgestapt, toen twee beveiligingsmedewerkers de verdachte wilden aanspreken op zijn rijgedrag. Een van de beveiligingsmedewerkers was naar de bestuurderszijde van de auto gelopen en had op het raam getikt. Toen de verdachte daarop niet had gereageerd, had de beveiligingsmedewerker het portier geopend. Zonder te kijken naar de persoon die zijn portier had geopend, had de verdachte het gaspedaal vervolgens vol ingetrapt en was zo achteruit weggereden. De beveiligingsmedewerker bevond zich op dat moment nog steeds naast de binnenzijde van het geopende portier en werd door de auto meegevoerd. De beveiligingsmedewerker was eerst enkele meters meegelopen, waarna hij een voet op de drempel van de auto had weten te zetten, terwijl hij zich aan de portier vasthield. De verdachte was met het openstaande portier verder achteruit gereden en had een bouwhek geraakt. De beveiligingsmedewerker was daarbij met zijn lichaam klem komen te zitten tussen het hek en de auto. Het gerechtshof had voorwaardelijk opzet op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel bewezen geacht. AG Hofstee (conclusie, onder 9) vond dit oordeel voldoende gemotiveerd en begrijpelijk:

> 'In het onderhavige geval acht ik het oordeel van het Hof dat verzoeker welbewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat het slachtoffer zwaar lichamelijk letsel zou kunnen oplopen, voldoende gemotiveerd en niet onbegrijpelijk. Ten eerste overweegt het Hof dat verzoeker (terwijl hij onder invloed was van alcohol) zich willens en wetens heeft begeven op een voor auto's verboden terrein, te weten op een stoep in een voetgangersgebied dichtbij de ingang van het station. Aldaar werkzaam als beveiligingsmedewerker heeft het slachtoffer, nadat hij eerst tegen het raam van verzoekers auto had getikt en verzoeker niet reageerde, de bestuurdersportier geopend om hem aan te spreken op zijn rijgedrag. Voorts overweegt het Hof dat verzoeker, terwijl hij besefte dat zijn portier werd geopend door een persoon, niet heeft gekeken wie die persoon was en waar die zich bevond ten opzichte van zijn auto. Het feit dat verzoeker dit besef had, blijkt ook uit zijn verklaring dat hij heeft gemerkt dat zijn portier werd opengedaan en vanuit een ooghoek een schim van een persoon heeft gezien. Ten slotte oordeelt het Hof dat verzoeker zich ervan had moeten vergewissen waar die persoon zich op dat moment bevond, in ieder geval nadat verzoeker "hee" of "ho" had gehoord. Zonder zich zekerheid te verschaffen omtrent de positie van die persoon (voor of achter het portier), heeft verzoeker naar eigen zeggen het gaspedaal vol ingetrapt en is hij keihard achteruitgereden en blijven rijden. Hieruit heeft het Hof niet onbegrijpelijk geconcludeerd dat verzoeker – door zich aldus te gedragen – de kans op te koop toe heeft genomen dat die persoon tussen verzoekers portier en de auto stond en als gevolg van het achteruit rijden zwaar lichamelijk letsel had kunnen oplopen.'

De AG voegde daar nog aan toe ten aanzien van de verhouding tot bewuste schuld (conclusie, onder 10):

> 'Het oordeel van het Hof komt naar mijn mening op het volgende neer. Hoewel verzoeker op het moment dat hij in actie kwam (gas gaf) misschien nog met grove onachtzaamheid (bewuste schuld) heeft gehandeld, moet hij zich niettemin op enig moment tijdens het rijden – in ieder geval nadat hij "hee" of "ho" had gehoord – bewust zijn geworden dat de door hem waargenomen persoon zich mogelijk tussen het portier en verzoekers auto bevond. Door op dat moment niet direct te stoppen

> maar achteruit te blijven rijden, heeft verzoeker welbewust de kans aanvaard dat het slachtoffer door het achteruit rijden zou kunnen worden meegevoerd, zoals ook is geschied.'

De Hoge Raad deed het middel dat zich richtte tegen het bewezenverklaarde (voorwaardelijk) opzet af met toepassing van artikel 81 RO.

HR 18 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY5326, *NJ* 2013/55 (*Zandheuvel*)

De verdachte was weggereden voor de politie, een bouwlocatie op. Op dat terrein lag een hoge zandheuvel, met steile oprit. De agenten waren achter de verdachte aan die zandheuvel opgereden. Omdat de agenten zagen dat de auto van de verdachte snel snelheid verloor, waren zij uitgestapt en achter de auto aangelopen. De auto van de verdachte kwam bijna bovenaan de zandheuvel tot stilstand. Politieagent 1 was de auto van de verdachte op ongeveer vijf meter genaderd, toen de verdachte achteruit de heuvel weer af probeerde te rijden. De politieagent was op een verhoging gesprongen om te voorkomen dat hij werd aangereden. Politieagent 2 liep op dat moment – vanwege het mulle zand – in het linkerwielspoor van de auto. Ook hij had moeten wegspringen omdat de achteruit rijdende auto recht op hem af kwam. Volgens de Hoge Raad (*r.o.* 2.4) was

> '[o]ok het oordeel dat de verdachte die aanmerkelijke kans welbewust heeft aanvaard, toereikend gemotiveerd. In de bewijsoverweging ligt immers besloten dat het naar het oordeel van het Hof niet anders kan zijn dan dat de verdachte wist dat de verbalisanten zich achter zijn auto bevonden, in aanmerking genomen hetgeen het Hof heeft vastgesteld met betrekking tot hetgeen zich direct voorafgaand aan het "incident" heeft voorgedaan, de omstandigheid dat het Hof de andersluidende verklaring van de verdachte over de plaats waar de verbalisanten zich bevonden ongeloofwaardig heeft bevonden en de verwijzing van het Hof naar de verklaring van de verdachte in hoger beroep dat hij de agenten niet dood wilde hebben, maar dat hij wilde voorkomen dat hij werd aangehouden'.

3.2.3.2 Analyse

In alle vier deze zaken had de verdachte geprobeerd te ontkomen aan een functionaris (politieagent, parkeerwacht, beveiliger). De verwijzing in de uitspraak *Zandheuvel* naar 'hetgeen zich direct voorafgaand aan het 'incident' heeft voorgedaan' is een verwijzing naar deze omstandigheid. Er is dus geen sprake van een (normale) verkeerssituatie. Ook dat de verdachte zich in een 'verboden' gebied bevond (in de *Beveiliger*-uitspraak in een voetgangersgebied, in de *Zandheuvel*-uitspraak op een bouwterrein) wijst hier op.

In alle vier de zaken speelde de omstandigheid dat de verdachte zich ervan bewust was dat het slachtoffer zich voor/bij/achter de auto bevond. In de *Parkeerwacht*-zaak – de enige zaak waarin de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm niet werd gehaald – ging het op dit punt mis. Het gerechtshof had overwogen dat de verdachte zelf had verklaard dat hij had gezien dat een wielklem werd aangelegd aan zijn auto en dat het busje van Stadstoezicht in de buurt van zijn auto stond. Volgens de Hoge Raad bleek dit echter niet uit

de bewijsmiddelen en had het gerechtshof ook nagelaten het wettig bewijsmiddel te noemen waaraan het dit had ontleend.

Een andere overeenkomst tussen de verschillende zaken is dat de verdachte met hoge snelheid in de richting van het slachtoffer had gereden. In de uitspraak *Uitgeweken* had de verdachte (met gedoofde lichten) met toenemende snelheid recht op het slachtoffer afgereden en bleef hij gas geven tot hij vlak voor het slachtoffer was. In de *Beveiliger*-uitspraak had de verdachte het gas vol ingetrapt, 'keihard' achteruitgereden en was hij achteruit blijven rijden. Ook in de *Zandheuvel*-uitspraak was de verdachte recht op de politieagenten afgereden, die zich dicht in de buurt van de auto hadden bevonden.

In alle vier de zaken had de verdachte in een voertuig gereden, terwijl het slachtoffer te voet was. Het slachtoffer was daarmee een zwakkere verkeersdeelnemer. Dit werd niet expliciet genoemd in de uitspraken, maar lijkt wel relevant in het kader van de vraag naar of ook *zwaar* lichamelijk letsel als gevolg werd aanvaard. Het risico daarop is immers groter wanneer het slachtoffer een zwakkere verkeersdeelnemer is. Hiermee is overigens niet gezegd dat inrijden op een 'gelijkwaardige' verkeersdeelnemer niet een gedraging zou kunnen opleveren die gericht is op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel. Maar de omstandigheid dat het slachtoffer een 'zwakkere' verkeersdeelnemer is, maakt mogelijk dat al eerder moet worden uitgegaan van bijvoorbeeld een 'hoge snelheid'. Zo reed de verdachte – zo bleek uit een reconstructie – in de *Zandheuvel*-zaak maximaal 21 km/u op het moment dat hij bij politieagent 2 zou zijn. Dit is op zichzelf niet een bijzonder hoge snelheid voor een auto, maar wanneer iemand te voet met deze snelheid wordt aangereden/overreden kan dat wel degelijk (ernstig) letsel veroorzaken.[97] Door de snelheid waarmee de verdachte wegreed hadden de agenten ook maar weinig tijd om zichzelf in veiligheid te brengen.

Contra-indicaties

In *Uitgeweken* werd als contra-indicatie aangevoerd dat de verdachte op het laatste moment was uitgeweken. In dit geval leidde dat niet tot een ander oordeel over het voorwaardelijk opzet. Een belangrijke reden daarvoor lijkt te zijn dat de verdachte pas op het allerlaatst uitweek ('aangezien dit uitwijken zoals het Hof had vastgesteld eerst geschiedde toen hij vlak voor het slachtoffer was'). Aan dit oordeel lijkt ten grondslag te liggen dat door de zo laat uitgevoerde uitwijkmanoeuvre het gevaar niet werd weggenomen. De verdachte kon immers niet voorzien of het slachtoffer niet 'weg zou springen in een andere richting dan door de verdachte voorzien of wellicht ten val zou komen en daarbij door de uitwijkende auto geraakt zou worden met zwaar lichamelijk letsel als mogelijk gevolg', aldus het gerechtshof. Had de verdachte eerder uitgeweken of geremd, dan had het beroep wellicht wel kans van slagen gehad.

97 De verkeerspolitie die de reconstructie had uitgevoerd had niet kunnen inschatten in welke mate letsel zou ontstaan bij een dergelijke aanrijding.

Mogelijk speelde ook mee dat de verdachte was doorgereden na het incident en er nog een achtervolging had plaatsgevonden. Niet echt een teken dat de verdachte zich erg om het welzijn van het slachtoffer had bekommerd.

Voorwaardelijk opzet op levensberoving
Het verschil tussen deze verkeerszaken en de verkeerszaken waarin voorwaardelijk opzet op levensberoving werd aangenomen (zie paragaaf 3.1.3) lijkt onder andere de snelheid te zijn waarmee werd gereden. Hoewel de verdachte in de hier besproken zaken met hoge snelheid reed (ten opzichte van het slachtoffer dat de voet was), is die snelheid niet te vergelijken met de snelheden die in de uitspraken in paragraaf 3.1.3 aan de orde waren. Verder lijkt een verschil dat in deze uitspraken weliswaar in de richting van het slachtoffer werd gereden, terwijl de verdachte zich bewust was van waar dat slachtoffer zich bevond, maar de gedraging was als zodanig – anders dan in de uitspraken in paragraaf 3.1.3 – niet specifiek gericht tegen het slachtoffer. Mogelijk speelt in dat opzicht de contra-indicatie dat de verdachte was uitgeweken toch een (beperkte) rol. In de uitspraken waarin sprake was van voorwaardelijk opzet op levensberoving, woog immers mee dat de verdachte zijn gedraging bleef doorzetten, ook al had hij gelegenheid om uit te wijken of te remmen.

3.2.3.3 Bevindingen
Uit de uitspraken *Uitgeweken*, *Parkeerwacht, Beveiliger* en *Zandheuvel* leid ik af dat de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of een gedraging uitgevoerd met een voertuig kan worden beschouwd als naar uiterlijke verschijningsvorm zo zeer te zijn gericht op (zwaar) lichamelijk letsel dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte dat gevolg heeft aanvaard:
- Of er sprake is van (normale) verkeersdeelname of juist niet;
- Of de verdachte zich bewust is van de aanwezigheid van het slachtoffer;
- De snelheid waarmee de verdachte in de richting van het slachtoffer rijdt;
- Of het slachtoffer een 'zwakkere' verkeersdeelnemer is.

Contra-indicaties
Een contra-indicatie kan zijn dat de verdachte heeft uitgeweken. Dat moet hij dan wel hebben gedaan op een moment dat en een wijze waarop het gevaar daardoor nog daadwerkelijk kon worden afgewend.

Opzet op (zwaar) lichamelijk letsel of levensberoving
Verschillen met gevallen waarin voorwaardelijk opzet op levensberoving werd aangenomen zijn:
- De snelheid waarmee de verdachte reed;
- Of de gedraging is gericht tegen het slachtoffer.

In het licht van dit laatste kan de omstandigheid dat de verdachte heeft uitgeweken of geremd van belang zijn.

3.2.4 *Overig*

3.2.4.1 *Jurisprudentie*

HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:862, *NJ* 2017/67, m.nt. Mevis (*JS*)

De verdachte, neuroloog JS, had verkeerde diagnoses gesteld en had daarin volhard. Het gerechtshof had de verdachte vrijgesproken van onder meer zware mishandeling, onder andere omdat het opzet daarop zou hebben ontbroken. Het gerechtshof had de verklaring van de verdachte dat hij te goeder trouw had gehandeld niet ongeloofwaardig geacht. Het OM had cassatie ingesteld. De Hoge Raad benadrukte allereerst (*r.o.* 3.2.1) dat de selectie en waardering van feitenmateriaal is voorbehouden aan de feitenrechter. Ook benadrukte de Hoge Raad de beperkte mogelijkheden om een vrijspraak in cassatie te kunnen toetsen. Daarna werd het kader uit het *HIV I*-arrest uiteengezet (*r.o.* 3.2.2). Vervolgens overwoog de Hoge Raad:

> '3.3 Blijkens zijn hiervoor onder 2.2 weergegeven overwegingen heeft het Hof bij de beantwoording van de vraag of de verdachte opzettelijk heeft gehandeld, het toetsingskader tot uitgangspunt genomen dat hiervoor onder 3.2.2 is weergegeven. Het Hof heeft vervolgens de verklaring van de verdachte, inhoudende – kort gezegd – dat hij te goeder trouw heeft gehandeld en niet opzettelijk verkeerde diagnosen heeft gesteld, niet ongeloofwaardig geacht en onder meer op grond van die verklaring geoordeeld dat de verdachte ten tijde van zijn handelen niet bewust de aanmerkelijke kans op letsel en/of benadeling van de gezondheid en op het in hulpeloze toestand brengen en/of laten heeft aanvaard, zodat het tenlastegelegde opzet niet bewezen kan worden verklaard. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat, met de aan het Hof als feitenrechter voorbehouden waardering van het voorhanden bewijsmateriaal verweven, oordeel is ook niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd. Dat de verdachte heeft gehandeld in zijn hoedanigheid van neuroloog, maakt dit – anders dan de middelen kennelijk tot uitgangspunt nemen – niet anders. Dit oordeel draagt de gegeven vrijspraak zelfstandig zodat hetgeen het Hof voor het overige heeft overwogen, buiten bespreking kan blijven.'

3.2.4.2 *Analyse*

In de zaak *JS* had het gerechtshof de verdachte vrijgesproken. In cassatie, zo werd ook door de Hoge Raad benadrukt, zijn er maar beperkte mogelijkheden om een vrijspraak te toetsen.

Het gerechtshof had de verklaringen van de verdachte dat hij te goeder trouw had gehandeld niet ongeloofwaardig geacht, en had (mede) op die grond geoordeeld dat er geen sprake was van (voorwaardelijk) opzet. De Hoge Raad achtte dit oordeel niet onbegrijpelijk. Daarmee werd niet toegekomen aan de beoordeling van de gedraging aan de uiterlijke verschijningsvorm. Uit de uitspraak kan dan ook niet worden afgeleid of deze gedraging (onder bepaalde omstandigheden) aan die maatstaf voldoet. Dat de Hoge Raad ook hier het

HIV I-kader citeert is wel een aanwijzing dat de uiterlijke verschijningsvorm niet alleen relevant is wanneer sprake is van agressieve gedragingen, maar een algemene gelding heeft.[98]

Ter discussie stond in hoeverre relevant was dat de verdachte zelf een arts was (en dus deskundig). In dit geval maakte dat niet dat anders geoordeeld moest worden over het opzet van de verdachte. Daarmee is mijns inziens niet gezegd dat dit gegeven niet van belang zou zijn in het kader van de uiterlijke verschijningsvorm, om twee redenen.

Ten eerste, in deze zaak waren er (niet ongeloofwaardige) verklaringen van de verdachte, waaruit bleek dat de verdachte de gevolgen niet had aanvaard. Daardoor hoefde niet meer gekeken te worden naar de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. Zouden die verklaringen er niet zijn geweest, dan sluit ik niet uit dat de schending van de zorgplichten die de verdachte als arts had, bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken hadden kunnen worden. Zorgplichten spelen immers in verschillende andere casustypen een rol. Ik ga hierop in paragraaf 3.7.5 nader in.

Ten tweede is hier geen sprake van agressie van de kant van de verdachte. In beginsel had de verdachte – hoewel hij de (zorgvuldigheids)normen overtrad – als een dokter gehandeld. Ook bij verkeerszaken geldt dat zolang de verdachte in beginsel beoogt deel te nemen aan het verkeer (hoewel op gevaarlijke wijze) niet snel wordt aangenomen dat hij bepaalde ernstige gevolgen van zijn gedrag heeft aanvaard (zie paragraaf 3.1.3). In het kader van sport- en spelsituaties bleek eveneens relevant of de verdachte beoogde deel te nemen aan het spel of een agressieve gedraging verrichte (zie paragraaf 3.2.2). Een grove schending van de normen kan er mogelijk wel op duiden dat de betrokkene niet langer beoogde deel te nemen aan het spel, zo kan worden afgeleid uit de uitspraak *Vliegende tackle*. De mate waarin de verdachte de zorgvuldigheidsnormen overtrad, kan ook vanuit dat gezichtspunt van belang zijn in het kader van de uiterlijke verschijningsvorm.

Tot slot merk ik hier op dat de hoedanigheid van arts werd besproken in het kader van het aanvaardingsvereiste. Daarmee is niet gezegd dat die hoedanigheid niet van belang is in het kader van de vraag of de verdachte zich bewust was van bepaalde omstandigheden (bewustheidsvereiste).[99]

3.2.4.3 Bevindingen

Aan de beoordeling van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging wordt in de zaak *JS* niet toegekomen, omdat er verklaringen van de verdachte zijn.

---

98 Zie ook par. 2.1.5.3.

99 Zie in soortgelijke zin de noot van Mevis bij het arrest.

3.2.5 *Overkoepelend over de omstandigheden bij (zware) mishandeling*

Hiervoor heb ik per type casus bekeken welke omstandigheden in de jurisprudentie van de Hoge Raad bij de uiterlijke verschijningsvorm een rol spelen. Een aantal omstandigheden wordt bij meerdere typen casus betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Het gaat om de volgende omstandigheden:
- Of sprake is van een 'geweldshandeling';
- Of een wapen wordt ingezet tegen het slachtoffer (ook een auto of vuisten kunnen worden ingezet als 'wapen');
- De kracht/snelheid waarmee het wapen wordt ingezet.

Opzet op (zwaar) lichamelijk letsel of levensberoving
Voor de beantwoording van de vraag of de gedraging is gericht op lichamelijk letsel of *zwaar* lichamelijk letsel lijken de volgende omstandigheden relevant:
- De plaats waar het slachtoffer wordt geraakt/waar de verdachte op richtte;
- De aard van het wapen/de kracht waarmee wordt geschopt geslagen/de snelheid waarmee de verdachte (met zijn voertuig) op het slachtoffer af komt;
- Of het slachtoffer zich kan verweren/of het slachtoffer kwetsbaar is.

Deze omstandigheden lijken eveneens relevant voor het verschil tussen voorwaardelijk opzet op zwaar lichamelijk letsel en voorwaardelijk opzet op levensberoving, zo kwam in de paragrafen 3.2.1-3.2.3 al aan de orde.

Contra-indicaties
Dat de verdachte *tijdig* uitwijkt of remt kan in het verkeer een contra-indicatie voor opzet op het toebrengen van (zwaar) lichamelijk letsel zijn. Vertaald naar andere vormen van mishandeling zou deze contra-indicatie inhouden dat de verdachte zijn gedraging tijdig staakt of tijdig voldoende tegenmaatregelen neemt om de gevolgen te voorkomen.

3.3 Brandstichting (157 Sr)

3.3.1 *Jurisprudentie*

HR 4 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4265 (*Vuurpijl*)

De verdachte had, hangend uit het zolderraam van zijn woning, een vuurpijl afgestoken. Hij had verklaard dat hij 'voor de veiligheid' de vuurpijl in een koker van karton had gestoken en zo ver mogelijk uit het raam was gaan hangen. Desondanks had een emmer met een brandbare substantie (een mengsel waarmee de verdachte rookbommen had gemaakt), die bij het raam in de buurt stond, vlam gevat. Door het gerechtshof werd de verdachte veroordeeld wegens brandstichting, ten gevolge waarvan gemeen gevaar voor goederen (de woning van de verdachte en de belendende woningen) en levens-

gevaar voor anderen te duchten is. Het gerechtshof had ten aanzien van het voorwaardelijk opzet overwogen:

> '(…) Het hof leidt hieruit af dat de verdachte zich bewust was van de mogelijkheid dat er door het afsteken van een vuurpijl op de zolder in de nabijheid van een emmer met een licht ontvlambaar mengsel brand kon ontstaan. De verdachte heeft onder die omstandigheden een vuurpijl afgestoken op zijn zolder, terwijl hij slechts uiterst gebrekkige veiligheidsmaatregelen had getroffen, namelijk het gebruik maken van een koker bij het afsteken van de vuurpijl en het zover mogelijk uit het raam hangen. Naar het oordeel van het hof kunnen de gedragingen van de verdachte naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zijnde zozeer gericht op het stichten van brand dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte zich – minst genomen – willens en wetens heeft blootgesteld aan de naar algemene ervaringsregelen aanmerkelijk te achten kans dat er brand zou ontstaan in zijn woning en dat daarvan gemeen gevaar voor zijn woning, voor die van zijn directe buren en levensgevaar voor anderen te duchten was en dat derhalve – minst genomen – het opzet van de verdachte in voorwaardelijke zin op de brand was gericht, waaraan niet kan afdoen hetgeen door de raadsman in dit verband voor het overige naar voren is gebracht. (…)'

De Hoge Raad hield het kort:

> '2.4 Aangezien de bewezenverklaring, voor zover inhoudende dat de verdachte "opzettelijk" brand heeft gesticht – mede gelet op de door hem getroffen veiligheidsmaatregelen – niet zonder meer kan worden afgeleid uit de door het Hof gebezigde bewijsvoering, is de bestreden uitspraak niet naar de eis der wet met redenen omkleed.'

De uitspraak van het gerechtshof werd vernietigd.

3.3.2 Analyse

In de *Vuurpijl*-uitspraak werd het oordeel van het gerechtshof dat de verdachte de aanmerkelijke kans had aanvaard dat er brand zou ontstaan in cassatie vernietigd.[100] Uit de door de Hoge Raad gebruikte bewoordingen 'niet zonder meer' leid ik echter af dat onder bepaalde omstandigheden het afsteken van vuurpijlen vanuit een woning wel een gedraging kan opleveren waaruit voorwaardelijk opzet op brandstichting kan worden afgeleid. De belangrijkste reden dat dat hier niet zo was, zo leid ik eveneens uit de overweging van de Hoge Raad af, waren de door de verdachte getroffen veiligheidsmaatregelen. Hier was dus sprake van een contra-indicatie. Het gerechtshof had de veiligheidsmaatregelen 'uiterst gebrekkig' genoemd. De Hoge Raad ging daaraan voorbij. Zou de Hoge Raad hebben gevonden dat het wel meeviel met hoe

100 Het (voorwaardelijk) opzet moet zijn gericht op de brandstichting, niet op de eventuele gevolgen daarvan. Deze gevolgen zijn geobjectiveerd. Zie T&C Sr, art. 157, aant. 9.

gebrekkig de maatregelen waren? Of betekent de uitspraak dat het niet zo relevant is hoe adequaat de genomen maatregelen zijn? Hoe verhoudt dit zich tot mijn bevindingen in de paragrafen 3.1.3, 3.1.5 en 3.2.3 dat er wel degelijk eisen worden gesteld aan de contra-indicaties?[101]

Een verschil met de uitspraken over doodslag en mishandeling in het verkeer en de *Verstikking*-uitspraak is dat de gedraging van de verdachte in deze *Vuurpijl*-uitspraak niet agressief van aard is. De vuurpijl werd in deze zaak niet in de richting van het huis geschoten, maar juist daar vanaf. De verdachte was bovendien zo ver mogelijk uit het raam gaan hangen, zo betrok de Hoge Raad bij zijn overwegingen. De gedraging was dus niet gericht tegen een bepaalde persoon of een goed. Mogelijk maakt dit dat eerder contra-indicaties worden aangenomen. Dit zou in lijn zijn met de verkeerszaken, waar al bleek dat wanneer geen sprake is van een agressieve gedraging, maar van een (gevaarlijke) verkeersmanoeuvre, sneller contra-indicaties worden aangenomen.

Een verschil met de uitspraken *Verstikking*, *Stiefmoeder* en *Uitgeweken* is dat de tegenmaatregelen in de *Vuurpijl*-uitspraak weliswaar niet perfect waren (er ontstond immers brand), maar wel al voorafgaand aan het afsteken van de vuurpijl waren genomen.

Verder sluit ik niet uit dat de Hoge Raad expliciet tot uitdrukking heeft willen brengen dat de enkele omstandigheid dat het gevolg is ingetreden niet voldoende is om te oordelen dat de verdachte die gevolgen heeft aanvaard (of te weinig heeft gedaan om die gevolgen te voorkomen).

Iets anders, dat niet door de Hoge Raad werd genoemd, maar dat mogelijk wel mee heeft gespeeld, is dat de verdachte, zijn vrouw en zijn twee kinderen in het huis verbleven. De verdachte en zijn gezin liepen dus zelf ook gevaar. Zeker nu er geen sprake is van een agressieve gedraging, lijkt dit een relevante contra-indicatie.

3.3.3 Bevindingen

Uit de *Vuurpijl*-uitspraak leid ik af dat het afsteken van een vuurpijl (vanuit een woning) *onder omstandigheden* kan worden aangemerkt als een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm zozeer is gericht op brandstichting dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte dat gevolg heeft aanvaard.

Contra-indicaties
Een mogelijke contra-indicatie is dat de verdachte tijdig maatregelen heeft genomen om het gevolg (brand) te voorkomen. Wanneer de verdachte geen agressieve gedraging heeft verricht, kan mogelijk eveneens als contra-indicatie gelden dat de verdachte en zijn naasten zelf ook gevaar liepen.

---

101 Ik leidde uit de in deze paragrafen besproken uitspraken af dat contra-indicaties tijdig moeten zijn genomen en voldoende moeten zijn om de gevolgen te voorkomen.

3.4 Beschadiging (350 Sr)

3.4.1 Jurisprudentie

HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:718, *NJ* 2019/103, m.nt. Wolswijk (*American Staffords*)

De verdachte had de drie honden (American Staffords) van zijn vader uitgelaten. Dat deed hij 's avonds rond 18.30 uur, in een uitlaatgebied. Op een omheind stuk had hij de honden losgelaten. Toen er een hazewindhond langsliep, waren de honden over de omheining gesprongen. Ze hadden de hazewindhond zodanig verwond dat de eigenaar van de hazewindhond zijn hond had moeten laten inslapen. De American Staffords waren een jaar voor het ten laste gelegde feit al eens betrokken geweest bij een bijtincident. Er was toen een rapport opgemaakt, waarin enkele aanbevelingen waren gedaan, waaronder dat niet meer dan twee honden tegelijk uitgelaten zouden moeten worden en dat de honden, ook in losloopgebieden, alleen aangelijnd uitgelaten zouden moeten worden.

In cassatie speelde zowel de vraag of sprake was van een aanmerkelijke kans als de vraag of die aanmerkelijke kans was aanvaard. Zowel AG Keulen als de Hoge Raad kwamen tot de conclusie dat het oordeel van het gerechtshof dat sprake was van een aanmerkelijke kans in stand kon blijven. Over of de verdachte die aanmerkelijke kans ook had aanvaard verschilden AG en Hoge Raad van mening. De AG concludeerde (conclusie, onder 49):

> 'Uit het gedrag van de verdachte dat uit de bewijsmiddelen naar voren komt, spreekt naar het mij voorkomt ook niet dat hij onverschillig stond ten opzichte van het ingetreden gevolg. Daarvan had wellicht kunnen worden gesproken als hij de honden had losgelaten tijdens een wandeling door een park op zondagmiddag waar na elke bocht een wandelaar met hond in het gezichtsveld kan komen. Maar dat is niet het geval dat zich hier voordeed. De verdachte heeft de drie honden op een omheind hondenuitlaatgebied losgelaten, waar zich geen andere honden bevonden. Dat is, zo kan met wijsheid achteraf worden vastgesteld, mede gelet op de ontoereikende hoogte van het hek, onvoorzichtig geweest. Maar onvoorzichtigheid is geen opzet. Naar het mij voorkomt kan uit de feiten en omstandigheden die het hof noemt (het niet opvolgen van de aanbevelingen uit het risicoassessment, de ervaringen met de drie honden bij het eerdere bijtincident waarvan de verdachte op de hoogte was en de verklaringen van de verdachte ter terechtzitting in hoger beroep) niet volgen dat de verdachte "willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de drie honden een andere hond zouden bijten en daardoor beschadigen".'

De verdediging had ook nog aandacht gevraagd voor de omstandigheid dat de verdachte de honden uit elkaar had proberen te halen (en daarbij zelfs zelf gewond was geraakt). De Hoge Raad besprak de vraag naar de aanmerkelijke kans en de aanvaarding daarvan gezamenlijk. Nadat de Hoge Raad het kader uit het *HIV I*-arrest uiteen had gezet (*r.o.* 5.3.1-5.3.3) kwam hij tot het volgende oordeel:

> '5.4 Blijkens zijn bewijsvoering heeft het Hof onder meer vastgesteld dat de verdachte wist dat de desbetreffende honden een jaar vóór het in de tenlastelegging bedoel-

de incident bij een eerder bijtincident betrokken waren, dat de verdachte ervan op de hoogte was dat bij deze honden de kans op bijtincidenten als reëel was aangemerkt, dat hij wist dat hij vanwege de risico's de drie honden niet samen moest uitlaten en dat hij zich ervan bewust was dat hij de honden ook in losloopgebieden aangelijnd moest houden wanneer andere honden in de buurt waren. Daaraan heeft het Hof kennelijk en niet onbegrijpelijk de gevolgtrekking verbonden dat de reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid bestond dat de honden de andere hond zouden bijten en daardoor zouden beschadigen, welk risico zich heeft verwezenlijkt. Het Hof heeft geoordeeld dat de verdachte door zijn honden tegelijkertijd en onaangelijnd om 18.30 uur 's avonds in een uitlaatgebied uit te laten, bewust deze aanmerkelijke kans heeft aanvaard. Dat oordeel geeft tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor is vooropgesteld niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk en behoefde, ook in het licht van het in hoger beroep gevoerde verweer, geen nadere motivering.'

3.4.2 Analyse

De AG en de Hoge Raad verschilden in de *American Staffords*-zaak van mening over of het gerechtshof had kunnen oordelen dat de verdachte het gevolg in deze zaak had aanvaard. De AG had daarbij vooral aandacht voor wat de verdachte wél had gedaan om de gevolgen te voorkomen, de Hoge Raad legde de nadruk op wat de verdachte níet had gedaan.

Een belangrijk aspect in deze zaak lijkt te zijn dat de honden al eerder betrokken waren geweest bij een bijtincident en dat er door een deskundige een rapport was opgesteld met aanbevelingen om nieuwe incidenten in de toekomst te voorkomen. De verdachte was op de hoogte van de inhoud van die aanbevelingen. Aan die bewustheid bij de verdachte werd hier, anders dan in veel andere uitspraken, aandacht besteed. Zoals in paragraaf 2.2.2 besproken zijn de redenen daarvoor waarschijnlijk dat (1) hoewel deze honden gevaarlijk waren, honden niet per definitie gevaarlijk zijn, (2) over het algemeen het uitlaten van honden eerder een alledaagse dan een op een misdrijf gerichte gedraging is, en (3) de verdachte niet de eigenaar van de honden was, waardoor niet zonder meer kon worden aangenomen dat hij op de hoogte was van de aanbevelingen. De kern van het verwijt dat de verdachte wordt gemaakt lijkt te zijn dat hij op de hoogte was van de risico's en de aanbevelingen, maar die aanbevelingen desalniettemin niet had opgevolgd. Een gewaarschuwd mens telt voor twee, zo lijkt de boodschap van deze uitspraak. De vraag is hoe dit zich verhoudt tot het *HIV I*-arrest, waaruit immers kan worden afgeleid dat weten en toch doen, nog geen 'willen' oplevert? Bovendien was opvallend dat in deze *American Staffords*-uitspraak, anders dan in veel andere uitspraken, geen sprake was van een agressieve of tegen een bepaalde persoon of goed gerichte gedraging van de verdachte.

Een mogelijke verklaring hiervoor is dat hoewel de vraag naar het voorwaardelijk opzet hier speelde in het kader van artikel 350 Sr, de verdachte een bepaalde zorgplicht had – ook tot uitdrukking gebracht in artikel 425,

onder 2°, Sr waarvoor de verdachte eveneens werd veroordeeld – om te voorkomen dat de honden schade zouden toebrengen. Door de aanbevelingen niet op te volgen had hij deze zorgplicht geschonden. Dit doet enigszins denken aan de uitspraken over vuurwapens (paragraaf 3.1.2), waarin de verdachten ook werd verweten dat zij geen maatregelen hadden genomen om te voorkomen dat hun wapen zou afgaan (zoals zich ervan vergewissen dat het wapen niet geladen was of op veilig stond). Verder speelt mogelijk mee dat hier concrete en gerichte aanbevelingen waren gedaan – waarvan de verdachte ook op de hoogte was – om bepaalde (ernstige en) reële risico's te voorkomen. Er was immers – door een deskundige – vastgesteld dat de honden gevaarlijk waren.

Contra-indicaties
De AG benadrukte dat de verdachte wel een aantal andere dingen had gedaan om de gevolgen te voorkomen. Zo had de verdachte de honden pas losgelaten bij een omheind gebied (en niet in een park waarin ook andere honden lopen) en had hij geprobeerd de honden uit elkaar te halen nadat zij de andere hond hadden aangevallen.

De Hoge Raad noemde in zijn overweging – anders dan het gerechtshof – het tijdstip (18.30u) waarop de verdachte de honden had uitgelaten en noemde specifiek dat het ging om een omheind *uitlaat*gebied. Mogelijk is dit (deels) een reactie op de conclusie van de AG. Dit kan zo worden opgevat dat de Hoge Raad tot uitdrukking heeft willen brengen dat de verdachte de honden uitliet in een uitlaatgebied op een tijdstip waarop de verdachte – ook als er op dat moment nog geen honden aanwezig waren – kon verwachten andere honden tegen te komen. Dat de verdachte naar een omheind uitlaatgebied is gegaan waar zich op dat moment geen andere honden bevonden, is dus een onvoldoende maatregel om de gevolgen te voorkomen. Aan het uit elkaar proberen te halen door de verdachte van de honden, besteedde de Hoge Raad geen aandacht. Mogelijk speelt mee dat het uit elkaar halen van de honden een maatregel is die pas werd genomen nadat het al mis was gegaan.

Een reden dat de Hoge Raad zo weinig aandacht besteedde aan de door de verdachte genomen tegenmaatregelen kan ook zijn dat die simpelweg onvoldoende werden geacht, omdat er nu eenmaal heel concrete aanbevelingen lagen over hoe de gevolgen konden worden voorkomen.
Met andere woorden: wie concrete en gerichte aanbevelingen om bepaalde (ernstige en) reële gevolgen te voorkomen niet opvolgt kan zich er niet snel op beroepen dat hij wel andere maatregelen heeft genomen om de gevolgen te voorkomen.

Er waren door de deskundige overigens nog meer aanbevelingen gedaan om nieuwe incidenten te voorkomen, zoals het castreren van de honden. Deze aanbevelingen zijn door de Hoge Raad niet genoemd. Ik vermoed dat de reden daarvoor is dat de verdachte, die niet de eigenaar van de honden was, zelf geen uitvoering had kunnen geven aan deze aanbevelingen.

3.4.3 *Bevindingen*

Uit de uitspraak *American Staffords* leid ik af dat de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of een gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm zo zeer is gericht op beschadiging dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte dat gevolg heeft aanvaard:
- Er zijn concrete en gerichte aanbevelingen gedaan om bepaalde (ernstige en) reële gevolgen te voorkomen;
- De verdachte – die een zorgplicht heeft – is op de hoogte van deze aanbevelingen, maar heeft nagelaten deze op te volgen.

Contra-indicaties
Ten aanzien van de contra-indicaties kan uit de uitspraak worden afgeleid dat in gevallen waarin aan de verdachte concrete aanbevelingen zijn gedaan over welke maatregelen hij kan nemen om een bepaald gevolg te voorkomen, een beroep op het hebben genomen van tegenmaatregelen minder snel zal slagen wanneer het andere maatregelen betreft dan de aanbevolen maatregelen.

3.5 Belastingfraude (68 (oud) en 69 AWR; 225 Sr)

3.5.1 *Jurisprudentie*

HR 29 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB8977, *NJ* 2009/130, m.nt. Buruma (*Kasrondje*)

De verdachte – een gemeente – werd vervolgd voor het medeplegen van het doen van een onjuiste aangifte omzetbelasting en valsheid in geschrifte bij het realiseren van een woonproject en het verplaatsen van sportvelden binnen de gemeente. De gemeente had de te betalen omzetbelasting willen beperken en had daartoe advies ingewonnen bij onder andere medeverdachte 2, een belastingadviseur. De bedachte constructie had ertoe geleid dat medeverdachte 1, de aannemer, een onjuiste aangifte omzetbelasting had gedaan. In cassatie werd met verschillende klachten opgekomen tegen het oordeel van het gerechtshof dat verdachte voorwaardelijk opzet had gehad op de valse aangifte. Ten aanzien van de aanvaarding had het gerechtshof overwogen:

> 'Met betrekking tot het hierboven aangeduide wilselement neemt het hof in aanmerking dat door de verdachte actief is meegewerkt aan de uitvoering van de afgesproken constructie. Zo is in dit verband ook het zogenaamde "kasrondje" gemaakt, in het kader waarvan medeverdachte 1 aan de verdachte een bedrag overmaakte van f. 2.488.000, welk bedrag een maand later met rente door de verdachte werd terugbetaald als beweerdelijke koopsom voor het sportcomplex. Een en ander werd vastgelegd in diverse stukken, waaronder een door de gemeente samen met medeverdachte 2 opgemaakte factuur (D/43) die, zoals blijkt uit het bewezenverklaarde onder 2, als vals moet worden aangemerkt.
> Vorenstaande gedragingen van de verdachte kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer te zijn gericht op het in de bewezenver-

> klaring omschreven gevolg, te weten een opzettelijk onjuiste aangifte voor de omzetbelasting in het tijdvak juli 1997, dat het – behoudens contra-indicaties, waarvan in casu niet is gebleken – niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op dit gevolg heeft aanvaard. Hierbij heeft het hof tevens acht geslagen op de omstandigheid dat er door de verdachte, medeverdachte 2 en medeverdachte 1 uitdrukkelijk voor is gekozen de constructie niet vooraf ter toetsing voor te leggen aan de belastingdienst (D/7).
> Op grond van het vorenstaande is het hof van oordeel dat er bij de verdachte sprake is van de in de bewezenverklaring bedoelde opzet, in de vorm van voorwaardelijk opzet.'

De Hoge Raad behandelde de verschillende klachten die gingen over het voorwaardelijk opzet gezamenlijk en overwoog:

> '8.3 Voor zover de klachten berusten op de opvatting dat in geval van vervolging van een rechtspersoon voor een bewezenverklaring van opzet bij de rechtspersoon is vereist dat komt vast te staan dat de namens die rechtspersoon optredende natuurlijke personen met dat opzet hebben gehandeld, falen ze, nu die opvatting onjuist is.
> Ook overigens treffen de klachten geen doel. In zijn hiervoor onder 8.2.1 en 8.2.2 weergegeven overwegingen heeft het Hof als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat op grond van de door hem vastgestelde omstandigheden van het geval, de feitelijke betrokkenheid van de ambtenaren van de verdachte bij de gang van zaken daaronder begrepen, bij de verdachte sprake is geweest van voorwaardelijk opzet. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting terwijl het ook zonder nadere motivering niet onbegrijpelijk is.'

3.5.2 *Analyse*

De gemeente – die de verdachte was in de zaak *Kasrondje* – had actief meegewerkt aan de constructie die tot doel had minder omzetbelasting te betalen. De gemeente had meegedaan aan het 'kasrondje' en valse facturen opgemaakt. De gekozen constructie was – welbewust – niet vooraf voorgelegd aan de belastingdienst. Uit de uitspraak van het gerechtshof blijkt dat de chef van de afdeling economische zaken in een besloten vergadering aan een raadslid en in het bijzijn van de verantwoordelijke wethouder en de burgemeester, had verteld dat er met de adviseurs overleg was gepleegd over de vraag 'of het verstandig was advies te vragen aan de fiscus, maar dat zij dit duidelijk hebben ontraden, want als iets voor twee en een half miljoen gekocht wordt, waarvan de productiekosten aanzienlijk hoger liggen, dan is de eerste reactie van de fiscus zeer makkelijk te voorspellen'. Niet alleen was de constructie bewust niet voorgelegd aan de belastingdienst (om zo een onwelvallige boodschap te voorkomen) er waren zelfs afspraken gemaakt over wat er zou gebeuren als de belastingdienst achteraf toch zou oordelen dat de constructie niet in orde was: het fiscale risico dat de aannemer (die de belastingaangifte moest doen) liep, werd in twee side-letters verdeeld over de gemeente en de aan-

nemer. Deze gedragingen leverde voorwaardelijk opzet op belastingfraude op. Mogelijk speelde hierbij nog mee dat de verdachte een gemeente was, van wie toch een bepaalde zorgvuldigheid (beginselen van behoorlijk bestuur) mag worden verwacht ten aanzien van zowel de financiën als de wet.

3.5.3 Bevindingen

Uit de uitspraak *Kasrondje* leid ik af dat de volgende omstandigheden mogelijk relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm zozeer is gericht op het plegen van belastingfraude dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte dat gevolg heeft aanvaard:

- Actief meewerken aan een constructie die leidt tot het betalen van te weinig belasting;
- Wetende dat er risico's aan de constructie verbonden zijn, welbewust geen advies vragen aan de belastingdienst (schending zorgplicht).

Mogelijk speelde mee dat de verdachte een gemeente was, van wie toch een bepaalde zorgvuldigheid (beginselen van behoorlijk bestuur) mag worden verwacht ten aanzien van zowel de financiën als de wet.

3.6 Bedreiging (285 Sr)

3.6.1 Jurisprudentie

HR 9 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1892 (*Snackbar*)

De verdachte was de snackbar waar zijn vroege buurmeisje werkte binnengestapt met een (nep)vuurwapen. Hij had het vuurwapen doorgeladen, gericht op een medewerker en de trekker overgehaald. Op dat moment was een harde klik te horen geweest. Hij had de caissière gevraagd de kassa open te maken en had ook zelf geprobeerd de kassa te openen. De verdachte werd, naast voor poging tot diefstal, door het gerechtshof veroordeeld voor bedreiging. In een van de ingestelde cassatiemiddelen wordt opgekomen tegen dit laatste oordeel. Het zou slechts zijn gegaan om 'een grapje' en 'stoerdoenerij'. Het gerechtshof had hierover overwogen:

> 'Het opzet van verdachte op het wegnemen van geld volgt uit de aard van de handelingen zoals die blijken uit de beschrijving van de camerabeelden en hetgeen het hof waarneemt op de stills van die camerabeelden.
> De verdachte heeft een op een vuurwapen gelijkend voorwerp aan de medewerkster getoond, doorgeladen, op haar gericht en vervolgens meermalen de trekker overgehaald, terwijl hij daarbij de bewezenverklaarde uitlating deed. Op de camerabeelden, welke zijn uitgewerkt in een zich in het dossier bevindend proces-verbaal, is te horen dat de medewerkster tegen de verdachte zegt dat hij haar bang maakt. In de context van deze handelingen zijn de uitgesproken teksten zonder meer van

bedreigende aard. Er is geen sprake van een grap, maar van een strafbare bedreiging.'

De Hoge Raad overwoog:

'4.2 Voor een veroordeling ter zake van bedreiging met enig misdrijf tegen het leven gericht is in een geval als het onderhavige vereist dat de bedreiging van dien aard is en onder zodanige omstandigheden is geschied dat bij de betrokkene in redelijkheid de vrees kon ontstaan dat deze het leven zou kunnen verliezen (vgl. HR 7 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3659, *NJ* 2005/448) en dat het opzet van de verdachte daarop was gericht (vgl. HR 17 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC8252, *NJ* 1984/479).
4.3 Het Hof heeft – kort gezegd – vastgesteld dat de verdachte een op een vuurwapen gelijkend voorwerp aan de medewerkster heeft getoond, heeft doorgeladen, op haar heeft gericht en vervolgens meermalen de trekker heeft overgehaald, alsmede dat de medewerkster tegen de verdachte heeft gezegd dat hij haar bang maakte. Op grond daarvan heeft het Hof geoordeeld dat sprake was van strafbare bedreiging. Daarin ligt als zijn oordeel besloten dat door de gedragingen van de verdachte bij de medewerkster in redelijkheid de vrees kon ontstaan dat zij haar leven zou kunnen verliezen, terwijl daarin voorts als diens oordeel ligt besloten dat de gedragingen van de verdachte naar hun uiterlijke verschijningsvorm dermate zijn gericht op het doen ontstaan van bedoelde vrees, dat het opzet van de verdachte daarop was gericht.
4.4 Deze oordelen geven niet blijk van een onjuiste opvatting omtrent het begrip bedreiging als bedoeld in art. 285 Sr en behoefden, ook in het licht van het namens de verdachte gevoerde verweer, onder meer inhoudende dat slechts sprake was van "baldadigheid", geen nadere motivering.'

3.6.2 Analyse

In paragraaf 2.3 beschreef ik dat het er in deze uitspraak op lijkt dat de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt bij 'vol' opzet. Zeker is dat niet. De uitspraak kan, zo is in paragraaf 2.3 toegelicht, ook zo begrepen worden dat het toch gaat om voorwaardelijk opzet. De omstandigheden die de Hoge Raad in deze uitspraak betrekt bij de uiterlijke verschijningvorm doen in ieder geval denken aan omstandigheden die ook in de andere uitspraken worden betrokken.

Uit de *Snackbar*-uitspraak kan worden afgeleid dat het tonen, doorladen en richten van (een voorwerp dat eruit ziet als) een vuurwapen en de trekker daarvan overhalen (vgl. de omstandigheden bij schietincidenten; paragraaf 3.1.2) een gedraging is die naar uiterlijke verschijningsvorm zozeer is gericht op bedreiging dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte dat gevolg heeft aanvaard. De Hoge Raad betrok bij zijn overwegingen dat het slachtoffer had gezegd dat ze bang was. Blijkbaar was dit voor de verdachte geen aanleiding om te stoppen, hetgeen bij een grap wellicht voor de hand had gelegen.

De verdachte is blijven doorgaan. Er is met andere woorden, sprake van een bepaalde volhardendheid bij de verdachte.

3.6.3 Bevindingen

Uit de *Snackbar*-uitspraak leid ik af dat het tonen, doorladen en richten van (een voorwerp dat eruit ziet als) een vuurwapen en de trekker overhalen een gedraging is die naar uiterlijke verschijningsvorm zozeer is gericht op bedreiging dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte dat gevolg heeft aanvaard. Daarbij speelt de volhardendheid van de verdachte (de mate waarin de verdachte doorgaat met deze gedraging) eveneens een rol.

3.7 Delictoverstijgende bevindingen over de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm

In de paragrafen 3.1-3.6 besprak ik per delict(type) welke omstandigheden werden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Ik ben verschillende feitencomplexen tegengekomen. Ook in gevallen waarin hetzelfde delict ten laste is gelegd, verschilden de feitencomplexen soms sterk van elkaar. Daarom maakte ik bij een aantal delicten ook een onderscheid tussen verschillende casustypen. Welke gedragingen en omstandigheden bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken verschilt per zaak. Desondanks is het in de paragrafen 3.1-3.6 mogelijk gebleken om zowel per casustype als per delict(type) zaakoverstijgende omstandigheden aan te wijzen. Bij een vergelijking van de omstandigheden per delict(type) blijkt bovendien dat een aantal omstandigheden bij meerdere – en soms zelf bij alle – delict(typ)en terugkeren. Er zijn, met andere woorden, niet alleen zaakoverstijgend, maar ook delictoverstijgend omstandigheden aan te wijzen die steeds weer bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken. Ook ten aanzien van de contra-indicaties geldt dat bij verschillende delict(typ)en soortgelijke contra-indicaties worden betrokken. In deze paragraaf zal ik eerst de verschillende delictoverstijgende omstandigheden die ik ben tegengekomen bespreken (paragrafen 3.7.1-3.7.8). Vervolgens zal ik ingaan op de delictoverstijgende contra-indicaties (paragraaf 3.7.9). Ik eindig deze paragraaf (paragraaf 3.7.10) met een bespreking hoe hoog de 'drempel' van de uiterlijke verschijningsvorm bij voorwaardelijk opzet ligt.

3.7.1 De inzet van middelen (wapens) om het misdrijf te plegen

In alle geanalyseerde uitspraken heeft de verdachte middelen ingezet waarmee het ten laste gelegde misdrijf gepleegd kan worden. Een onderscheid kan worden gemaakt tussen gevallen waarin de verdachte wapens inzet en gevallen waarin de verdachte voorwerpen gebruikt die ook kunnen worden gebruikt voor niet criminele doelen. Ik licht dit toe.

De inzet van wapens
In zaken waarin de verdachte moord/doodslag, (zware) mishandeling of bedreiging ten laste was gelegd, had de verdachte vaak wapens ingezet. De enkele omstandigheid dat de verdachte een wapen bij zich had, is blijkens de uitspraken echter niet voldoende om uit de gedraging af te leiden dat de verdachte de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg had aanvaard. De drempel van de uiterlijke verschijningsvorm wordt veelal pas gehaald als de verdachte dat wapen heeft ingezet of – op zijn minst – 'in de aanslag' had en ermee richtte op een slachtoffer.

De inzet van 'alledaagse' middelen als een wapen
In veel andere zaken maakte de verdachte gebruik van middelen die ook kunnen worden ingezet voor niet criminele doelen (hierna: 'alledaagse middelen'). Het ging onder andere om voertuigen (paragrafen 3.1.3 en 3.2.3), stoeptegels (paragraaf 3.1.4), handen en voeten (paragrafen 3.1.5 en 3.2.2) en vuurwerk (paragraaf 3.3). Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid de (enkele) omstandigheid dat de verdachte de middelen op gevaarlijke wijze inzet – de verdachte haalt bijvoorbeeld gevaarlijke verkeersmanoeuvres uit met een voertuig (paragrafen 3.1.3 en 3.2.3) of heeft op gevaarlijke wijze vuurwerk afgestoken (paragraaf 3.3) –, nog niet maakt dat de verdachte de ernstige gevolgen die dat kan hebben ook heeft aanvaard. Over het algemeen wordt pas aangenomen dat de verdachte dergelijke gevolgen heeft aanvaard op het moment dat hij de middelen *als een wapen* heeft ingezet.

Welk gevolg nog aanvaard?
Gedragingen kunnen soms meerdere, ernstige gevolgen hebben. Het afvuren van een vuurwapen kan immers leiden tot lichamelijk letsel, zwaar lichamelijk letsel of de dood van het slachtoffer. Voor welk gevolg de verdachte nog heeft aanvaard zijn, ten aanzien van de inzet van middelen, de volgende omstandigheden van belang.

In de eerste plaats is relevant welk voorwerp de verdachte heeft gebruikt. Bij vuurwapens en messen kan bijvoorbeeld eerder voorwaardelijk opzet op zwaar lichamelijk letsel of levensberoving worden aangenomen dan wanneer de verdachte zijn vuisten gebruikte.

In de tweede plaats is relevant op welk lichaamsdeel van het slachtoffer de verdachte het wapen richtte. Naarmate het gaat om een kwetsbaarder of vitaler lichaamsdeel kan uit de gedraging eerder voorwaardelijk opzet op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel of levensberoving worden afgeleid. Ten derde is relevant met hoeveel kracht de verdachte het wapen gebruikte en de frequentie waarmee hij dat wapen gebruikte. Daarbij geldt dat naarmate het wapen tijdens de handeling vaker is gebruikt, eerder voorwaardelijk opzet op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel of levensberoving kan worden aangenomen. Bij voertuigen gaat het niet om de kracht, maar de snelheid

waarmee wordt gereden en de mate waarin op die snelheid wordt doorgereden.

3.7.2 *Gewelddadige of 'alledaagse' gedraging*

Een verschil tussen uitspraken waarin wél en uitspraken waarin niet aan de maatstaf van de uiterlijke verschijningsvorm is voldaan, is veelal of de verdachte zich gewelddadig heeft gedragen dan wel of de verdachte een gedraging heeft verricht waarvoor geen (niet-criminele) aanleiding bestond. Wanneer de verdachte een gedraging heeft verricht die gericht is op een niet-crimineel doel (hierna: 'alledaagse gedraging'), bijvoorbeeld deelname aan het verkeer, dan wordt over het algemeen niet snel de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm gehaald. Ik licht dit toe.

Gewelddadige gedragingen
In de meeste uitspraken waarin de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm werd gehaald, was sprake van een agressieve gedraging. Was geen sprake van een agressieve gedraging, dan werd de drempel veelal niet gehaald.

Het duidelijkst is dit bij de uitspraken over voorwaardelijk opzet in het verkeer (paragrafen 3.1.3 en 3.2.3). Verkeersmanoeuvres, hoe gevaarlijk ook, leveren niet snel een gedraging op die aan de maatstaf van de uiterlijke verschijningsvorm voldoet. Anders is dat wanneer de auto wordt ingezet als een wapen en sprake is van een geweldsdaad richting een of meerdere slachtoffers. Er is dan geen sprake meer van verkeersdeelname, maar van agressie. In die gevallen wordt de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm wel gehaald. In sport- en spelsituaties speelt iets soortgelijks (zie paragraaf 3.2.2).

Ook bij schiet- en steekincidenten is relevant in hoeverre de verdachte zich agressief heeft gedragen. Zo werd aan de maatstaf van de uiterlijke verschijningsvorm niet voldaan in de *Veiligheidspal*-uitspraak, waarin de verdachte zijn wapen alleen maar – op verzoek van het slachtoffer – aan het slachtoffer had willen laten zien. Evenmin werd de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm gehaald in een geval waarin het slachtoffer zelf in een mes was gelopen dat de verdachte alleen maar voor zich hield (*In het mes gelopen*). Ook in een aantal andere uitspraken waarin de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm niet wordt gehaald, zoals de *Vuurpijl*-uitspraak over brandstichting, was geen sprake van een agressieve gedraging van de kant van de verdachte.

Gevaarlijke gedraging waarvoor geen (niet-criminele) aanleiding bestond
In een aantal uitspraken was geen sprake van een 'agressieve' gedraging, maar werd desalniettemin voorwaardelijk opzet aangenomen. Het gaat dan om een aantal uitspraken waarin er geen enkele (niet-criminele) aanleiding voor de gevaarlijke gedraging van de verdachte bestond. Dit gold bijvoorbeeld voor het gooien van een stoeptegel van een viaduct (*Rijswijkse stoeptegelmoord*) en het gooien van een fiets van een flatgebouw (*Geparkeerde auto*). Ook het laten

slapen van je zieke stiefdochter in een onverwarmde ruimte, zonder kleding en beddengoed, met het raam open, terwijl het buiten vriest, is een gedraging waarvoor geen aanleiding lijkt te zijn (*Stiefmoeder*).

Alledaagse gedragingen
Zoals hiervoor al aan de orde kwam wordt in gevallen waarin een verdachte – op gevaarlijke wijze – een gedraging verricht die ook een niet misdadig doel dient, zoals verkeersdeelname (*Porsche*, *Alcolholrijder*), seks (*HIV I*), de hond uitlaten (*American Staffords*), niet snel aangenomen dat de verdachte bepaalde ernstige gevolgen van die gedraging heeft aanvaard, ook niet als de gedraging heel gevaarlijk is en de verdachte zich daarvan bewust is. Dit laatste blijkt zowel uit de *Alcoholrijder*-uitspraak – waarin de verdachte met drank op achter het stuur was gaan zitten en heel goed wist hoe gevaarlijk dit was – als *HIV I* – waarin de verdachte wist dat hij met hiv besmet was.[102] Blijkens deze uitspraken wordt de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm in dergelijke gevallen alleen gehaald wanneer sprake is van bijzondere (aanvullende) omstandigheden. Van dergelijke bijzondere omstandigheden was sprake in de *American Staffords*-uitspraak. Hoewel het uitlaten van honden op zichzelf een alledaagse gedraging is, ging het in deze zaak om honden waarvan bekend was dat zij gevaarlijk waren, die eerder bij een bijtincident betrokken waren geweest en ten aanzien waarvan er door een deskundige aanbevelingen waren gedaan om nieuwe incidenten te voorkomen. De verdachte, die op de hoogte was van zowel de gevaarlijkheid van de honden als de aanbevelingen, had deze aanbevelingen niet opgevolgd. Op een bepaalde manier komt de gedraging van de verdachte in deze uitspraak overeen met die van een verdachte die met een geladen vuurwapen op stap gaat. Ik kom hierop in paragraaf 3.7.5 terug.

3.7.3 Gerichtheid tegen een bepaald persoon of goed

Over het algemeen is de gedraging van de verdachte in de door mij geanalyseerde uitspraken (waarin de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm wordt gehaald) gericht tegen een bepaalde persoon.

In een aantal gevallen ging het daarbij om een specifiek slachtoffer. Bijvoorbeeld de persoon waarmee de verdachte (al langere tijd) ruzie had (zie o.a.

102 Hoewel in deze laatste uitspraak ook nog wel betwijfeld kon worden of de verdachte zich er wel bewust van was dat hij dit virus kon overdragen. Ik laat hier tav het *HIV I*-arrest buiten beschouwing dat er ook geen sprake was van een aanmerkelijke kans en richt me alleen op wat de Hoge Raad heeft overwogen ten aanzien van het aanvaardingsvereiste. Zoals in par. 3.1.1 blijkt uit die overwegingen van de Hoge Raad uit het *HIV I*-arrest dat 'weten en toch doen' nog geen 'willen' oplevert.

Dakkapel,[103] *Vrachtwagen*, *Flessenhals*) of de politieagent waaraan de verdachte probeerde te ontkomen (zie o.a. *Uitgeweken*, *Zandheuvel*).

In een aantal uitspraken waren de slachtoffers geen bekenden van de verdachte of geen slachtoffers waarmee de verdachte een probleem heeft. Het ging om willekeurige slachtoffers. Dit gold bijvoorbeeld voor de *Spookrijder*-uitspraak, waarin de slachtoffers willekeurige tegenliggers waren. Dat neemt niet weg dat de gedragingen van de verdachte ook in deze uitspraak tegen hen gericht waren, nu hij met zijn auto gericht, en met hoge snelheid, op hen afreed.

De gerichtheid tegen een slachtoffer is ook een verschil tussen de uitspraken *Rijswijkse stoeptegelmoord* (drempel uiterlijke verschijningsvorm wel gehaald) en *Geparkeerde auto* (drempel uiterlijke verschijningsvorm niet gehaald). In de *Rijswijkse stoeptegelmoord*-zaak had de verdachte aangevoerd dat hij de tegel pas had gegooid toen hij de auto niet meer kon raken. Het gerechtshof had echter bewezenverklaard dat de verdachte juist had afgewacht tot de auto steeds dichterbij kwam en toen pas de stoeptegel had laten vallen. De stoeptegel werd dus bewust richting de auto van het slachtoffer gegooid.[104] In de *Geparkeerde auto*-zaak was de verdachte zich niet bewust (en hoefde dat ook niet te zijn) van de aanwezigheid van personen bij de geparkeerde auto. Hij gooide de fiets dus niet bewust richting die personen. Tot slot kan worden gewezen op de *Vuurpijl*-zaak, waarin de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm niet werd gehaald. De vuurpijl werd in deze zaak niet in de richting van het huis geschoten, maar juist daar vanaf. De verdachte was zo ver mogelijk uit het raam gaan hangen. Het afschieten van de vuurpijl was niet gericht geweest tegen een woning of personen.

3.7.4 Volhardendheid van de verdachte

De volhardendheid van de verdachte, de omstandigheid dat de verdachte maar blijft doorgaan met zijn gedraging, wordt bij verschillende delict(typ)en betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm.

Het duidelijkst speelt deze omstandigheid mee in de uitspraken *Verstikking* (doodslag) en *Snackbar* (bedreiging). In de *Verstikking*-uitspraak had het slachtoffer meerdere keren aangegeven (bijna) te stikken. Desondanks bleef de verdachte zijn gedraging (een kussen op haar gezicht duwen en haar keel dichtduwen) maar doorzetten. In de *Snackbar*-uitspraak had een van de slachtoffers gezegd dat zij bang was. De verdachte – die beweerde dat hij slechts een grap uithaalde – stopte desondanks niet, maar bleef doorgaan. In de

103 De verdachte in de uitspraak Dakkapel schoot weliswaar – net als de verdachte in *Vol café* en *Doorzeefde auto* – in zekere zin weinig gericht (op een bepaald slachtoffer), maar hij schoot wel (heel bewust) in de richting van de plaats waar de slachtoffers zich bevonden.

104 Dit doet denken aan de uitspraken *Dakkapel* en *Vol café* waarin de verdachten bewust kogels afvuurden in de richting van de plaats waar de slachtoffers zich bevonden.

Stiefmoeder-zaak had de verdachte het slachtoffer niet alleen, terwijl het vroor, in een koude, onverwarmde ruimte, zonder kleding en beddengoed opgesloten, zij had dat langdurig gedaan (een hele nacht). Zij was daarbij niet één keer komen kijken. Ook in de ochtend had zij eerst nog anderhalf uur gewacht voordat zij de hulpdiensten had gebeld. Ook in deze uitspraak lijkt de lange duur van de gedraging (de vasthoudendheid) een rol te spelen.

In de verkeerszaken wordt eveneens betrokken dat de verdachte maar blijft doorgaan met zijn gedraging. Zo woog in de uitspraak *Lekkanaal* mee dat de verdachte maar naar rechts, richting het kanaal, bleef sturen, terwijl hij alle gelegenheid had om te remmen of naar links te sturen. In de uitspraken *Spookrijder en Knallen* reed de verdachte steeds weer opnieuw op de tegenliggers in. In de uitspraak *Uitgeweken* was de verdachte weliswaar uitgeweken, maar had dat pas zo laat gedaan, dat daarmee het gevaar niet meer wordt weggenomen. Hij was aanvankelijk (tot hij vlak bij de agent was) op de agent blijven afrijden en gas blijven bijgeven. Ook hier werd de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm daardoor gehaald. Bij schietincidenten speelt een rol hoeveel kogels de verdachte heeft afgevuurd. Ook dat zegt iets over de volhardendheid van de verdachte.

3.7.5 Schenden van een zorgplicht

In een aantal zaken speelt een rol dat de verdachte een bepaalde zorgplicht heeft, die hij heeft geschonden. Hier kan – opnieuw – een onderscheid worden gemaakt tussen 'alledaagse' gedragingen en gedragingen die eigenlijk geen niet-crimineel doel kunnen hebben.

Gedragingen die geen niet-crimineel doel hebben
In paragraaf 3.1.2.1 beschreef ik dat uit de jurisprudentie van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat personen die met een vuurwapen op stap gaan een bepaalde zorgplicht hebben om zich ervan te vergewissen dat dat vuurwapen niet is doorgeladen of om maatregelen te nemen zodat dat vuurwapen niet af kan gaan (bijvoorbeeld door de veiligheidspal er op te zetten). Op het moment dat de verdachte dit niet doet, is dat een omstandigheid die kan bijdragen aan het oordeel dat de verdachte eventuele gevolgen van het afgaan van het wapen heeft aanvaard. Wanneer een verdachte gaat rondzwaaien met een vuurwapen heeft hij dus, zo volgt uit de jurisprudentie, een bepaalde zorgplicht en schending van die zorgplicht kan als omstandigheid bijdragen aan het oordeel dat de verdachte de bepaalde, ernstige gevolgen van zijn gedraging heeft aanvaard.

Alledaagse gedragingen
Wanneer een verdachte een 'alledaagse' gedraging verricht dan wordt de schending van een bepaalde zorgplicht echter niet zomaar betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Iemand die deelneemt aan het verkeer heeft

immers ook een bepaalde zorgplicht om dat veilig te doen en om ongelukken te voorkomen. Van iemand die met drank op achter het stuur gevaarlijke manoeuvres uithaalt, kan worden gezegd dat die zijn zorgplicht schendt. En ten aanzien van iemand die weet dat hij met hiv besmet is, kan misschien ook betoogd worden dat van hem verwacht mag worden dat hij maatregelen neemt om het overdragen van het virus te voorkomen. Toch werden dergelijke zorgplichten niet aangenomen in de uitspraken *Alcoholrijder* en *HIV I*. Of althans, zij leidden niet tot het oordeel dat de verdachte voorwaardelijk opzet had gehad. Blijkbaar leidt de schending van een zorgplicht bij 'alledaagse' gedragingen niet snel tot het oordeel dat de verdachte de aanmerkelijke kans op bepaalde (ernstige) gevolgen van zijn gedraging heeft aanvaard.

Anders is dat in de uitspraken *American Staffords*, *Stiefmoeder* en *Kasrondje*. In deze uitspraken droeg de schending door de verdachte van een bepaalde zorgplicht wel bij aan het oordeel dat de verdachte bepaalde gevolgen van zijn gedraging had aanvaard. Dat deze omstandigheid hier wel een rol speelde, heeft er mogelijk mee te maken dat in deze zaken sprake is van een bijzondere zorgplicht. Zo geldt ten aanzien van gevaarlijke honden dat op grond artikel 425, onder 2° Sr – dat eveneens ten laste was gelegd – een zorgplicht om de dieren onschadelijk te houden. Er was in het geval van de *American Staffords*-uitspraak bovendien een deskundigenrapport met duidelijke aanbevelingen over hoe aan deze zorgplicht moest worden voldaan. Door niet de door een deskundige aanbevolen maatregelen te nemen, had de verdachte deze zorgplicht geschonden. Een (stief)moeder heeft eveneens een – in de wet vastgelegde – zorgplicht voor haar (stief)dochter. Niet alleen door haar in een onverwarmde ruimte te laten slapen, maar ook door geen enkele keer 's nachts te gaan kijken en in de ochtend nog enige tijd te wachten voordat ze de hulpdiensten inschakelde, had de verdachte in de *Stiefmoeder*-uitspraak die zorgplicht geschonden. In de uitspraak *Kasrondje* – over belastingfraude – speelde eveneens mee dat een bepaalde zorgplicht was geschonden. Mogelijk heeft dat hier te maken met de omstandigheid dat de verdachte een gemeente was, van wie een bepaalde zorgvuldigheid (beginselen van behoorlijk bestuur) mag worden verwacht., zeker wanneer er openlijk twijfels waren over of de gekozen constructie wel door de beugel kon. In deze zaak werd er echter – volledig in strijd daarmee – bewust voor gekozen om, om onwelvallig nieuws te voorkomen, geen advies te vragen aan de belastingdienst.

3.7.6 Het 'zwakkere' slachtoffer

Bij verschillende delict(typ)en wordt bij de uiterlijke verschijningsvorm de omstandigheid betrokken dat het slachtoffer in een zwakke(re) positie verkeert. Zo werd in de zaken *Verstikking* en *Stiefmoeder* bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken dat de slachtoffers in een slechte gezondheidstoestand verkeerden. In een aantal mishandelingszaken werd meegewogen dat de verdachte geen kant op kon, bijvoorbeeld omdat hij werd vastgehouden (*Gebalde vuist*)

of omdat zij op haar rug was gevallen (*Huiselijk geweld*), of dat de verdachte fysiek (een stuk) sterker was (*Bokser*).

In verschillende verkeerszaken (paragrafen 3.1.3 en 3.2.2) speelde een rol dat de verdachte in zijn auto of vrachtwagen een sterkere verkeersdeelnemer was dan het slachtoffer (voetganger, motorrijder).

3.7.7 Bewustheid van bepaalde (bijzondere) omstandigheden

In paragraaf 2.2.2 beschreef ik dat aan de bewustheid bij de verdachte meestal geen aandacht wordt besteed. Deze wordt in principe verondersteld. Als er wel aandacht wordt besteed aan de bewustheid, dan wordt die bewustheid niet vastgesteld aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm. Dat neemt niet weg dat of de verdachte zich bewust was van bepaalde omstandigheden wel relevant is voor het antwoord op de vraag welke gevolgen van zijn gedraging de verdachte heeft aanvaard. Zo kon ten aanzien van een verdachte die een fiets van een flatgebouw gooide, maar die niet wist dat er personen in de buurt van een voor de flat geparkeerde auto stonden niet worden aangenomen dat hij had aanvaard dat de slachtoffers zouden overlijden als gevolg van zijn gedraging (*Geparkeerde auto*). Dit kwam ook al aan de orde in paragraaf 3.7.3.

Bewust niet weten

Dat neemt niet weg dat de verdachte zich er niet zomaar achter kan verschuilen dat hij iets niet wist. Sterker nog, de omstandigheid dat de verdachte er bewust voor kiest om zich ergens niet over te (laten) informeren, draagt in bepaalde gevallen juist bij aan het oordeel dat de verdachte bepaalde gevolgen heeft aanvaard. Dit was bijvoorbeeld aan de orde in de vuurwapenzaken (paragraaf 3.1.2). Een verdachte die zich er niet van heeft vergewist of een vuurwapen wel of niet is doorgeladen, kan geen succesvol beroep doen op het ontbreken van die kennis. Eveneens kan bijdragen aan het oordeel dat de verdachte een bepaald gevolg heeft aanvaard dat hij – wetende dat het slachtoffer zich ergens in de buurt bevindt – zich er niet van heeft vergewist waar de dat slachtoffer zich precies bevond. Dit speelde zowel in een aantal vuurwapenzaken (*Dakkapel*, *Vol café*) als in enkele verkeerszaken (*Vrachtwagen*). Ook in andere zaken speelde deze omstandigheid mee. Zo kon in een belastingfraude zaak een gemeente die welbewust geen advies had gevraagd over een belastingconstructie waarover twijfels zijn, zich niet erachter verschuilen dat zij niet wist dat de constructie in strijd was met de wet (*Kasrondje*).

Weten en toch doen is nog geen willen(?)

Weten en toch doen is nog geen willen, zo leidde ik af uit het HIV I-arrest. Met de *Alcoholrijder*-uitspraak lijkt de Hoge Raad dit uitgangspunt nog eens te bevestigen. Voorgaande lijkt hiermee niet zonder meer in overeenstemming. In dit verband lijkt de nuancering die ik hierop maakte in paragraaf 3.1.1 van

belang. Weten en toch doen levert *niet zonder meer* willen op, zo stelde ik daar. Wanneer gaat 'weten en toch doen levert nog geen willen op' wel op en wanneer niet? Van belang lijkt dat het in zowel *HIV I* en *Alcoholrijder* – waarin 'weten' nog geen 'willen' opleverde – om een 'alledaagse' gedraging ging. Op het moment dat de verdachte een minder alledaagse gedraging verricht, zoals rondzwaaien met een vuurwapen (zie hiervoor), dan lijkt er meer ruimte in de jurisprudentie om aan te nemen dat, nu de verdachte zich bewust was van bepaalde omstandigheden en risico's, hij de gevolgen ook heeft aanvaard. Hetzelfde lijkt te gelden als de verdachte een bepaalde zorgplicht heeft (zie paragraaf 3.7.5). Ik merk daarbij direct op dat in geen van de uitspraken die ik ben tegengekomen alleen deze omstandigheid werd betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Ook in de vuurwapenzaken waren daarnaast steeds diverse andere omstandigheden aanwezig (zoals dat de verdachte het wapen 'in de aanslag' had). Al met al, is het uitgangspunt uit het *HIV I*-arrest 'weten en toch doen is *niet zonder meer* willen' in latere jurisprudentie dus niet verlaten.

3.7.8 Intreden gevolg niet doorslaggevend

Wat voor de uiterlijke verschijningsvorm niet doorslaggevend is, is in hoeverre het gevolg zich ook heeft voorgedaan. Ik ben zowel uitspraken tegengekomen waarin het gevolg zich wel voordeed, maar de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm niet werd gehaald (zie o.a. *Vleesmes*, *Geparkeerde auto*, *Schouderduw* en *Vuurpijl*, als uitspraken waarin het gevolg zich niet voordeed, maar waarin die drempel wel werd gehaald (*Lekkanaal*, *Verstikking* en *Flessenhals*). Dat ik deze laatste uitspraken ben tegengekomen betekent dat de uiterlijke verschijningsvorm ook wordt gebruikt in het kader van poging (bestanddeel 'voornemen'). In deze uitspraken ging het steeds om voltooide poging, waardoor de uiterlijke verschijningsvorm in deze uitspraken niet ook in het kader van het bestanddeel 'begin van uitvoering' werd gebruikt. Ik kom op de poging zowel in paragraaf 3.7.10 als in hoofdstuk 8, paragraaf 2.1 terug.

Dat het intreden van het gevolg in het kader van voorwaardelijk opzet niet doorslaggevend is, doet er niet aan af dat het gevolg in een aantal zaken wel betrokken werd bij de uiterlijke verschijningsvorm. Het ingetreden gevolg geeft immers inzicht in bijvoorbeeld op welk lichaamsdeel de verdachte heeft gericht (*Vleesmes*) en met hoeveel kracht de verdachte heeft gestoken (*Kraakpand*) of geslagen (*Bokser*), omstandigheden die blijkens de jurisprudentie van belang kunnen zijn voor het antwoord op de vraag welk gevolg (levensberoving, zwaar lichamelijk letsel of lichamelijk letsel) de verdachte heeft aanvaard.

3.7.9 Contra-indicaties

Ik ben in de door mij geanalyseerde rechtspraak (slechts) drie contra-indicaties tegengekomen.

De eerste contra-indicatie houdt in dat de verdachte zijn gedraging is gestaakt. Dit speelde in de uitspraken *Verstikking* en *Uitgeweken*. Een beroep op deze contra-indicatie kan alleen slagen als de verdachte zijn gedraging tijdig en (volledig) uit zichzelf staakt. Wanneer de verdachte zijn gedraging pas staakt als de politie eenmaal is gearriveerd of pas zo laat zijn gedraging afbreekt dat het gevaar daarmee niet meer wordt afgewend, dan is dat te laat om als contra-indicatie te worden aanvaard.

De tweede contra-indicatie die ik ben tegengekomen is dat de verdachte maatregelen heeft genomen om de gevolgen te voorkomen. Dit speelde in de uitspraken *Veiligheidspal*, *Lekkanaal*, *Stiefmoeder* en *Vuurpijl*. Blijkens deze uitspraken moeten de maatregelen tijdig zijn genomen. Als de maatregelen tijdig zijn genomen dan is, blijkens de *Vuurpijl*-uitspraak, de kwaliteit van die maatregelen minder relevant. Blijkens de *Veiligheidspal*-uitspraak kan zelfs voldoende zijn dat de verdachte alleen nog maar in de veronderstelling was dat hij bepaalde veiligheidsmaatregelen had genomen. Neemt de verdachte de maatregelen pas later, dan volgt uit de uitspraken *Stiefmoeder* en *Lekkanaal* dat die maatregelen van een bepaalde kwaliteit moeten zijn.

In gevallen waarin geen sprake is van een 'alledaagse' gedraging vormt het gevaar dat van de gedraging uitgaat voor de verdachte zelf of diens naasten een contra-indicatie, zo volgt uit het *Porsche*-arrest en de *Vuurpijl*-uitspraak). Wanneer sprake is van een geweldsactie uitgevoerd door de verdachte kan niet succesvol een beroep worden gedaan op deze contra-indicatie, zo kan worden afgeleid uit de uitspraak *Lekkanaal*. Net als bij een aantal omstandigheden, is er dus ook bij de contra-indicaties sprake van een onderscheid tussen 'alledaagse' gedragingen en gedragingen die geen (niet-misdadig) doel hebben.

3.7.10 De drempel van de uiterlijke verschijningsvorm

De uiterlijke verschijningsvorm schrijft een dwingend minimum voor, zo bleek in paragraaf 2.1.5 Uit de *HIV I*-formule kan worden afgeleid dat de Hoge Raad een hoge drempel heeft willen opwerpen. Is dit nu ook echt zo als we kijken naar de bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken omstandigheden? Wat je 'hoog' vindt is natuurlijk deels afhankelijk van je perspectief. Wat in ieder geval duidelijk is, is dat de omstandigheid de verdachte met zijn gedraging een aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg in het leven heeft geroepen, niet op zichzelf voldoende is om aan te nemen dat hij de aanmerkelijke kans op dat gevolg ook heeft *aanvaard*, ook niet als hij zich wel bewust was van het gevaar dat hij in het leven riep.

Blijkens de paragrafen 3.7.1-3.7.9 kan een aantal casus(type)- en delict-(type)overstijgende omstandigheden worden aangewezen. In zoverre is sprake

van een zekere consistentie en samenhang in de jurisprudentie.[105] Tegelijkertijd blijkt uit de jurisprudentie dat welke omstandigheden worden betrokken en waar de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm precies ligt, mede van het type casus en het (type) delict afhankelijk is.[106] In het bijzonder geldt dat, zoals uit de paragrafen 3.7.1-3.7.9 blijkt, de drempel hoger ligt wanneer de verdachte 'alledaagse' gedragingen heeft verricht, zoals het deelnemen aan het verkeer, het hebben van seks of het uitlaten van honden. Ook al doet de verdachte dit op gevaarlijke wijze en was hij op de hoogte van de grote risico's die hij nam, dan nog wordt meestal niet aangenomen dat hij bepaalde ernstige gevolgen van dat handelen heeft aanvaard. Dat is blijkens de jurisprudentie pas anders als er bijzondere omstandigheden aanwezig zijn. Ook gelden er aanvullende contra-indicaties wanneer de verdachte in beginsel 'alledaagse' gedragingen verricht. Tegelijkertijd constateer ik dat ik in totaal maar drie te onderscheiden contra-indicaties ben tegengekomen. Dit houdt er mogelijk mee verband dat bij de uiterlijke verschijningsvorm ook al 'negatieve omstandigheden' worden betrokken. Zie hierover nader paragraaf 3.8.2. Hoewel het gaat om een beperkt aantal contra-indicaties, blijkt uit de jurisprudentie dat zij wel degelijk in de weg kunnen staan aan het bewijs van voorwaardelijk opzet. In zoverre hebben zij wel degelijk een praktisch belang.

Ook als de verdachte geen 'alledaagse' gedragingen heeft verricht, kan niet zomaar kan worden aangenomen dat de verdachte bepaalde gevolgen van zijn gedraging heeft aanvaard. Ook daar geldt dat weten en toch doen niet zonder meer het oordeel kan dragen dat de verdachte de gevolgen ook heeft aanvaard. In alle uitspraken werden daarnaast andere omstandigheden bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken (zie ook paragraaf 3.7.7). Dit laat zien dat het aanvaardingsvereiste – en daarmee het onderscheid tussen bewuste schuld en voorwaardelijk opzet – wel degelijk een bepaalde inhoud heeft.

Dat ik alleen maar uitspraken ben tegengekomen waarin sprake was van een voltooid delict of een voltooide poging, vormt een aanwijzing dat een bepaalde nabijheid tot de voltooiing moet zijn bereikt voordat de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm wordt gehaald. Dit wordt bevestigd door de door mij gevonden omstandigheden. Omstandigheden als waarop de verdachte zijn wapen heeft gericht, waar het slachtoffer is geraakt, hoe hard de verdachte heeft geslagen en hoe volhardend de verdachte was in zijn gedraging, kunnen over het algemeen pas worden vastgesteld als de gedraging in een vergevorderd stadium is.

105 Anders dan De Hullu (De Hullu 2018, p. 244) meen ik dus dat er wel degelijk een bepaalde hoofdlijn aan te wijzen is.

106 In zoverre heeft De Hullu dan toch wel weer gelijk. Zie eveneens in deze zin: de annotaties van Mevis bij HR 15 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BA7888, *NJ* 2008/609 (*Uitgeweken*) en HR 24 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1498, *NJ* 2004/375 (*Drugsroof*); Kelk & De Jong 2019, p. 277-288.

De uiterlijke verschijningsvorm is, met andere woorden, zeker geen lege huls, maar heeft een bepaalde inhoud en werpt een bepaalde drempel op, zowel in algemene zin als in concrete gevallen. In hoofdstuk 7, paragraaf 2.4 en hoofdstuk 8 bespreek ik in hoeverre de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm bij alle leerstukken gelijk is. Daar komt ook aan de orde waarom de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm bij voorwaardelijk opzet alleen wordt gehaald als sprake is van een bepaalde nabijheid tot de voltooiing van het feit. Als verklaring daarvoor wordt gegeven dat, wanneer niet bekend is wat er ten tijde van het feit in de verdachte is omgegaan, pas kan worden waargenomen waarop de gedraging precies was gericht wanneer sprake is van een bepaalde nabijheid tot voltooiing van het feit. In die hoofdstukken zal bovendien blijken dat – als naar de objectieve omstandigheden die bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken wordt gekeken – de drempel bij het voorwaardelijk opzet hoger ligt dan bij poging en voorbereiding.

3.8 Overkoepelende noties over de omstandigheden

3.8.1 De uiterlijke verschijningsvorm

Op iets abstracter niveau kunnen over die omstandigheden een aantal dingen worden opgemerkt.

3.8.1.1 Objectieve omstandigheden

Over het algemeen worden objectieve omstandigheden bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken. De enige uitzondering daarop is de bewustheid bij de verdachte van de aanwezigheid van bepaalde omstandigheden. Meestal wordt deze bewustheid verondersteld, maar in gevallen waarin sprake is van bijzondere omstandigheden, wordt nagegaan of de verdachte zich ook van deze omstandigheden bewust was. Omstandigheden waarvan de verdachte zich niet bewust was en ook niet had behoren te zijn worden over het algemeen niet betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm, zo bleek al in paragraaf 3.7.7

3.8.1.2 Context

De objectieve omstandigheden die worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm betreffen niet alleen de fysieke gedraging, maar ook omstandigheden die de context schetsen waarbinnen die gedraging werd verricht. In veel gevallen is die context doorslaggevend. Dezelfde fysieke gedraging – rondlopen met een vuurwapen, steken met een mes, (te hard) rijden met een voertuig – kan, zo is gebleken, mede afhankelijk van de verdere context immers gericht zijn op verschillende gevolgen. Bij 'alledaagse' gedragingen is het belang van de context wellicht nog groter. Illustratief in dit verband is de uitspraak *American Staffords*. De door de verdachte verrichte fysieke gedraging hield hier immers niets meer in dan dat hij drie honden had uitgela-

ten. Dat wordt pas anders als duidelijk is dat het om gevaarlijke honden ging, die al eerder bij een bijtincident waren betrokken, dat er een deskundigerapportage was met aanbevelingen over hoe nieuwe incidenten konden voorkomen, en dat de verdachte die aanbevelingen – hoewel hij ervan op de hoogte was – niet had nageleefd. In paragraaf 3.2.2 kwam aan de orde dat ook bijvoorbeeld een sport- en spelcontext kan worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm.

3.8.1.3 Niet zichtbare omstandigheden (criteriumfiguur?)

De Hoge Raad noemt in zijn uitspraken geen 'criteriumfiguur' voor de uiterlijke verschijningsvorm. Over het algemeen lijken vooral ter plaatse waar te nemen omstandigheden een rol te spelen, maar ook niet (direct) ter plaatse zichtbare omstandigheden worden bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken. Naast de hiervoor al genoemde bewustheid bij de verdachte, gaat het bijvoorbeeld om een eerder door een deskundige opgesteld rapport over de honden (*American Straffords*;), dat de verdachte bokservaring heeft (*Bokser*), dat het slachtoffer in een slechte gezondheidstoestand verkeerde (*Verstikking*, *Stiefmoeder*), dat het vuurwapen nep was (*Snackbar*) en de voorgeschiedenis tussen de verdachte en het slachtoffer. Hoewel wellicht kan worden aangevoerd dat een aantal van deze omstandigheden door een ter plaatse aanwezige deskundige of alwetende toeschouwer of waarnemer met een 'helicopter view' waargenomen zouden kunnen worden, geldt dat zeker niet voor alle omstandigheden. Belangrijker dan wat een ter plaatse aanwezige (deskundige) toeschouwer kan waarnemen, is wat de rechter achteraf aan feiten en omstandigheden kan vaststellen.[107]

3.8.2 Contra-indicaties en 'negatieve omstandigheden'

In paragraaf 3.7.9 besprak ik enkele contra-indicaties die ik ben tegengekomen in de uitspraken. Een aantal van de gevonden contra-indicaties (afbreken gedraging, nemen van maatregelen om gevolgen te voorkomen) doet sterk denken aan vrijwillige terugtred (artikel 46b Sr).[108] Er bestaan desalniettemin verschillen. Ik kom op dit onderwerp terug in hoofdstuk 8, paragraaf 2.2.

Naast contra-indicaties zijn er ook, wat ik hier zal noemen 'negatieve omstandigheden'. Daarmee bedoel ik omstandigheden die bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken, maar die juist maken dat aan die maatstaf niet wordt voldaan. Een voorbeeld hiervan is dat de verdachte gericht op een niet vitaal lichaamsdeel heeft geschoten. Uit deze omstandigheid kon

107 Vgl. Reijntjes 2003, p. 480; F. de Jong e.a. 2007; F. de Jong 2009, p. 364.

108 Zij doen daar zelfs zozeer aan denken dat AG Machielse bij de *Stiefmoeder*-uitspraak concludeerde dat de Hoge Raad in deze zaak ambtshalve zou moeten casseren wegens een 'rechtstreeks en ernstig vermoeden (…) dat artikel 46b Sr hier van toepassing is'. De Hoge Raad ging hierin niet mee.

worden afgeleid dat de verdachte het gevolg levensberoving *niet* aanvaardde. Ik heb me afgevraagd wat het verschil is tussen 'negatieve omstandigheden' en contra-indicaties. Met uitzondering van de contra-indicatie dat de verdachte zelf gevaar loopt, zijn de door mij gevonden contra-indicaties gedragingen. Op dit punt onderscheiden zij zich dus niet van de (negatieve) omstandigheden die betrokken worden bij de uiterlijke verschijningsvorm.

Ik heb me afgevraagd of het tijdsaspect hier relevant is. Is het zo dat 'negatieve omstandigheden' vanaf het begin van de gedraging aanwezig zijn, onderdeel uitmaken van de gedraging, terwijl contra-indicaties een nieuwe of afzonderlijke gedraging vormen? Dit laatste is bijvoorbeeld het geval in de *Stiefmoeder*-uitspraak, waarin het beroep op een contra-indicatie overigens niet slaagde. Ook in de *Lekkanaal*-uitspraak kan het redden door de verdachte van zijn dochtertje uit de auto als een 'nieuwe' gedraging worden beschouwd.[109] De getroffen tegenmaatregelen in de *Vuurpijl*-uitspraak lijken mij echter niet als een nieuwe of aparte gedraging te kunnen worden beschouwd. Daar had de verdachte een vuurpijl vanuit een koker afgeschoten en was hij zo ver mogelijk uit het raam gaan hangen. Deze tegenmaatregelen lijken mij daarmee onderdeel uit te maken van de gedraging. Ik zie op dit punt ook niet goed het onderscheid met de omstandigheid dat de verdachte gericht laag schiet (*Stiefvader*), eveneens een 'negatieve omstandigheid' en niet een contra-indicatie. In gevallen waarin de verdachte inhaalpogingen doet en die vervolgens steeds weer afbreekt, lijkt het mij kunstmatig om het (telkens) inhalen en het (telkens) afbreken van de manoeuvre als twee losse gedragingen te zien. Dat geldt te meer nu in gevallen waarin de verdachte juist steeds weer de rijbaan van tegenliggers opstuurt en weer terugkeert naar de vluchtstrook als dat verkeer voorbij is (*Spookrijder*) of telkens gas geeft en weer los laat (*Vrachtwagen*) dat wel als één gedraging wordt benaderd.

Ik vraag me dan ook af of, met uitzondering van de omstandigheid dat de verdachte zelf ook gevaar liep, de overige door mij gevonden contra-indicaties niet als 'negatieve omstandigheden' moeten worden beschouwd, die worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Als we beter kijken naar de jurisprudentie van de Hoge Raad, dan plaatst de Hoge Raad de door mij gevonden 'contra-indicaties' ook niet uitdrukkelijk *buiten* de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. Dat de verdachte het wapen op 'veilig' had gezet (*Veiligheidspal*) en dat de verdachte uit het raam hing (*Vuurpijl*) werd niet specifiek los van de uiterlijke verschijningsvorm besproken. Het geheel van gedragingen lijkt te worden beoordeeld. Wellicht kunnen de 'contra-indicaties' dan ook wel gewoon betrokken worden bij de uiterlijke verschijningsvorm. Waarom noemt de Hoge Raad de contra-indicaties dan specifiek? Is dat vooral om de rechter in te scherpen dat niet zomaar op de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging mag worden vertrouwd? Of om zichzelf ruimte te geven

109 Zie evenwel nader hfdst. 8, par. 2.2. Deze gedraging werkt wel 'terug' tot aan het begin.

in cassatie om het oordeel van het gerechtshof indringender te toetsen? Beide is misschien aan de orde. In de praktijk blijkt in ieder geval dat de contra-indicaties wel degelijk van belang zijn. Hoewel in een beperkt aantal uitspraken, staan zij wel degelijk af en toe in de weg aan het aannemen van voorwaardelijk opzet. Daar komt bij dat ik in ieder geval één omstandigheid ben tegengekomen die daadwerkelijk buiten de uiterlijke verschijningsvorm is gelegen. Ik doel dan op de omstandigheid dat de verdachte zelf ook gevaar liep.[110] Dit vormt immers geen onderdeel van de gedraging. Ook vanuit dat opzicht heeft het apart noemen van de contra-indicaties dus toegevoegde waarde.

4 Samenvattende bevindingen over de uiterlijke verschijningsvorm bij (voorwaardelijk) opzet

De uiterlijke verschijningsvorm is een *methode* om tot het bewijs van voorwaardelijk opzet ('aanvaarden') te komen. Omdat de wettelijke term 'opzet' in de tenlastelegging wordt opgenomen (en daar wordt geacht dezelfde betekenis te hebben), vallen bewijs en kwalificatie evenwel samen. Aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm wordt getoetst of de gedragingen opzet 'opleveren'. Op deze methode wordt teruggevallen in gevallen waarin (geloofwaardige) verklaringen van verdachten of getuigen over wat er ten tijde van het plegen van het feit in de verdachte is omgegaan ontbreken of onvoldoende inzicht daarin geven. Nu contra-indicaties mogelijk zijn, levert de uiterlijke verschijningsvorm in dergelijke gevallen (slechts) een bewijsvermoeden op.

Het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm is geen vrijblijvendheid. Wanneer verklaringen ontbreken, kan alleen op grond van de uiterlijke verschijningsvorm alsnog tot het bewijs van voorwaardelijk opzet ('aanvaarden') worden gekomen . De uiterlijke verschijningsvorm schrijft aldus dwingend minimum voor. Blijkens de gebruikte formulering ligt de ondergrens daarbij vrij hoog. Omdat de uiterlijke verschijningsvorm een dwingend minimum voorschrijft voor het bewijs van voorwaardelijk opzet heb ik de uiterlijke verschijningsvorm als 'maatstaf' aangemerkt (zie paragraaf 2.1).

De uiterlijke verschijningsvorm wordt niet gebruikt bij de andere vereisten voor voorwaardelijk opzet, te weten het vereiste van een aanmerkelijke kans en het bewustheidsvereiste (zie paragraaf 2.2). Toekomstige jurisprudentie zal meer duidelijk moeten verschaffen over of de uiterlijke verschijningsvorm ook een rol heeft bij andere (hogere) opzetgradaties dan voorwaardelijk opzet (paragraaf 2.3).

Welke omstandigheden bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken verschilt per zaak. Wanneer op een iets hoger abstractieniveau naar de

110 Deze contra-indicatie staat, blijkens par. 3.7.9, slechts in bepaalde gevallen in de weg aan het aannemen van voorwaardelijk opzet.

omstandigheden wordt gekeken, dan blijkt evenwel dat er zaakoverstijgende en zelfs delictoverstijgende omstandigheden kunnen worden aangewezen. Deze delictoverstijgende omstandigheden zijn:

- de inzet van middelen (wapens) om het misdrijf te plegen;
- het plegen van een agressieve gedraging, een gevaarlijke gedraging die geen (niet-crimineel) doel heeft of – onder bijzondere omstandigheden – het op gevaarlijke wijze uitvoeren van een 'alledaagse' gedraging;
- gerichtheid van de gedraging tegen een bepaalde persoon of goed;
- de volhardendheid van de verdachte;
- het schenden van een bepaalde zorgplicht;
- de 'zwakkere' positie van het slachtoffer;
- de bewustheid van bepaalde (bijzondere) omstandigheden.

Wat bij geen van de delicten doorslaggevend is voor het voorwaardelijk opzet, is in hoeverre het gevolg ook daadwerkelijk is ingetreden. Dat doet er niet aan af dat het gevolg in een aantal zaken wel betrokken werd bij de uiterlijke verschijningsvorm, omdat het inzicht geeft in bijvoorbeeld op welk lichaamsdeel de verdachte heeft gericht of met hoeveel kracht de verdachte heeft gestoken of geslagen.

Meer overkoepelend kan over de omstandigheden die worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm het volgende worden gezegd:

- Over het algemeen worden objectieve omstandigheden bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken.
- In gevallen waarin bewustheid bij de verdachte van bepaalde (bijzondere) omstandigheden niet zonder meer kan worden verondersteld, kan ook de mate waarin de verdachte zich bewust was van die omstandigheden een rol spelen.
- Niet alleen de fysieke gedraging, maar ook omstandigheden waaruit blijkt van de context waarbinnen die gedraging is verricht, worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm.
- Ook niet ter plaatse zichtbare omstandigheden worden bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken. Het gaat dus om de omstandigheden die achteraf – op grond van de bewijsmiddelen en het verhandelde ter terechtzitting – door de rechter vastgesteld worden en niet om wat de indruk van een ter plaatse aanwezige, deskundige waarnemer is.
- De uiterlijke verschijningsvorm is geen lege huls, maar werpt – door de invulling die eraan wordt gegeven – een drempel op om 'aanvaarden' te kunnen vaststellen.

Contra-indicaties

Ik ben in de door mij geanalyseerde rechtspraak drie contra-indicaties tegengekomen:

- De verdachte heeft zijn gedraging tijdig gestaakt.
- De verdachte heeft tijdig voldoende maatregelen genomen om de gevolgen te voorkomen.
- In gevallen waarin geen sprake is van een agressieve gedraging van de verdachte: van de gedraging gaat ook gevaar uit voor de verdachte zelf of zijn naasten.

Deze contra-indicaties kunnen niet altijd goed worden onderscheiden van 'negatieve omstandigheden' die worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm en de Hoge Raad doet dat ook niet uitdrukkelijk. Mogelijk ben ik daarom niet zo veel verschillende contra-indicaties tegengekomen. Dat neemt niet weg dat het noemen van de contra-indicaties in de *HIV I*-formule toegevoegde waarde heeft. Allereerst ben ik een contra-indicatie tegengekomen (de verdachte loopt zelf gevaar) die geen onderdeel uitmaakt van de gedraging. In de tweede plaats ben ik wel degelijk uitspraken tegengekomen waarin contra-indicaties in de weg hebben gestaan aan het bewijs van voorwaardelijk opzet. Ten derde kan het afzonderlijk noemen van contra-indicaties de feitenrechter inscherpen dat hij niet lichtvaardig voorwaardelijk opzet uit de gedraging mag afleiden. De feitenrechter zal zich altijd moeten afvragen of er tegenaanwijzingen zijn. De door mij gevonden contra-indicaties doen overigens sterk denken aan vrijwillige terugtred (artikel 46b Sr). Op dit onderwerp kom ik in hoofdstuk 8 terug.

4 Strafbare voorbereiding

> 'Aldus heeft het Hof blijk gegeven van een te beperkte en dus onjuiste opvatting omtrent art. 46, eerste lid, (oud) Sr. Het Hof heeft immers nagelaten te beoordelen of deze voorwerpen, afzonderlijk dan wel gezamenlijk naar hun uiterlijke verschijningsvorm ten tijde van het handelen dienstig kunnen zijn voor het misdadige doel dat de verdachte met het gebruik van de voorwerpen voor ogen had.'[1]

1 Inleiding

In 2003 wordt de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm niet alleen door de Hoge Raad geïntroduceerd bij het voorwaardelijk opzet (zie hoofdstuk 3), maar ook bij de strafbare voorbereiding (artikel 46 Sr). De Hoge Raad gebruikt de figuur nadien in een aantal arresten over strafbare voorbereiding.

Drie van deze arresten zijn nog gebaseerd op artikel 46 Sr zoals dat luidde voor de wetswijziging van 1 februari 2007.[2] Ten aanzien van het 'bestemmingsvereiste'[3] betekent dat dat de term 'kennelijk' in deze oudere uitspraken nog onderdeel uitmaakte van de delictsomschrijving ('kennelijk bestemd'). Blijkens de wetsgeschiedenis is met het schrappen van de term 'kennelijk' uit artikel 46 Sr geen inhoudelijke wijziging beoogd. Er werd slechts beoogd 'duidelijkheid te creëren'.[4] De voorgestelde aanpassing strekte 'daarbij in de kern tot verduidelijking van de reikwijdte van artikel 46 Sr, zoals die uit rechtspraak van de Hoge Raad blijkt'.[5] Op basis van de wetsgeschiedenis zou het schrappen van het woord 'kennelijk' dus geen gevolgen moeten hebben gehad voor de uitleg die wordt gegeven aan artikel 46 Sr. Gelet op deze wetsgeschiedenis zal ik hieronder in beginsel geen onderscheid maken tussen uitspraken die zijn gebaseerd op het oude artikel 46 Sr en uitspraken die zijn gebaseerd op

---

1 HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0213 (*Samir A.*).
2 Wet van 20 november 2006, *Stb.* 580.
3 Het vereiste dat de aangetroffen voorwerpen, stoffen, informatiedragers, ruimten of vervoermiddelen 'bestemd' zijn tot het plegen van het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf.
4 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 6 en 49; *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 7, p. 11.
5 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 7, p. 55.

het huidige artikel 46 Sr.[6] Uiteraard zal ik in dit hoofdstuk wel aandacht besteden aan de vraag of de wetswijziging (inderdaad geen) gevolgen heeft gehad voor de jurisprudentie van de Hoge Raad.[7]

In verband met het beperkte aantal uitspraken van de Hoge Raad zal ik in dit hoofdstuk, anders dan in de voorgaande hoofdstukken, niet per delict-(type) beschrijven welke invulling de uiterlijke verschijningsvorm heeft.[8] Dit betekent dat dit hoofdstuk een andere opbouw heeft van de vorige twee hoofdstukken. Ik begin met de weergave van de jurisprudentie (paragraaf 2). Ik neem niet alleen de jurisprudentie op waarin de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt, maar ook een uitspraak over de ondeugdelijke voorbereiding (*Richard*). Dit doe ik ten behoeve van de bespreking van de rol van de uiterlijke verschijningsvorm bij de ondeugdelijke voorbereiding. Eveneens neem ik drie uitspraken (*Bristol*, *Opel Vectra, Prinsjesdag*) op die van belang zijn voor de wijze waarop het 'misdadige doel' (zie paragraaf 3.2) wordt ingevuld. Ik doe dat omdat deze uitspraken meer inzicht geven in de verhouding tussen de uiterlijke verschijningsvorm en het misdadige doel.[9] Zoals in dit hoofdstuk zal blijken speelt dit misdadige doel in het kader van de uiterlijke verschijningsvorm een belangrijke rol. Ik houd bij de bespreking van de arresten in paragraaf 2 de chronologische volgorde waarin zij zijn verschenen aan. Vervolgens bespreek ik het gebruik dat van de uiterlijke verschijningsvorm wordt gemaakt en de daaruit voortvloeiende rol van de figuur (paragraaf 3) en de invulling die aan de uiterlijke verschijningsvorm wordt gegeven (paragraaf 4). Ik eindig dit hoofdstuk met een samenvatting van mijn bevindingen (paragraaf 5).

2 JURISPRUDENTIE

HR 18 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ0535 (*Ford Transit I*)
Voorbereiding gekwalificeerde diefstal (312 Sr)

De verdachte was samen met anderen van plan geweest een (of meerdere) bank(en) te beroven. De verdachte was overeenkomstig de met de medeverdachten gemaakte afspraak in een Ford Transit naar Blaricum gegaan en had de auto daar tegenover een bankfiliaal geparkeerd. Vanuit de auto had hij de bank samen met een medeverdachte

6 Nu er geen verschil lijkt te bestaan zal ik, omwille van de leesbaarheid, het in dit hoofdstuk steeds hebben over 'bestemd'.

7 Verschillende auteurs menen dat met het *Samir A.*-arrest een wijziging heeft plaatsgevonden (zie o.a. Gritter & Sikkema 2008; Sikkema 2012, p. 35 en 39; Keulen 2009, p. 50). Dit arrest is weliswaar gebaseerd op artikel 46 (oud) Sr, maar op het moment dat het arrest werd gewezen was het wetsvoorstel waarmee artikel 46 Sr werd gewijzigd reeds aanhangig bij het parlement.

8 Zie nader hfdst. 1, par. 7.

9 Over deze verhouding is veel geschreven en er bestaat geen overeenstemming over in de literatuur. Zie nader hfdst. 1, par. 3.3.1.

enige tijd geobserveerd. Vervolgens was de verdachte weggereden en had hij een stukje verderop geparkeerd. Daarna was hij het bankfiliaal ingelopen, om even later weer in de door een medeverdachte bestuurde Ford Transit te stappen. Ten laste van de verdachte was bewezenverklaard dat

> 'hij in de periode van 3 oktober 2000 tot 3 januari 2001 te Blaricum en/of te Rotterdam en/of te Dordrecht, ter voorbereiding van het misdrijf om tezamen en in vereniging met anderen met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening weg te nemen een hoeveelheid geld, toebehorende aan de ABN-bank te Blaricum en daarbij die voorgenomen diefstal te doen voorafgaan en/of te doen vergezellen en/of te doen volgen van geweld en/of bedreiging met geweld tegen medewerk(st)ers van die ABN-bank, aldaar werkzaam, te plegen met het oogmerk om die diefstal voor te bereiden en/of gemakkelijk te maken en/of om bij betrapping op heterdaad aan zichzelf en/of aan zijn mededader(s) hetzij de vlucht mogelijk te maken, hetzij het bezit van het gestolene te verzekeren, opzettelijk een auto (Ford Transit) voorhanden heeft gehad, kennelijk bestemd tot het in vereniging begaan van dat misdrijf'.

In cassatie werd tegen dit oordeel van het gerechtshof opgekomen. De Ford Transit was niet 'kennelijk bestemd' tot het begaan van het misdrijf' in de zin van artikel 46 Sr, omdat de Ford Transit een alledaags voorwerp is. Het gerechtshof had hierover overwogen:

> 'Aan de wetsgeschiedenis ontleent het hof dat aan de term "kennelijke bestemming" een objectieve beperkte strekking moet worden toegekend in die zin dat de gemiddelde rechtsgenoot uit de combinatie van zaken overduidelijk moet kunnen afleiden dat op het moment van handelen met het betreffende voorwerp er een crimineel doel is.
> De verdachte is overeenkomstig een daartoe vooraf met de medeverdachten gemaakte afspraak op 13 oktober 2000 naar Blaricum gegaan;
> de verdachte heeft zijn auto tegenover het bankfiliaal van de ABN/AMRO geparkeerd en heeft van daaruit samen met zijn medeverdachte de bank enige tijd geobserveerd, en – na te zijn weggereden – elders zijn auto tot stilstand gebracht en uitgestapt;
> de verdachte is vervolgens langs het bankfiliaal van de ABN/AMRO gelopen, zonder dat kon worden vastgesteld dat hij in of buiten het bankgebouw enige handeling heeft verricht, om even later weer [in de] door de medeverdachte bestuurde, aan hem toebehorende Ford Transit, te stappen.
> Hieruit leidt het hof af dat verdachte met zijn medeverdachte genoemde bank kennelijk aan "het afleggen" waren ten behoeve van het plegen van een overval op die bank en dat zij derhalve die auto op dat moment bezigden voor dat criminele doel. Bovendien heeft het hof in aanmerking genomen [dat] de medeverdachte [medeverdachte 1] samen met [medeverdachte 2] en [medeverdachte 3], beiden afkomstig uit [plaats A], eerder, namelijk in de nacht van 2 op 3 oktober 2000, en kennelijk met hetzelfde doel, die bank hadden "afgelegd".'

De Hoge Raad verwees naar de wetsgeschiedenis van artikel 46 (oud) Sr (*r.o.* 3.6) en oordeelde:

> '3.7 Blijkens zijn onder 3.4 weergegeven overweging heeft het Hof die auto beoordeeld op zijn uiterlijke verschijningsvorm, op het daarvan gemaakte gebruik en op het misdadige doel dat de verdachte en zijn mededader met het gebruik van die auto voor ogen hadden. In het licht van vorenweergegeven wetsgeschiedenis getuigt 's Hofs oordeel dat die auto aldus "kennelijk bestemd" was tot het in vereniging begaan van de beoogde misdrijven niet van een onjuiste rechtsopvatting omtrent dat begrip in art. 46 (oud) Sr. Dat oordeel is ook niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd.'

HR 18 november 2003, ECLI:NL:HR:AJ0517 (*Ford Transit II*)
Voorbereiding gekwalificeerde diefstal (312 Sr)

We blijven bij de bankoverval(len) uit *Ford Transit I*. Ten aanzien van een andere verdachte had het gerechtshof bewezenverklaard dat de verdachte opzettelijk inbrekersgereedschap, valse kentekenplaten, scanners en/of portofoons, tape, een vuurwapen, auto's (waaronder een Ford Transit), een videocamera en video-opnamen van de openingsprocedures voorhanden had gehad, welke kennelijk bestemd waren tot het begaan van dat misdrijf/die misdrijven (diefstal met geweld en/of afpersing). Het middel kwam op tegen het oordeel dat sprake was van voorwerpen die kennelijk bestemd waren tot het plegen van de misdrijven genoemd in de tenlastelegging. Het cassatiemiddel leek er van uit te gaan, aldus AG Keijzer (conclusie, onder 7), dat

> 'in verband met art. 46 Sr de "finaliteit" die bepaalde voorwerpen aan de beoogde misdrijven dient te verbinden in die voorwerpen zelf gelegen moet zijn'.

Artikel 46 zou, met andere woorden, slechts betrekking hebben op voorwerpen die 'van nature' bestemd zijn tot misdrijf. Evenals de AG, deelde de Hoge Raad dat standpunt niet. De Hoge Raad verwees naar de wetgeschiedenis van artikel 46 (oud) Sr en oordeelde vervolgens:

> '3.6 Blijkens de gebezigde bewijsmiddelen heeft het Hof die voorwerpen indien al niet afzonderlijk dan toch in hun gezamenlijkheid beoordeeld op hun uiterlijke verschijningsvorm, op het daarvan gemaakte gebruik en op het misdadige doel dat de verdachte en zijn mededader met het gebruik van die voorwerpen voor ogen hadden. In het licht van vorenweergegeven wetsgeschiedenis getuigt 's Hofs oordeel dat die voorwerpen aldus "kennelijk bestemd" waren tot het in vereniging begaan van de beoogde misdrijven niet van een onjuiste rechtsopvatting omtrent dat begrip in art. 46 (oud) Sr. Dat oordeel is ook niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd.'

HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0213 (*Samir A.*)
Voorbereiding moord (289 Sr) en teweegbrengen ontploffing (157 Sr)

Aan de verdachte – Samir A. – was (onder meer) ten laste gelegd dat hij verschillende voorwerpen, stoffen en informatiedragers (hierna: voorwerpen) voorhanden had gehad die bestemd waren tot het plegen van een of meerdere aanslagen (moord en/of brandstichting en/of het teweegbrengen van een ontploffing). De beoogde doelwitten zouden een of meer overheidsgebouwen zijn geweest, waaronder het gebouw van de Tweede

Kamer. De voorwerpen die hij voorhanden had gehad konden (volgens het gerechtshof) worden onderverdeeld in drie categorieën: 1. voorwerpen die konden worden gebruikt als grondstoffen voor een geïmproviseerde explosieve constructie, waaronder kunstmest; 2. nuttige voorwerpen bij het plegen van een aanslag, zoals wapens, een portofoon en nachtkijkers; 3. informatiedragers, waaronder plattegronden. Het gerechtshof had de verdachte van de ten laste gelegde voorbereiding vrijgesproken. De plattegronden, foto's, schetsen en aantekeningen droegen naar het oordeel van het gerechtshof

> 'een nog zo primitief en oppervlakkig karakter, dat het hof het onmogelijk acht dat op basis van deze vergaand onvolkomen informatie een aanval op deze objecten met enige kans op succes zelfs maar in voorbereiding kan worden genomen'.

Het gerechtshof schoof de voorwerpen in de categorie 3 dan ook ter zijde, evenals de voorwerpen in categorie 2:

> 'Van alle zaken in deze categorie geldt echter dat hun betekenis – ook in onderling verband en samenhang bezien, alsook bezien in relatie met hetgeen hierna ten aanzien van de "derde categorie" wordt vastgesteld – zodanig diffuus en onzeker is, dat het hof bij de beoordeling van de vraag of het onder 2 tenlastegelegde wettig en overtuigend bewezen kan worden geacht, aan de aanwezigheid van deze voorwerpen in de woning van de verdachte voorbij zal gaan.'

Ten aanzien van de voorwerpen om een explosief te maken (categorie 1) stelde het gerechtshof vast

> 'dat de verdachte blijkens het totaalbeeld van het inbeslaggenomen eivormige flesje nog op een kennelijk zeer onbeholpen wijze op zoek was naar wegen om een functionerende geïmproviseerde explosieve constructie te kunnen vervaardigen'.

Het gerechtshof kwam op basis daarvan (ten aanzien van de voorwerpen in categorie 1) tot het volgende oordeel:

> 'Een en ander leidt tot de conclusie dat het hof niet twijfelt aan de terroristische intentie van de verdachte, maar dat hetgeen hij overeenkomstig de tenlastelegging in die sleutel heeft ondernomen om tot het (taalkundig gesproken) kennelijk voorbereiden van een actie met een geïmproviseerde explosieve constructie te komen, zich in een zodanig pril stadium bevond en zo onbeholpen en primitief was, dat daarvan géén reële dreiging (binnen afzienbare termijn) kón uitgaan. De verdachte stond in feite nagenoeg met lege handen. Onder die omstandigheden kan naar 's hofs oordeel niet gesproken worden van het vervaardigen of aanwezig hebben van voorwerpen, stoffen en gegevensdragers die kennelijk zijn bestemd tot voorbereiding van een aanslag zoals onder 2 tenlastegelegd, omdat die voorwerpen, stoffen en gegevensdragers die bestemming in objectieve zin redelijkerwijs niet kunnen hebben; zou men ondanks het ontbreken van die objectieve bestemming en de daarmee samenhangende gevaarzetting een verdachte tóch veroordelen, dan zou men hem ten gronde straffen voor zijn gedachten en intenties, hetgeen de wetgever juist uitdrukkelijk heeft willen uitsluiten.'

In cassatie, ingesteld door het openbaar ministerie, werd tegen dit oordeel opgekomen. De Hoge Raad verwees in zijn uitspraak eerst (*r.o.* 3.6) naar de wetsgeschiedenis bij

artikel 46 (oud) Sr. Anders dan AG Machielse verwees de Hoge Raad niet naar de kamerstukken bij het op dat moment aanhangige wetsvoorstel waarmee het woord 'kennelijk' uit artikel 46 Sr werd geschrapt. De Hoge Raad oordeelde vervolgens:

> '3.7 Bij de beantwoording van de vraag of de in art. 46, eerste lid, (oud) Sr vermelde voorwerpen, stoffen, informatiedragers, ruimten of vervoermiddelen (hierna gezamenlijk ook als "voorwerpen" aan te duiden), afzonderlijk of gezamenlijk, naar hun uiterlijke verschijningsvorm "kennelijk bestemd" zijn tot het begaan van het misdrijf in de zin van deze bepaling, kan, naar mede volgt uit de vorenweergegeven wetsgeschiedenis, niet worden geabstraheerd van het misdadige doel dat de verdachte met het gebruik van die voorwerpen voor ogen had.
> Het Hof, dat heeft overwogen aan de terroristische intentie van de verdachte niet te twijfelen, heeft geoordeeld dat de in de tenlastelegging opgesomde voorwerpen, stoffen en informatiedragers die de verdachte heeft vervaardigd of voorhanden heeft gehad, niet kennelijk bestemd zijn tot voorbereiding van een aanslag zoals tenlastegelegd, omdat die voorwerpen die bestemming in objectieve zin redelijkerwijs niet kunnen hebben. Daarmee heeft het Hof kennelijk als maatstaf aangelegd of die voorwerpen naar hun aard of hun concreet dan wel acuut gevaarzettend karakter daadwerkelijk zouden kunnen bijdragen aan het begaan van dat misdrijf. Aldus heeft het Hof blijk gegeven van een te beperkte en dus onjuiste opvatting omtrent art. 46, eerste lid, (oud) Sr. Het Hof heeft immers nagelaten te beoordelen of deze voorwerpen, afzonderlijk dan wel gezamenlijk naar hun uiterlijke verschijningsvorm ten tijde van het handelen dienstig kunnen zijn voor het misdadige doel dat de verdachte met het gebruik van de voorwerpen voor ogen had.'

HR 12 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1956, *NJ* 2013/133 (*Bristol*)
Voorbereiding gekwalificeerde diefstal (312 Sr)

De (minderjarige) verdachte had een telefoon voorhanden gehad. Duidelijk was dat deze was gebruikt tijdens de voorbereiding van een overval op een Bristol. Anders dan in andere uitspraken (waaronder het niet gepubliceerde, maar door AG Knigge wel genoemde arrest van de Hoge Raad van 2 september 2008, LJN BD2562), was evenwel niet duidelijk dat de telefoon ook tijdens de overval zou worden gebruikt om te communiceren. De Hoge Raad overwoog (*r.o.* 2.4):

> '2.4 Uit de tekst van art. 46, eerste lid, Sr "volgt" dat met "dat misdrijf" in de zinsnede "bestemd tot het begaan van dat misdrijf" wordt gedoeld op het misdrijf dat is voorbereid, en dus niet op de voorbereiding zelf. Uit de door het Hof gebezigde bewijsvoering kan echter niet worden afgeleid dat de telefoon waarmee de verdachte mondeling informatie gaf aan zijn medeverdachte, was bestemd tot het in de bewezenverklaring bedoelde misdrijf om samen met anderen of een ander een diefstal met geweld of afpersing te plegen.'

HR 28 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:179, *NJ* 2014/107 (*Opel Vectra*)
Voorbereiding gekwalificeerde diefstal (312 Sr) en/of afpersing (317 Sr)

In de auto van de verdachte (een Opel Vectra) waren – verspreid over diverse plaatsen in de auto – aangetroffen een vuurwapen, patronen, bivakmutsen, handschoenen, een

moker en ducktape. In cassatie was zowel de vraag aan de orde of het gerechtshof had kunnen oordelen dat de verdachte deze voorwerpen voorhanden had gehad (nu hij niet de enige passagier in de auto was) als of het gerechtshof had kunnen oordelen dat de voorwerpen bestemd in de zin van artikel 46 Sr waren tot diefstal met geweld en/of afpersing. Het gerechtshof had de uitspraak van de rechtbank bevestigd. De rechtbank had overwogen ten aanzien van de bestemming van de voorwerpen:

> 'Daarenboven zal bewezen moeten worden dat de in de auto van verdachte aangetroffen voorwerpen bestemd zijn tot het begaan van een dergelijk misdrijf. Daarbij is van belang dat de voorwerpen afzonderlijk dan wel gezamenlijk naar uiterlijke verschijningsvorm dienstig konden zijn voor het misdadige doel dat de verdachte voor ogen stond (Hoge Raad 20 februari 2007, LJN AZ0213).
> Naar het oordeel van de rechtbank kan uit de combinatie en onderlinge samenhang van de hiervoor vermelde aangetroffen voorwerpen (in het bijzonder de moker, de bivakmutsen, de zwarte handschoenen, de ducktape, de revolver en de 3.38 en 2.357 patronen) worden afgeleid dat verdachte deze voorwerpen voorhanden heeft gehad met het voornemen om daarmee diefstal met (bedreiging van) geweld, dan wel afpersing te plegen. Van belang is in de eerste plaats dat de auto waarin voormelde voorwerpen zijn aangetroffen, op naam van verdachte is gesteld. Voorts kunnen de auto van verdachte en de hierin aangetroffen voorwerpen naar hun uiterlijke verschijningsvorm dienstig zijn voor een misdadig doel zoals aan verdachte ten laste is gelegd. Concluderend is de rechtbank van oordeel dat dit onderdeel van de tenlastelegging kan worden bewezen.'

Dit oordeel kon de toets van de Hoge Raad niet doorstaan:

> '2.3 Aangezien de bewezenverklaring onder 1, voor zover inhoudende dat de verdachte opzettelijk voorwerpen voorhanden heeft gehad die waren "bestemd tot het begaan" van het "misdrijf van artikel 312 en/of 317 van het Wetboek van Strafrecht (diefstal met geweld en/of afpersing)", niet zonder meer kan worden afgeleid uit de inhoud van de door het Hof gebezigde bewijsvoering, is de bestreden uitspraak niet naar de eis der wet met redenen omkleed. Daarbij neemt de Hoge Raad in aanmerking dat zonder nadere motivering, welke ontbreekt, niet begrijpelijk is het kennelijke oordeel van het Hof dat uit die bewijsvoering met voldoende bepaaldheid blijkt welk "misdadig doel (...) de verdachte voor ogen stond". De door het Hof in dat verband in aanmerking genomen omstandigheden dat in de auto van de verdachte voorwerpen zijn aangetroffen die gebruikt kunnen worden bij het plegen van diefstal met geweld en/of afpersing en dat de verdachte met het voorhanden hebben van die voorwerpen bekend was, volstaan daartoe niet.'

HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1233, *NJ* 2014/338, m.nt. Rozemond (*Richard*)
Voorbereiding seksueel binnendringen van iemand beneden de twaalf jaar (244 Sr)

De verdachte in deze zaak had contact gehad met 'Richard', die voor hem een tienjarig meisje zou kunnen 'regelen'. 'Richard' was in het echt een tv-presentator, die de verdachte in een tv-programma probeerde te ontmaskeren als pedofiel. Op het moment dat de verdachte – met seksattributen en geld – was verschenen op een afgesproken

plaats werd hij aangehouden. De strekking van de gedragingen van de verdachte en zijn intenties waren volstrekt duidelijk. De vraag die aan de orde was, was of sprake kon zijn van strafbare voorbereiding, nu het beoogde slachtoffer een niet bestaand kind was (het kind was door de tv-presentator verzonnen). Hierdoor zou voltooiing van het feit nooit hebben kunnen volgen. Het gerechtshof had overwogen:

> 'Met de rechtbank is het hof van oordeel dat sprake is van een strafbare voorbereiding. De voorbereidingshandelingen zijn naar hun uiterlijke verschijningsvorm bestemd tot het begaan van het misdrijf. Verdachte heeft een bericht geplaatst om in contact te komen met anderen en heeft vervolgens met "Richard" uitvoerig e-mailcontact alsmede een afspraak op 20 december 2011 waarbij concrete plannen worden gemaakt voor het seksueel misbruiken van een kind beneden de 12 jaar. Het misdadig doel staat daarmee vast. Ter verwezenlijking van dat doel zijn er voorts weer nadere afspraken gemaakt en is verdachte op 29 december 2011 naar Nederland gereden met de bedoeling die dag door te rijden naar Duitsland alwaar hij seks zou gaan hebben met de minderjarige Laura. Verdachte had op die dag een aantal seksartikelen en het bedrag dat overeenkomstig de afspraken in de e-mails aan de moeder van het kind betaald zou worden voor het seksueel misbruik bij zich. De voorwerpen kunnen afzonderlijk dan wel gezamenlijk naar hun uiterlijke verschijningsvorm dienstig zijn voor het misdadige doel dat de verdachte met het gebruik van de voorwerpen voor ogen had (HR 20 februari 2007, LJN AZ0213).
> (…)
> Het beeld (...) is dat verdachte voornemens was om, samen met anderen, in een vakantiewoning met een meisje van 10 jaar oud tegen betaling (aan de moeder) seks te hebben eventueel met gebruikmaking van sm-attributen. Uit de mail van de verdachte volgt dat verdachte er van uit ging dat (onder meer) pijpen door Laura onderdeel uitmaakte van de afspraak met de moeder, ook als Laura dat niet leuk zou vinden. Hieruit kan worden afgeleid dat verdachte ook tegen de wil van Laura van plan was zich (onder meer) door haar te laten pijpen. De feitelijkheid die daarbij als middel zou worden gebruikt, zou bestaan uit de omstandigheid dat Laura met drie voor haar onbekende volwassen mannen (en zonder haar moeder) zich zou bevinden in een vakantiewoning. Gelet op de intentie van de mannen, de leeftijd van de mannen, de plaats van de ontmoeting en de sm attributen, zou dit voor Laura een vreemde, overrompelende situatie zijn waardoor het meisje zou zijn genoodzaakt om te blijven en de seksuele handelingen te ondergaan.
> Vast is komen te staan dat de voorbereidingshandelingen van verdachte zien op seksueel misbruik van een 10-jarig meisje. Dit is niet anders wanneer (voor de verdachte achteraf) blijkt dat het om een fictief meisje gaat, waardoor een verwezenlijking van het voornemen van verdachte niet gerealiseerd had kunnen worden. Gelet namelijk op de ratio van artikel 46 Sr (bescherming van de maatschappij tegen ernstige misdrijven) kan worden gesteld dat verdachte strafwaardig heeft gehandeld omdat hij door middel van de voorbereidingshandelingen tot uitdrukking heeft gebracht dat hij daadwerkelijk aan zijn wens om seksuele handelingen te verrichten bij kinderen onder de 12 jaar uitvoering wilde geven. Reeds door die getoonde bereidheid, is gebleken dat verdachte een gevaar vormt voor de samenleving en meer in het bijzonder voor kinderen onder de 12 jaar oud.'

De Hoge Raad overwoog:

> '2.4. De middelen berusten op de stelling dat de tenlastegelegde feiten niet bewezenverklaard kunnen worden omdat de misdrijven ter voorbereiding waarvan de tenlastegelegde handelingen plaatsvonden, niet konden worden voltooid. De persoon jegens wie die voorgenomen misdrijven zouden worden begaan, bleek immers een fictief 10-jarig meisje.
> 2.5. De middelen stellen daarmee echter aan de strafbaarheid van de voorbereiding van een misdrijf een eis die de wet niet kent en die ook niet bij het karakter van strafbare voorbereiding past. Voldoende is dat uit de bewijsvoering kan worden afgeleid dat de bewezenverklaarde gedragingen strekten ter voorbereiding van feiten als in de bewezenverklaring bedoeld en dat het opzet van de verdachte op het begaan daarvan was gericht. Gelet daarop alsmede gelet op hetgeen het Hof blijkens de in 2.2.2 weergegeven bewijsoverwegingen heeft vastgesteld, is de bewezenverklaring, ook in het licht van hetgeen namens de verdachte ter terechtzitting in hoger beroep is aangevoerd, toereikend gemotiveerd.'

HR 4 november 2014, ECLI:Nl:HR:2014:3081, *NJ* 2015/185, m.nt. Rozemond (*Prinsjesdag*)
Voorbereiding moord (289 Sr)

In de uitspraak waartegen in cassatie werd opgekomen had het gerechtshof het misdadige doel mede afgeleid uit de aard van de voorwerpen en de omstandigheden waaronder de voorwerpen werden aangetroffen. Het ging onder andere om vuurwapens en voorwerpen om explosieven te maken. Het gerechtshof had zich daartoe echter niet beperkt. Het gerechtshof had bij het oordeel ook voorwerpen betrokken – zoals plattegronden en een 'losgeldbrief' – waaruit bleek dat de verdachte reeds een bepaalde locatie had uitgezocht en dat hij reeds bepaalde personen had bedreigd. Verder betrok het gerechtshof bij zijn oordeel dat de verdachte al eerder was veroordeeld voor twee zeer gewelddadige overvallen en dat er geen andere geloofwaardige verklaring was voor waarom de verdachte de voorwerpen onder zich had. De Hoge Raad deed het cassatiemiddel dat zich richtte tegen het oordeel van het gerechtshof over de bestemming van de voorwerpen (eerste middel) af met toepassing van artikel 81 RO. Ten aanzien van het middel dat klaagde over of het oordeel van het gerechtshof dat sprake was van voorbedachte raad, overwoog de Hoge Raad:

> '2.5.2 Het voorgaande neemt echter niet weg dat ook voor de voorbereiding van moord geldt dat, mede met het oog op het strafverzwarende gevolg dat bewezenverklaring van voorbereiding van moord heeft ten opzichte van voorbereiding van doodslag, aan het bewijs van het bestemd zijn tot het begaan van moord bepaaldelijk eisen moeten worden gesteld en dat de rechter, in het bijzonder indien uit de bewijsmiddelen niet rechtstreeks volgt dat sprake is van die bestemming, in zijn motivering van de bewezenverklaring nadere aandacht moet geven aan de vraag op grond waarvan uit de bewijsvoering met voldoende bepaaldheid blijkt dat het misdadige doel dat de verdachte met zijn voorbereidingshandelingen en voorbereidingsmiddelen voor ogen stond, als moord moet worden aangemerkt. Dat past ook bij het voor voorbereiding geldende vereiste dat de bewezenverklaarde gedragingen strekken ter voorbereiding van feiten als in de bewezenverklaring bedoeld (vlg. HR 27 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1233, *NJ* 2014/338).

Aldus zal ook bij de voorbereiding van moord sprake moeten zijn van een voorgenomen daad en gelegenheid tot nadenken over en zich rekenschap geven van de betekenis en de gevolgen van die daad. Een en ander kan overigens volgen uit de planmatige aard van de voorbereiding.
2.6.1. 's Hofs hiervoor onder 2.2.2 weergegeven overwegingen moeten aldus worden verstaan dat de verdachte zich blijkens zijn eerdere veroordeling ter zake van onder meer een gewapende overval die gepaard ging met een vuurgevecht waarbij de kogels rakelings langs personen vlogen, bereid en in staat heeft getoond om een vuurgevecht aan te gaan waarbij dodelijke slachtoffers zouden kunnen vallen en dat hij gelet op de gezamenlijkheid van de aangetroffen voorwerpen – te weten vuurwapens, waarvan één doorgeladen, grote hoeveelheden munitie en een kogelwerend vest – aan het voorbereiden was op opnieuw een gewapende overval die mogelijk gepaard zou gaan met een vuurgevecht. Daarin ligt voorts als oordeel van het Hof besloten dat de verdachte gelegenheid heeft gehad na te denken over dit voorgenomen handelen en zich daarvan rekenschap te geven.
2.6.2. De conclusie van de Advocaat-Generaal bevat onder 30 voorts de volgende samenvatting van hetgeen door het Hof in deze zaak is vastgesteld:
"Het Hof heeft vastgesteld dat verzoeker een groot aantal voorbereidingsvoorwerpen en -middelen heeft vervaardigd en/of voorhanden heeft gehad. Deze voorwerpen zijn in vier categorieën onder te verdelen. De eerste categorie bestaat uit voorwerpen en (grond)stoffen die betrekking hebben op, wat ik kortheidshalve noem, de explosieve constructie. Het gaat daarbij om pyrotechnische mengsels en grondstoffen daarvoor, grondstoffen voor de springstof TATP, omhulsels voor pyrotechnische of explosieve stoffen, diverse schakelaars en/of elektrische circuitjes, afstandsbedieningen, een schakelklok en dergelijke die geschikt zijn om als activeringsmechanisme te functioneren voor een geïmproviseerd explosief voorwerp. Onder de tweede categorie vallen de vuurwapens, waarvan één doorgeladen, relatief grote hoeveelheden munitie en een patroonhouder. De derde categorie wordt gevormd door een kogelwerend vest, een bivakmuts, onderdelen van politie-, brandweer- en marechaussee-uniformen, portofoons en tie-wraps. En als vierde categorie kunnen worden aangemerkt de geschriften met betrekking tot bomaanslagen en overvallen, waarbij zeer ernstig geweld (waaronder het gebruik van explosieven) was toegepast, een document inhoudende de bereidingswijze van TATP en andere explosieve stoffen, de losgeldbrief, de foto's van beveiligingsmaatregelen in het centrum van Den Haag op Prinsjesdag, de plattegronden en de geschriften waaruit grootschalige bedreiging van personen en instellingen blijkt.
Voorts heeft het Hof vastgesteld dat verzoeker:
– bij arrest van het Hof van 20 februari 2002 onherroepelijk is veroordeeld voor het plegen van twee zeer gewelddadige overvallen op grenswisselkantoren, waarbij door de verzoeker meermalen is geschoten op onder meer politieagenten en waarbij door hem van explosieven c.q. geïmproviseerde explosieve voorwerpen gebruik is gemaakt;
– bij zijn aanhouding kort na de tweede hiervoor bedoelde overval 450 gram TATP bij zich had, een stof die als zij in een hoeveelheid van 150 gram in opgesloten toestand tot ontploffing wordt gebracht binnen een afstand van enkele tientallen meters gevaar voor zwaar lichamelijk letsel tot dodelijk letsel oplevert;
– bij het bestreden arrest is veroordeeld voor het doen van een schriftelijke bommelding bij de politie;

– bij het bestreden arrest is veroordeeld voor het meermalen plegen van bedreiging met enig misdrijf tegen het leven gericht door middel van het sturen van dreigbrieven (waarvan een groot deel ook poeder bevatte) aan een groot aantal instanties en personen;
– heeft erkend dat hij in de Boelstraat heeft gezocht naar de wijze van vervaardigen van TATP.
Tot slot heeft het Hof geoordeeld dat het weinige dat verzoeker heeft aangevoerd omtrent de bestemming van de bij hem aangetroffen voorwerpen, (grond)stoffen en informatiedragers niet aannemelijk is geworden."
2.7.Gelet op dit een en ander klaagt het middel tevergeefs dat de bewezenverklaring van feit 1, voor zover inhoudende dat de verdachte heeft gehandeld ter voorbereiding van moord, ontoereikend is gemotiveerd.'

HR 9 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1503, *NJ* 2015/450, m.nt. Reijntjes (*Holland Casino*)
Voorbereiding gekwalificeerde diefstal (312 Sr) en/of afpersing (317 Sr)

De verdachte had, samen met medeverdachten, (onder andere) een Holland Casino willen overvallen. De verdachte werd veroordeeld op grond van artikel 46 Sr voor het voor handen hebben van een plattegrond van het Holland Casino. De raadsman van de verdachte had vrijspraak bepleit, omdat de voorbereiding van een overval betrekking zou hebben op een ander casino in Zandvoort dan het Holland Casino. Het gerechtshof had hierover overwogen:

'De verdachte heeft op de terechtzitting in hoger beroep erkend dat hij één van de personen is die te zien en te horen is op de film van 5 februari 2012, die eveneens is aangetroffen in zijn mobiele telefoon.
Op de terechtzitting in hoger beroep is de film afgespeeld. De verdachte heeft vervolgens – gevraagd naar de aard van het te horen gesprek – verklaard: "Volgens mij is alles wel duidelijk wat er op de film wordt gezegd". Op de vraag van de voorzitter of de verdachte met deze mededeling het ten laste gelegde feit heeft willen bekennen heeft de verdachte geantwoord: "dat zeg ik niet, maar het lijkt er wel op".
De raadsman heeft vrijspraak bepleit, omdat de voorbereiding van een overval betrekking zou hebben op een ander casino in Zandvoort, dan het Holland Casino. Zoals de rechtbank, en overeenkomstig voornoemde verklaring van de verdachte, is het hof van oordeel dat de inhoud van het op 5 februari 2012 gefilmde gesprek aan duidelijkheid niets te wensen overlaat en betrekking heeft op de voorbereiding van een overval. Er wordt onder meer gedetailleerd gesproken over de meest wenselijke route; de wijze waarop men bij het geld wil komen; de aan te treffen personen te knevelen of onder schot te houden en op welke wijze zij na zich de overval van die plaats kunnen verwijderen zodat het risico van aanhouding gering is. In het gefilmde gesprek wordt enkel de naam van het Holland Casino Zandvoort genoemd. De politie heeft onderzoek gedaan naar de met de hand getekende plattegrond die door de gefilmde gespreksdeelnemers wordt bestudeerd en besproken. Dit onderzoek heeft uitgewezen dat de plattegrond sterke gelijkenis vertoont met de feitelijke situatie van het Holland Casino in Zandvoort en omgeving. Beide stukken zijn in het dossier gevoegd en dragen bij aan het bewijs.

> Het hof acht op grond van het voorgaande wettig en overtuigend bewezen dat de verdachte en een ander de plattegrond hebben gebruikt ter voorbereiding van een op handen zijnde overval op het Holland Casino in Zandvoort.'

In het middel werd geklaagd dat een plattegrond geen voorwerp is bestemd tot het begaan van het misdrijf. Volgens AG Hofstee slaagde het middel (conclusie, onder 16 en 17):

> 'Uit de tekst van artikel 46, eerste lid, Sr volgt dat met "dat misdrijf" in de zinsnede "bestemd tot het begaan van dat misdrijf" wordt gedoeld op het misdrijf dat is voorbereid, en dus niet op de voorbereiding zélf. Ik meen dat uit de door het Hof gebezigde bewijsvoering niet kan worden afgeleid dat de plattegrond waarover verzoeker en een andere man op de beelden van een Blackber[r]y voorovergebogen staan en daarbij praten over een te plegen overval (waarbij ook wordt gesproken over Holland Casino en Zandvoort), was bestemd tot het in de bewezenverklaring bedoelde misdrijf om samen met anderen of een ander een diefstal met geweld of afpersing te plegen.'

De Hoge Raad overwoog:

> '3.4.1. Bij de beantwoording van de vraag of de in art. 46, eerste lid, Sr vermelde voorwerpen, stoffen, informatiedragers, ruimten of vervoermiddelen (hierna gezamenlijk ook als "voorwerpen" aan te duiden), afzonderlijk of gezamenlijk, naar hun uiterlijke verschijningsvorm "zijn bestemd tot het begaan van het misdrijf" in de zin van deze bepaling, kan niet worden geabstraheerd van het misdadige doel dat de verdachte met het gebruik van die voorwerpen voor ogen had (vgl. HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0213).
> 3.4.2 Het Hof heeft overwogen dat de inhoud van het gefilmde gesprek aan duidelijkheid niets te wensen overlaat en betrekking heeft op de voorbereiding van een overval (op het Holland Casino te Zandvoort). Daarin ligt als zijn oordeel besloten dat de met de hand getekende plattegrond die door de gefilmde gespreksdeelnemers, onder wie de verdachte, wordt bestudeerd en besproken naar zijn uiterlijke verschijningsvorm ten tijde van het handelen dienstig kan zijn voor het misdadige doel dat de verdachte en een ander met het gebruik van de plattegrond voor ogen hadden. Aldus heeft het Hof niet blijk gegeven van een onjuiste opvatting omtrent de woorden "bestemd tot het begaan van dat misdrijf" als bedoeld in art. 46, eerste lid, Sr. Dat oordeel is evenmin onbegrijpelijk, in aanmerking genomen dat het Hof blijkens de bewijsoverweging heeft vastgesteld dat (i) tijdens het gefilmde gesprek onder meer gedetailleerd wordt gesproken over de meest wenselijke route, de wijze waarop men bij het geld wil komen en op welke wijze men zich na de overval van die plaats kan verwijderen zodat het risico van aanhouding gering is (ii) in het gefilmde gesprek enkel de naam van het Holland Casino te Zandvoort wordt genoemd en (iii) de plattegrond sterke gelijkenis vertoont met de feitelijke situatie van het Holland Casino te Zandvoort en omgeving. De bewezenverklaring is dus toereikend gemotiveerd.'

3 GEBRUIK EN DAARUIT AF TE LEIDEN ROL VAN DE UITERLIJKE VERSCHIJNINGSVORM

Van strafbare voorbereiding is blijkens artikel 46 Sr sprake wanneer de verdachte een voorwerp[10] voorhanden heeft[11] dat is 'bestemd' tot het begaan van het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf. In de uitspraken *Ford Transit I & II*, *Samir A.* en *Holland Casino* wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt bij het bestanddeel 'bestemd' uit artikel 46 Sr. Ik bespreek dit gebruik in paragraaf 3.1.

Nu hierover onduidelijkheid bestaat in de literatuur en de lagere rechtspraak,[12] zal ik daarnaast – mede aan de hand van de uitspraak *Opel Vectra* – bespreken of de uiterlijke verschijningsvorm een rol heeft bij het 'misdadige doel' (paragraaf 3.2).

Naar aanleiding van het *Samir A.*-arrest zal ik ook nog bespreken of de uiterlijke verschijningsvorm een rol heeft bij de ondeugdelijke voorbereiding (paragraaf 3.3).

3.1 Bestanddeel 'bestemd'

3.1.1 De te beantwoorden vraag: Zijn de aangetroffen voorwerpen bestemd tot het begaan van het misdrijf?

De figuur van de uiterlijke verschijningsvorm wordt bij strafbare voorbereiding gebruikt om de vraag te beantwoorden of de aangetroffen voorwerpen 'bestemd' zijn tot het misdrijf ("'s Hofs oordeel dat die auto/die voorwerpen aldus "kennelijk bestemd" was/waren' (*Ford Transit I/Ford Transit II*); 'naar hun uiterlijke verschijningsvorm "kennelijk bestemd" zijn' (*Samir A.*)). Uit de *Holland Casino*-uitspraak – die is gebaseerd op het huidige artikel 46 Sr – blijkt dat de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm een rol is blijven spelen bij dit bestanddeel nadat de term 'kennelijk' in de wet is komen te vervallen.[13]

---

10 Artikel 46 Sr spreekt over 'voorwerpen, stoffen, informatiedragers, ruimten of vervoermiddelen'. In verband met de leesbaarheid zal ik steeds slechts spreken van 'voorwerpen'. Daarmee doel ik, tenzij anders blijkt, dan steeds ook op stoffen, informatiedragers, ruimten en/of vervoermiddelen.

11 Andere in artikel 46 Sr opgenomen gedragingen zijn verwerven, vervaardigen, invoeren, doorvoeren en uitvoeren. In verband met de leesbaarheid zal ik steeds slechts spreken van 'voorhanden hebben'. Daarmee doel ik, tenzij anders blijkt, dan steeds ook op de andere in artikel 46 Sr genoemde gedragingen.

12 Zie hfdst. 1, par. 3.3.1.

13 Zie hierover par. 1.

3.1.2 *Object van de uiterlijke verschijningsvorm: het voorwerp*

Bij strafbare voorbereiding heeft de uiterlijke verschijningsvorm betrekking op voorwerpen. Het voorwerp vormt dus het object van de uiterlijke verschijningsvorm.

3.1.3 *Bestemd voor plegen van 'dat misdrijf': link met het grondmisdrijf*

Blijkens de wettekst van artikel 46 Sr gaat het om voorwerpen die bestemd zijn tot het begaan van 'dat misdrijf'. Veroordeling op grond van artikel 46 Sr is, met andere woorden, pas mogelijk wanneer wordt vastgesteld dat de voorwerpen bestemd waren voor het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf. Er moet dus een bepaalde link zijn tussen de voorwerpen en het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf. In de *Samir A.*-formule lijkt dit tot uitdrukking te worden gebracht in de zinsnede dat de voorwerpen naar uiterlijke verschijningsvorm 'dienstig kunnen zijn voor het misdadige doel dat de verdachte met het gebruik van de voorwerpen voor ogen had'. Dat hiermee wordt gedoeld op het grondmisdrijf, leid ik af uit de *Bristol*-uitspraak, waaruit volgt dat het gaat om voorwerpen die gebruikt worden voor de uitvoering van het misdrijf (en niet de uitvoering van de voorbereiding). Ik licht dit toe.

Uit de *Bristol*-uitspraak volgt dat voorwerpen gebruikt zullen (of: kunnen) worden bij het uiteindelijk beoogde misdrijf. Een voorwerp dat alleen een rol heeft bij de voorbereiding is niet 'bestemd tot het begaan van dat misdrijf' in de zin van artikel 46 Sr.[14]

De uitspraken *Ford Transit I* en *Holland Casino* roepen tegen deze achtergrond vragen op, nu het in die beide uitspraken gaat om slechts één voorwerp, dat nog slechts is gebruikt in het kader van de voorbereiding zelf. In geen van beide uitspraken heeft het gerechtshof (expliciet) overwogen dat was beoogd de voorwerpen ook te gebruiken tijdens de uitvoering van het grondmisdrijf. Hoe verhoudt dat zich tot de *Bristol*-uitspraak?

Kooijmans heeft in zijn noot bij het *Bristol*-arrest gesteld dat de Hoge Raad sinds het *Ford Transit I*-arrest strenger is geworden:

> 'De conclusie moet daarom zijn dat de Hoge Raad thans niet meer genoegen lijkt te nemen met een bewijsvoering zoals deze in de Ford Transit-zaak is gebezigd.'[15]

Nu de *Holland Casino*-uitspraak evenwel dateert van na deze *Bristol*-uitspraak, overtuigt deze verklaring mij niet.

Een belangrijke verklaring waarom aan het punt dat het voorwerp alleen in het kader van de voorbereiding is gebruikt in *Ford Transit I* en *Holland Casino*

14 Vgl. Kelk & De Jong 2019, p. 444.
15 Kooijmans 2014(1), p. 212.

geen aandacht is besteed, lijkt mij dat in cassatie (en voor zover ik kan zien ook niet in feitelijke aanleg) niet is aangevoerd dat de betreffende voorwerpen uitsluitend een rol hadden bij de voorbereiding. In de *Bristol*-uitspraak was dit strikt genomen evenmin aangevoerd, maar werd het cassatiemiddel welwillend gelezen.[16] AG Knigge merkte hierover op (conclusie, onder 4.10):

> 'De vraag die nog rest, is of het cassatiemiddel in de onderhavige zaak even beperkt moet worden opgevat als mogelijk is geschied in de zojuist besproken zaak [SA: gedoeld wordt op HR 11 september 2012, LJN BX448 (niet gepubliceerd)]. Een bevestigend antwoord leidt dan tot de conclusie dat het middel faalt omdat het berust op de onjuiste rechtsopvatting dat het moet gaan om "voorwerpen die in het oog springen, zoals tie wraps, duct tape, specifieke voorwerpen teneinde een deur te forceren". Ik meen dat een dergelijke strikte uitleg van het middel in dit geval niet aangewezen is. Dat betekent dat het middel mijns inziens gegrond is voor zover het bedoelt erover te klagen dat het Hof niet uit de bewijsmiddelen heeft kunnen afleiden dat de onderwerpelijke telefoon bestemd was tot het begaan van het misdrijf dat werd voorbereid.'

In *Ford Transit I* richt het cassatieberoep zich vooral op de vraag of een alledaags voorwerp, zoals een auto, kan worden aangemerkt als een voorwerp dat kennelijk bestemd is tot begaan van het misdrijf. Die vraag wordt bevestigend beantwoord. In de *Ford Transit I*-uitspraak is het bovendien zo dat het op zichzelf heel waarschijnlijk is dat er één of meerdere auto's zullen worden gebruikt bij de bankoverval(len) die de verdachten wilden plegen. En een busje, zoals een Ford Transit, is dan natuurlijk heel handig. Dat juist deze Ford Transit een rol zou hebben bij die overval, kan dan mede worden afgeleid uit de omstandigheid dat de auto al is gebruikt bij het 'afleggen' van de bank. In deze uitspraak zijn er dus wel aanwijzingen dat de Ford Transit (mogelijk) gebruikt zal worden bij de overval zelf. Mogelijk speelt in de *Ford Transit I*-uitspraak op de achtergrond mee dat bij een medeverdachte eveneens voorwerpen waren aangetroffen, zoals wapens, portofoons, tape en (nog meer) auto's (zie *Ford Transit II*). Niet uitgesloten is dat de Ford Transit die de verdachte onder zich had, mede is beoordeeld tegen de achtergrond van die andere voorwerpen.[17]

In de *Holland Casino*-uitspraak ligt het wat ingewikkelder. Is het bij een overval nog wel aannemelijk dat daarbij een auto wordt gebruikt, van een plattegrond kan dat niet zonder meer gezegd worden. Dat blijkt ook wel uit de conclusie van AG Hofstee die, kort gezegd, van mening was dat in deze zaak uit de gebezigde bewijsmiddelen niet kon worden afgeleid dat de plattegrond ook bij de uitvoering van het misdrijf zou worden gebruikt (zie diens

16 Wellicht dat de minderjarigheid van de verdachte daarbij een rol speelde.

17 Ook de wetgever erkende bij de invoering van de strafbaarstelling van voorbereiding dat voorwerpen verspreid tussen de deelnemers aan een samenwerkingsverband kunnen worden aangetroffen. Zie *Kamerstukken II* 1990/91, 22 268, nr. 3, p. 16.

conclusie, onder 16). Waarom casseerde de Hoge Raad dan niet? Een eerste verklaring is dat de Hoge Raad streng is, in die zin dat hij zich beperkt tot het geven van een reactie op hetgeen in cassatie (en eerder in feitelijke aanleg) is aangevoerd door de verdediging. Het verweer van de verdediging in hoger beroep had, kort gezegd, ingehouden dat de plattegrond niet was bestemd tot het begaan van het ten laste gelegde grondmisdrijf, omdat het ging om een plattegrond van een ander casino dan Holland Casino. Nu de Hoge Raad in zijn overweging in het bijzonder de omstandigheden opnoemt waaruit blijkt dat het wel degelijk ging om het Holland Casino, lijkt de Hoge Raad zich in cassatie met name op dit verweer te richten. Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad óók opmerkt, in dezelfde overweging, dat het gerechtshof 'niet blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting omtrent de woorden "bestemd tot het begaan van dat misdrijf" als bedoeld in artikel 46, eerste lid, Sr'. Dat kan een signaal zijn dat de Hoge Raad de opvatting van de AG niet (volledig) deelt.

Voorgaande brengt mij bij een tweede mogelijk verklaring, namelijk dat Kooijmans gelijk had toen hij stelde dat de Hoge Raad na het *Ford Transit I*-arrest wat strenger is geworden. Echter, met het schrappen van het woord 'kennelijk' uit artikel 46 Sr, zou de Hoge Raad toch weer wat minder streng zijn geworden. Zelf vind ik dit een wat minder waarschijnlijke verklaring. In dat geval had het voor de hand gelegen dat de Hoge Raad in zijn overweging tot uitdrukking had gebracht dat sprake was van een koerswijziging en op zijn minst aandacht had besteed aan de verhouding tot het *Bristol*-arrest.

Een derde verklaring is dat er wel een inhoudelijk verschil bestaat tussen de *Bristol*-casus en de *Holland Casino*-casus. Hoewel het bij de plattegrond in de *Holland Casino*-uitspraak wellicht niet *per se* zo is dat die wordt gebruikt bij de overval (dat is minder duidelijk dan in *Ford Transit*), is tegelijkertijd toch ook niet overduidelijk dat de plattegrond *niet* bij de overval gebruikt zal worden. In de *Bristol*-uitspraak was het daarentegen echt duidelijk dat de telefoon géén rol zou hebben bij de overval zelf. Er was bijvoorbeeld geen sprake van dat de verdachte buiten op de uitkijk zou gaan staan en daarbij contact zou onderhouden via de aangetroffen telefoon met de medeverdachten. Het 'plan' leek simpelweg te zijn dat twee medeverdachten gewapend naar de Bristol zouden komen om de kluis leeg te halen. De verdachte zelf (en zijn telefoon) hadden daarbij verder geen rol (meer). In de woorden van het gerechtshof:

> 'De rol van verdachte was dat deze belde vanuit de Bristol met de mededeling dat er niemand aanwezig was.'

Dit zou betekenen dat de rechter zich kan beperken tot het beantwoorden van de vraag of de voorwerpen gebruikt zouden *kunnen* worden bij het grondmisdrijf. Er hoeft geen zekerheid over te bestaan dat de voorwerpen ook daadwerkelijk gebruikt zullen worden bij de uitvoering van het misdrijf. Op dit punt was AG Hofstee – die er van uit lijkt te gaan dat aangetoond moet worden

dat de voorwerpen daadwerkelijk zullen worden gebruikt bij de uitvoering van het misdrijf – in zijn conclusie bij *Holland Casino* dan te streng. De uitleg dat er geen zekerheid hoeft te bestaan dat de voorwerpen gebruikt worden bij de uitvoering van het misdrijf, sluit aan bij de door de Hoge Raad gebruikte woorden in het *Samir A.*-arrest ('naar hun uiterlijke verschijningsvorm dienstig *kunnen* [cursivering: SA] zijn'). Ik kom op dit punt in paragraaf 4.1.3 terug.

Ik sluit niet uit dat een combinatie van voornoemde verklaringen het oordeel van de Hoge Raad in de *Holland Casino*-uitspraak verklaart.

3.1.4 Plaats in het beslissingsschema van artikel 350 Sv: kwalificeren in het kader van de bewijsvraag

De uiterlijke verschijningsvorm heeft een rol bij de beantwoording van de vraag of voorwerpen 'bestemd' zijn tot het begaan van het misdrijf in de zin van artikel 46 Sr. Nu de wettelijke term 'bestemd' in de tenlastelegging is opgenomen (en daar wordt geacht dezelfde betekenis te hebben), speelt de uiterlijke verschijningsvorm een rol bij de bewijsvraag (eerste vraag van artikel 350 Sv). Door het opnemen van de wettelijke term in de tenlastelegging wordt de kwalificatiebeslissing opgenomen in de bewijsbeslissing: bewijs en kwalificatie vallen samen. De uiterlijke verschijningsvorm wordt niet gebruikt om vast te stellen wat de feiten zijn. Aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm van de voorwerpen – waarvan is bewezen dat de verdachte ze voorhanden hand – wordt beoordeeld of zij 'bestemd' waren tot het begaan van het misdrijf. De uiterlijke verschijningsvorm wordt – binnen de bewijsbeslissing – dus gebruikt voor de kwalificatie. Dit blijkt ook uit de door mij geanalyseerde rechtspraak. In geen van uitspraken werd betwist dat de verdachte de voorwerpen voorhanden had gehad, ook niet in feitelijke aanleg.[18] Wat wordt betwist is dat die voorwerpen waren bestemd tot het plegen van het in de tenlastelegging opgenomen misdrijf. Er wordt een als bewijsverweer vermomd kwalificatieverweer gevoerd.

3.1.5 Rol: de uiterlijke verschijningsvorm als methode, wegingsfactor en criterium

3.1.5.1 De uiterlijke verschijningsvorm als methode

Zoals zojuist bleek wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om vast te stellen dat de voorwerpen 'bestemd' waren tot het begaan van het misdrijf in de zin van artikel 46 Sr. Daarmee is de uiterlijke verschijningsvorm een

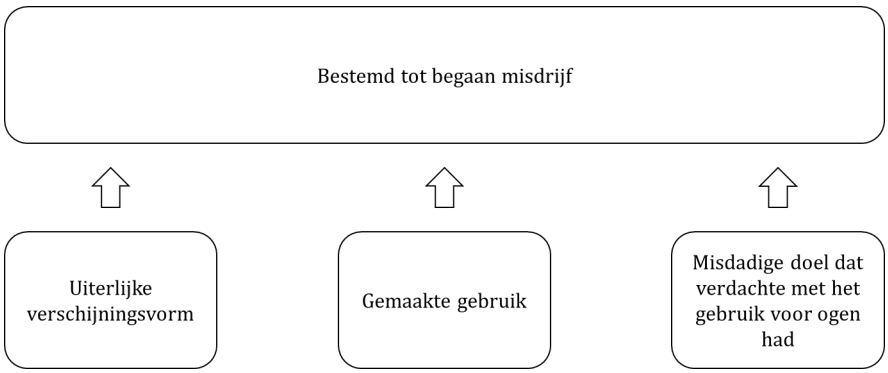
18 Alleen in de *Holland Casino*-uitspraak werd (ook) een verweer gevoerd dat zag op, wat ik maar noem, de feitenvaststelling in strikte zin. De plattegrond zou niet van het Holland Casino zijn, maar van een ander casino. De uiterlijke verschijningsvorm werd echter niet gebruikt om deze vraag te beantwoorden of de plattegrond van het Holland Casino was of niet, maar om de vraag te beantwoorden of de plattegrond die 'sterke gelijkenis vertoont met de feitelijke situatie van Holland Casino' bestemd is tot het begaan van een overval op Holland Casino.

methode om de uit de bewijsmiddelen blijkende omstandigheden onder een delictsbestanddeel te brengen. In dit opzicht heeft het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm een processueel karakter.

3.1.5.2 De uiterlijke verschijningsvorm: wegingsfactor of criterium?
In de uitspraken *Ford Transit I* en *Ford Transit II* luidt de formulering van de Hoge Raad:

> '[H]un uiterlijke verschijningsvorm, op het daarvan gemaakte gebruik en op het misdadige doel dat de verdachte met het gebruik van die voorwerpen voor ogen had.'

De uiterlijke verschijningsvorm, het gebruik dat wordt gemaakt van het voorwerp en het misdadige doel zijn in deze formulering drie afzonderlijke 'factoren' die worden betrokken bij de beantwoording van de vraag of de voorwerpen bestemd zijn tot het plegen van het grondmisdrijf.[19] Schematisch weergegeven ziet dit er als volgt uit:



Figuur 4

Uit de uitspraak *Ford Transit I* kan worden afgeleid dat deze drie factoren kunnen werken als 'communicerende vaten'.[20] In gevallen waarin een voorwerp ook een 'alledaagse' bestemming heeft, zoals een auto, kan uit het misdadige doel van de verdachte en het gemaakte van gebruik van het voorwerp, desalniettemin worden afgeleid dat dat voorwerp 'bestemd' was tot het plegen van het misdrijf. Dat betekent dat de uiterlijke verschijningsvorm

19 Zo leek ook het gerechtshof Amsterdam te concluderen in de uitspraak die ter beoordeling van de Hoge Raad voorlag in de *Bristol*-uitspraak. Zie eveneens in deze zin Sikkema 2012, p. 35 en 39 en Keulen 2009, p. 50.
20 Vgl. Pelser 2004, p. 191-192.

(slechts) *een van de wegingsfactoren of indicatoren* is dat de voorwerpen 'bestemd' zijn tot begaan van het misdrijf.[21]

In het *Samir A.*-arrest stapte de Hoge Raad over op een aangepaste formulering. Die formulering luidt:

> '[N]aar hun uiterlijke verschijningsvorm ten tijde van het handelen dienstig kunnen zijn voor het misdadige doel dat de verdachte met het gebruik van de voorwerpen voor ogen had.'[22]

Daarmee is niet langer sprake van drie afzonderlijke factoren, maar van één overkoepelend *criterium* (hierna: het *Samir A.*-criterium).[23] De rechter moet aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm beoordelen ('toetsen') of de voorwerpen 'bestemd' zijn tot het begaan van het misdrijf. Uit de *Holland Casino*-uitspraak leid ik af dat de Hoge Raad op de in *Samir A.* ingeslagen weg verder wil. In die uitspraak wordt de uiterlijke verschijningsvorm opnieuw centraal gesteld en wordt verwezen naar het *Samir A*-arrest.

Wat was de reden dat de Hoge Raad in het *Samir A.*-arrest overstapte op een nieuwe formule? Zou het te maken hebben met de op dat moment op handen zijnde wetwijziging, waarmee het woord 'kennelijk' zou komen te vervallen? Het *Samir A.*-arrest is immers weliswaar gewezen op grond van artikel 46 (oud) Sr, maar op het moment dat het arrest gewezen werd was het wetsvoorstel waarmee artikel 46 Sr gewijzigd zou worden reeds aanhangig bij het parlement. Heeft de Hoge Raad de op handen zijnde wetgeving – en met name de daarmee door de wetgever tot uitdrukking gebrachte wens over hoe artikel 46 Sr geïnterpreteerd zou moeten worden –betrokken bij zijn rechtspraak? AG Machielse had in zijn conclusie de Kamerstukken bij het nieuwe wetsvoorstel aangehaald, maar de Hoge Raad deed dit niet. Die verwees uitsluitend naar de wetgeschiedenis van artikel 46 (oud) Sr. Daarmee is niet gezegd dat de Hoge Raad de op handen zijnde wijziging in het geheel buiten beschouwing heeft gelaten, maar de Hoge Raad heeft zelf in ieder geval niet de indruk willen wekken dat die wetgeving (op dat moment) leidde tot een koerswijziging ten opzichte van eerdere rechtspraak.

De reden dat de wetgever, blijkens de wetsgeschiedenis, besloten had het woord 'kennelijk' te schrappen, was de al langer lopende discussie in de

---

21 Dit doet denken aan de benadering bij voorbedachte raad, waarbij de Hoge Raad eveneens een aantal 'aanwijzingen' of 'indicaties' heeft geformuleerd die duiden op voorbedachte raad. Zie HR oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:963, *NJ* 2014/156 (*Standaardarrest voorbedachte raad*).

22 Waar in het hiernavolgende wordt gesproken over de *Samir A.*-formule wordt verwezen naar deze zinsneden. Waar wordt gesproken over de *Samir A.*-overweging doel ik op *r.o.* 3.7 uit het arrest.

23 Sikkema 2012, p. 35 en 39, Keulen 2009, p. 50.

literatuur over betekenis van dat woord.[24] Die discussie spitste zich toe op de vraag of uit het woord 'kennelijk' kon worden afgeleid dat uit de voorwerpen zelf ('objectief') moest blijken dat zij tot misdrijf waren bestemd of dat voorwerpen ook in het licht van de criminele intentie van de verdachte beoordeeld mochten worden.[25] Het is mogelijk dat niet alleen de wetgever, maar ook de Hoge Raad de behoefte heeft gevoeld hierover meer duidelijkheid te scheppen.

Los van deze, wellicht op de achtergrond spelende, aanleidingen voor de Hoge Raad om de formulering nog eens tegen het voetlicht te houden, gaf de casus *Samir A.* zelf aanleiding om de formule aan te passen en in het bijzonder, om de verhouding tussen de drie 'factoren' te verhelderen.

Het meest in het oog springende punt in de *Samir A*-zaak was dat het gerechtshof de criminele intentie (het 'misdadig doel') als een geïsoleerd gegeven had beschouwd.[26] De voorwerpen werden niet beoordeeld in het licht van het misdadige doel, maar het gerechtshof had als maatstaf aangelegd of die voorwerpen naar hun aard of hun concreet dan wel acuut gevaarzettend karakter (dus objectief bezien) konden bijdragen aan het plegen van het misdrijf. Zoals ik in de vorige paragraaf beschreef, bleek uit de *Ford Transit*-uitspraken al dat dat niet de benadering is die de Hoge Raad voor ogen heeft. De bestemming hoeft blijkens die uitspraken niet (zonder meer) uit de voorwerpen zelf te blijken. In de aangepaste formulering in het *Samir A.*-arrest wordt dit verduidelijkt: de voorwerpen mogen mede in het licht van de criminele intentie worden beoordeeld. Op dit punt is in mijn ogen dus geen sprake van een koerswijziging, maar van een verduidelijking.

Een andere aanleiding om de formulering aan te passen kan worden gevonden in het gegeven dat het gerechtshof had geoordeeld dat van de voorwerpen 'geen reële dreiging (binnen afzienbare termijn) kón uitgaan'. De Hoge Raad moest daardoor ook de vraag beantwoorden of het uitmaakte dat er (nog) geen acuut gevaar van de voorwerpen uit ging of kon gaan. Met de woorden 'dienstig *kunnen* zijn' [cursivering: SA] wordt in de aangepaste formulering tot uitdrukking gebracht dat *niet* als maatstaf geldt of de 'voorwerpen naar hun aard of hun concreet dan wel acuut gevaarzettend karakter daadwerkelijk zouden kunnen bijdragen aan het begaan van dat misdrijf'. Wat 'dienstig kunnen zijn' dan wel inhoudt, bespreek ik in paragraaf 4.1.3.

Een ander punt, dat iets minder prominent naar voren komt in de uitspraak, maar dat wel mede de aanpassing van de formulering kan verklaren, is dat verdachte Samir A. nog geen gebruik had gemaakt van de door hem

24 Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 49 en *Kamerstukken II* 2005/06, 30 164, nr. 7, p. 11.

25 Zie over deze discussie in de literatuur hfdst. 1, par. 3.2.1.

26 Het gerechtshof heeft, in de woorden van de Hoge Raad, bij de beoordeling van de uiterlijke verschijningsvorm (volledig) 'geabstraheerd' van het misdadige doel.

verzamelde voorwerpen.[27] Het van de voorwerpen gemaakte gebruik kon dus, anders dan in de *Ford Transit*-uitspraken, niet worden meegewogen. In de *Samir A.*-formule wordt dan ook niet meer gesproken over het 'gemaakte gebruik' maar over 'het misdadige doel dat de verdachte met het gebruik van de voorwerpen *voor ogen had* [cursivering: SA]'. Hiermee wordt duidelijk gemaakt dat niet vereist is dat de verdachte de voorwerpen al heeft ingezet.[28] Daarmee is overigens niet gezegd dat het eventuele gebruik dat is gemaakt van de voorwerpen in de toekomst niet meer meegewogen zou kunnen worden in het kader van de uiterlijke verschijningsvorm. Ik ga daar nog op in paragraaf 4.1.5.

Wat uit de bewoordingen van de *Samir A.*-formule *niet* kan worden afgeleid is in hoeverre de criminele intentie dan wel de uiterlijke verschijningsvorm leidend is.[29] Daarvoor is immers allereerst van belang om te weten hoe de criminele intentie wordt ingevuld. Mag die criminele intentie worden afgeleid uit de uiterlijke verschijningsvorm of moet die zelfstandig worden vastgesteld? In de tweede plaats is relevant hoe de uiterlijke verschijningsvorm wordt ingevuld. Hoeveel is er – naast de criminele intentie – nodig om te kunnen vaststellen dat een voorwerp 'kennelijk bestemd' is tot begaan van het misdrijf? Uiteindelijk komt het dus aan op de invulling die aan het criterium wordt gegeven. Ik kom op de verhouding tussen de uiterlijke verschijningsvorm en het misdadige doel terug in de paragrafen 3.2, 4.1.2 en 4.1.8.

3.1.5.3 Beperking tot bepaalde gevallen?

Het beperkte aantal uitspraken waarin de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt, roept de vraag op of het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm is beperkt tot bepaalde gevallen. Ik zie in de door mij geanalyseerde jurisprudentie geen aanleiding dat te veronderstellen.

Uit de *Samir A.*-formule zelf blijkt, anders dan bij het voorwaardelijk opzet,[30] niet dat de Hoge Raad het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm heeft willen beperken tot bepaalde gevallen. Dat de Hoge Raad in de *Samir A.*-overweging woorden gebruikt als 'als maatstaf' en 'onjuiste opvatting omtrent

27 Vgl. Rozemond 2007: 'Wie het gebruikscriterium in strikte zin op de casus van Samir A. toepast, moet wellicht tot de conclusie komen dat deze casus nog geen strafbare voorbereidingshandeling oplevert, behalve voor zover kan worden bewezen dat Samir A. de voorwerpen in de tenlastelegging daadwerkelijk bij de voorbereiding heeft gebruikt.'

28 Vgl. Rozemond 2007, die meent dat de Hoge Raad het 'gebruikscriterium' met het *Samir A.*-arrest 'verder relativeert'. Ik [SA] merk daarbij op dat niet zeker is dat vóór *Samir A. vereist* was dat al gebruik was gemaakt van het voorwerp. Nu het gemaakte gebruik slechts een van de wegingsfactoren/indicatoren was, is het goed mogelijk dat in gevallen waarin nog geen gebruik was gemaakt van de voorwerpen op basis van het misdadige doel en de uiterlijke verschijningsvorm van de voorwerpen desalniettemin bewezen had kunnen worden dat de voorwerpen kennelijk bestemd waren tot het begaan van het misdrijf.

29 Vgl. Van Sliedregt 2010, p. 896.

30 Zie hfdst. 3, par. 2.1.5.

artikel 46, eerste lid, (oud) Sr' zie ik als een aanwijzing dat het *Samir A.*-criterium een algemene strekking heeft.

Een aanvullende aanwijzing dat sprake is van een algemene strekking vind ik het *Holland Casino*-arrest. Voordat de Hoge Raad het cassatiemiddel inhoudelijk bespreekt, verwijst hij, in een aparte overweging (rechtsoverweging 3.4.1), naar het *Samir A.*-arrest en noemt daarbij de uiterlijke verschijningsvorm. Daarmee benadrukt de Hoge Raad dat de uiterlijke verschijningsvorm het beoordelingskader vormt. In deze uitspraak had het gerechtshof nagelaten de uiterlijke verschijningsvorm te gebruiken. De Hoge Raad liet het oordeel van het gerechtshof in stand, maar las die wel verbeterd ('Daarin ligt als zijn oordeel besloten (…)') (rechtsoverweging 3.4.2). Een vingerwijzing dat het belangrijk is dat de feitenrechter de uiterlijke verschijningsvorm noemt en gebruikt.

In de door mij geanalyseerde uitspraken is zowel sprake van inherent gevaarlijke voorwerpen (zoals wapens) als van op zichzelf alledaagse voorwerpen (zoals auto's en plattegronden). Voor beide 'soorten' voorwerpen wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt. Er is dus geen reden om aan te nemen dat alleen bij bepaalde (soorten) voorwerpen de uiterlijke verschijningsvorm een rol heeft.

De door mij geanalyseerde uitspraken hebben betrekking op een beperkt aantal misdrijven. De voornaamste reden daarvoor is dat er ook maar een beperkt aantal arresten beschikbaar is. Verder moet bedacht worden dat voorbereiding op grond van artikel 46 Sr slechts strafbaar is bij een beperkt aantal grondmisdrijven (misdrijven waarop een maximum gevangenisstraf van acht jaar of meer is gesteld). Op dat punt verschilt de strafbare voorbereiding van de poging en het (voorwaardelijk) opzet. Dat maakt dat de 'variatie' aan delicten beperkter is. In de beperkte uitspraken die beschikbaar zijn gaat het bovendien weliswaar om een beperkt aantal in het geding zijnde grondmisdrijven, maar die grondmisdrijven (diefstal met geweld/afpersing, moord, teweegbrengen ontploffing en seksueel binnendringen bij een minderjarige onder twaalf jaar) zijn wel verschillend van aard. Zij hebben betrekking op verschillende rechtsgoederen, het gaat om zowel krenkings- als gevaarzettingsdelicten en zowel om materiële als formele delicten.

3.1.6 Samenvattende bevindingen over het gebruik en de rol van de uiterlijke verschijningsvorm bij het bestanddeel 'bestemd'

De figuur van de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt om de vraag te beantwoorden of een voorwerp 'bestemd' is in de zin van artikel 46 Sr tot het begaan van het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf (paragrafen 3.1.1-3.1.3). Omdat de wettelijke term 'bestemd' in de tenlastelegging is opgenomen (en daar wordt geacht dezelfde betekenis te hebben), wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt in het kader van de bewijsvraag. Door de opname van de wettelijke term in de tenlastelegging wordt de kwalificatiebeslissing

opgenomen in de bewijsbeslissing: bewijs en kwalificatie vallen samen. De uiterlijke verschijningsvorm is een methode om de uit de bewijsmiddelen blijkende omstandigheden onder een delictsbestanddeel te brengen, en wordt dus gebruikt voor de kwalificatie (paragrafen 3.1.4 en 3.1.5.1).

Aanvankelijk was de uiterlijke verschijningsvorm een van de drie factoren of indicatoren aan de hand waarvan werd beoordeeld of een voorwerp 'bestemd' was tot het begaan van het misdrijf. Met het *Samir A.*-arrest zijn de drie factoren (uiterlijke verschijningsvorm, misdadig doel, gebruik dat van de voorwerpen is gemaakt) ondergebracht in één criterium, door mij het *Samir A.*-criterium genoemd. Dit criterium lijkt algemene gelding te hebben (paragraaf 3.1.5.2-3.1.5.3).

Uit het *Samir A.*-criterium kan niet worden afgeleid of het misdadige doel dan wel de uiterlijke verschijningsvorm leidend is bij de beoordeling van de bestemming van de aangetroffen voorwerpen. Daarvoor is bepalend hoe het misdadige doel en de uiterlijke verschijningsvorm worden ingevuld. Ik kom op de verhouding tussen de uiterlijke verschijningsvorm en het misdadige doel terug in de paragrafen 3.2, 4.1.2 en 4.1.8.

3.2 Misdadig doel

Naast de uiterlijke verschijningsvorm van de voorwerpen, speelt in het kader van het bestanddeel 'bestemd' ook het misdadige doel van de verdachte een rol. Tot aan het *Samir A.*-arrest was het misdadige doel een zelfstandige factor. Met het *Samir A.*-arrest is het misdadige doel samen met de uiterlijke verschijningsvorm ondergebracht in één criterium. Dat roept de vraag op of de uiterlijke verschijningsvorm ook wordt gebruikt voor het vaststellen van het misdadige doel.[31]

Ik ben zelf geen uitspraken van de Hoge Raad tegengekomen waarin de uiterlijke verschijningsvorm werd gebruikt in het kader van het vaststellen van het misdadige doel. Ik ben wel enkele uitspraken tegengekomen (*Prinsjesdag* en *Samir A.*) waarin het misdadige doel mede uit de aangetroffen voorwerpen werd afgeleid. De uiterlijke verschijningsvorm werd daarbij echter niet genoemd. Bovendien werden niet alleen de voorwerpen die 'bestemd' waren tot het misdrijf bij het oordeel over het misdadige doel betrokken, maar ook andere voorwerpen en omstandigheden. Zie hierover nader paragraaf 4.1.2. Dat de uiterlijke verschijningsvorm niet wordt gebruikt om het misdadige doel vast te stellen duidt er op dat dat misdadige doel – ondanks dat het met het

31 In de lagere rechtspraak en de literatuur is hierover onduidelijkheid. Zie voor een overzicht van de verschillende opvattingen in de literatuur over de verhouding tussen de uiterlijke verschijningsvorm en het misdadige doel hfdst. 1, par. 3.3.1. Zie Van Sliedregt 2010 over de onduidelijkheid in de lagere rechtspraak. Volgens haar is een nieuw, richtinggevend arrest van de Hoge Raad aangewezen.

Samir A.-arrest is opgegaan in een overkoepelend criterium en niet meer een zelfstandige factor is – nog steeds een zelfstandige rol heeft. Dat beeld wordt bevestigd door de uitspraak *Opel Vectra*. In die uitspraak had het gerechtshof uit de aangetroffen voorwerpen – waaronder vuurwapens – afgeleid dat de verdachten van plan waren een diefstal met (bedreiging met) geweld of afpersing te plegen. Er was geen ander bewijs van dat voornemen en er werd niet vastgesteld wie de verdachten hadden willen beroven (of op welk moment). Het oordeel van het gerechtshof doorstond de toets in cassatie niet. Uit de overweging van de Hoge Raad leid ik af dat aan het misdadige doel afzonderlijk aandacht moet worden besteed en dat dat doel met voldoende bepaaldheid moet worden vastgesteld.[32] Wanneer hieraan is voldaan bespreek ik in paragraaf 4.1.2.

3.3 Ondeugdelijke voorbereiding

Noch het gerechtshof, noch de Hoge Raad noemde in het *Samir A.*-arrest de ondeugdelijke voorbereiding met zoveel worden. Toch wordt in de literatuur over het algemeen aangenomen dat in dat arrest ook de (on)deugdelijkheid van de voorbereiding aan de orde was.[33] Zo kan die uitspraak inderdaad gelezen worden. Maar een andere lezing is ook mogelijk. De uitspraak kan ook zo worden begrepen dat door het gerechtshof werd geoordeeld dat nog sprake was van een dusdanig 'pril' stadium dat van voorbereiding nog geen sprake was. De uitspraak heeft zo bezien betrekking op de afbakening tussen voorbereiding en de daaraan voorafgaande (niet strafbare) fase waarin plannen worden uitgedacht.

3.3.1 Ondeugdelijke voorbereiding

Door het gerechtshof gebruikte woorden als 'zo onbeholpen en primitief', 'géén reële dreiging', 'nagenoeg met lege handen' en 'die bestemming in objectieve zin redelijkerwijs niet kunnen hebben' duiden erop dat het gerechtshof in *Samir A.* de ondeugdelijkheid van de voorwerpen beoordeelde. AG Machielse ging op dit onderwerp in zijn conclusie uitgebreid in. Door de Hoge Raad gebruikte woorden als 'die bestemming in objectieve zin' kunnen eveneens worden opgevat als een verwijzing naar de ondeugdelijkheid van de middelen. Wanneer wordt aangenomen dat in de *Samir A*-uitspraak werd ingegaan op

32 Vgl. de noot van Rozemond bij de *Prinsjesdag*-uitspraak, onder 4. De stelling in de literatuur dat het misdadige doel aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm wordt beoordeeld (zie Gritter & Sikkema 2008), lijkt mij daarmee onjuist.

33 Zie o.a. De Roos 2007; Sikkema 2012, p. 40 en 54-56; de noot van Rozemond bij HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1233, *NJ* 2014/338; De Hullu 2018, p. 419; Knigge & Wolswijk 2015, p. 243.

de ondeugdelijkheid van de voorbereiding, dan kan de overweging van de Hoge Raad zo begrepen worden dat hij de door het gerechtshof gehanteerde 'maatstaf' om de ondeugdelijkheid te bepalen afwijst en er vervolgens de uiterlijke verschijningsvorm voor in de plaats stelt. Dit betekent dat aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm wordt beoordeeld of een voorwerp absoluut ondeugdelijk is. Wanneer de middelen naar uiterlijke verschijningsvorm dienstig kunnen zijn voor het misdadige doel is er geen sprake van een absoluut ondeugdelijk middel. De uiterlijke verschijningsvorm is daarmee een *criterium* aan de hand waarvan wordt bepaald of de voorwerpen absoluut ondeugdelijk zijn. Deze lezing van het arrest is in lijn met de conclusie van AG Machielse, die meende dat aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm moet worden bepaald of de middelen (absoluut) ondeugdelijk zijn (zie diens conclusie onder 10 en 11).

3.3.2 Pril stadium

Noch het gerechtshof, noch de Hoge Raad noemde, zoals gezegd, de ondeugdelijkheid met zoveel woorden in zijn uitspraak. Het is daarom mijns inziens nog maar de vraag of in het *Samir A.*-arrest daadwerkelijk de vraag naar de (relevantie van de) ondeugdelijkheid van de voorbereiding(smiddelen) wordt geadresseerd. Het arrest kan ook anders worden gelezen.
De overwegingen van het gerechtshof kunnen zo worden begrepen dat het gerechtshof meent dat sprake is van een dusdanig pril stadium dat nog niet van voorbereiding van het misdrijf kan worden gesproken. Gebruikte woorden als 'zodanig pril stadium', 'primitief' en '(binnen een afzienbare termijn)' duiden daarop. Ten aanzien van het explosief had het gerechtshof bovendien overwogen dat de verdachte 'nog op een kennelijk zeer onbeholpen wijze op zoek was naar wegen om een functionerende geïmproviseerde explosieve constructie te vervaardigen'. De verdachte was, met andere woorden, nog niet bezig met de (concrete) voorbereiding van het misdrijf, maar was zich nog aan het oriënteren, hij was zijn plan nog aan het vormen. We zitten daarmee nog in de fase van het smeden van plannen en niet de fase van voorbereiding.
Als de overwegingen van het gerechtshof zo worden begrepen, is de vraag in cassatie niet zozeer of de middelen ondeugdelijkheid zijn, maar in welke mate de plannen van de verdachte al moeten zijn omgezet in daden. Hoeveel verder dan een plan moet de verdachte zijn voordat hij strafbaar is? Moet hij al zo ver zijn dat hij zijn plannen volledig kan verwezenlijken? Of is het voldoende dat hij is begonnen met het verzamelen van voorwerpen waarmee hij zijn plannen (op termijn) kan uitvoeren? Wat is, met andere woorden, de

verhouding tussen de objectieve en de subjectieve component van voorbereiding?[34]

Het is juist deze vraag die de Hoge Raad in dit arrest beantwoordt. Uit het arrest blijkt dat het – afzonderlijk vastgestelde (zie paragraaf 3.2) – misdadige doel van de verdachte betrokken mag worden bij de uiterlijke verschijningsvorm. De overweging van de Hoge Raad kan zo begrepen worden dat van voorbereiding sprake is op het moment dat de aangetroffen voorwerpen passen binnen het plan van de verdachte, daaraan dienstig kunnen zijn. Het gaat er dus niet om dat met die voorwerpen (gezamenlijk) al een misdrijf kan worden gepleegd; het gaat erom dat die voorwerpen (op termijn) kunnen bijdragen aan de uitvoering van het plan. Dat betekent dat strafbaarheid ontstaat op het moment dat de verdachte voorwerpen verzamelt waarmee hij zijn plan kan uitvoeren. Een soortgelijke benadering werd gevolgd in de uitspraak van het gerechtshof die ter beoordeling voorlag in de *Prinsjesdag*-uitspraak.[35] Het gerechtshof had overwogen:

> 'Hoewel de in de bewezenverklaring genoemde voorwerpen, stoffen en informatiedragers op zichzelf *in het stadium waarin deze werden aangetroffen (nog)* [cursivering: SA] niet in alle opzichten geschikt waren om de in de bewezenverklaring genoemde strafbare feiten te plegen, waren zij daartoe in deze voorbereidende fase wel kennelijk bestemd in de zin van artikel 46 van het Wetboek van Strafrecht.'

De Hoge Raad deed het middel waarmee werd opgekomen tegen dit oordeel van het gerechtshof in de *Prinsjesdag*-uitspraak af met toepassing van artikel 81 RO. Ik vat dit op als een aanwijzing dat de Hoge Raad zich kan vinden in deze benadering.[36]

3.3.3 *Ondeugdelijk object*

Er van uitgaande dat *Samir A.* betrekking heeft op de ondeugdelijke voorbereiding, dan heeft dat arrest betrekking op de ondeugdelijkheid van de voorbereidingsmiddelen (de voorwerpen). De uiterlijke verschijningsvorm is dan dus het criterium om vast te stellen dat de *middelen* absoluut ondeugdelijk zijn.

Daarnaast laten zich ook situaties denken waarin de middelen weliswaar geschikt zijn om het misdrijf te plegen, maar het object van het misdrijf absoluut ondeugdelijk is. De uiterlijke verschijningsvorm van de voorwerpen (de

---

34 Zie over prille versus gevorderde voorbereidingshandelingen ook Smith 2003, p. 200-203. Overigens, zo blijkt hierna, is voor strafbare voorbereiding volgens de Hoge Raad – anders dan Smith – niet vereist dat er al sprake is van concrete gevaarzetting.

35 Zie Hof Den Haag 31 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY1795.

36 Zoals in hfdst. 1, par. 5.2.2 besproken ben ik terughoudend met het verbinden van conclusies aan artikel 81 RO-uitspraken. Het gaat dus slechts om een aanwijzing. Het is immers best mogelijk dat de Hoge Raad, ook al heeft het gerechtshof het niet helemaal goed gedaan, niet casseert, omdat het uiteindelijk wel tot de juiste uitkomst is gekomen.

middelen), lijkt me evenwel niet erg behulpzaam bij de beantwoording van de vraag of het object ondeugdelijk is. Dat roept de vraag op hoe de ondeugdelijkheid van het object bij strafbare voorbereiding wordt vastgesteld. Blijkens de uitspraak *Richard* wordt ten aanzien van de ondeugdelijkheid van het object een andere benadering gekozen dan ten aanzien van de ondeugdelijkheid van de middelen. In deze zaak bleek het object van het misdrijf – het minderjarige meisje Laura – achteraf fictief te zijn. De verdachte had dus nooit tot voltooiing van zijn plan – seks hebben met Laura – kunnen komen. Het object van het misdrijf was absoluut ondeugdelijk. Dit werd echter niet vastgesteld aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm. Het werd als afzonderlijk gegeven beschouwd dat het oordeel dat sprake was van strafbare voorbereiding 'niet anders' maakte. Ik leid hieruit af dat de uiterlijke verschijningsvorm bij strafbare voorbereiding geen rol heeft bij de beantwoording van de vraag of een object absoluut ondeugdelijk is.

Ten opzichte van de pogingsjurisprudentie is opvallend dat uit het arrest *Richard* blijkt dat de absolute ondeugdelijkheid van het object niet in de weg hoeft te staan aan strafbaarheid. Op dit punt kom ik terug in hoofdstuk 8, paragraaf 4.2. Overigens meen ik dat uit de uitspraak niet zonder meer kan worden afgeleid dat de ondeugdelijkheid van het object nimmer in de weg staat aan strafbaarheid. Wat hier een belangrijke rol lijkt te spelen is dat de verdachte er pas *achteraf* van op de hoogte raakt dat het meisje fictief was. AG Vegter (conclusie, onder 11) meende dat het bij de strafbare voorbereiding gaat om de omstandigheden die bij de verdachte ten tijde van zijn gedraging aan hem bekend zijn. Zou de verdachte hebben geweten of hebben vermoed dat het slachtoffer fictief was, dan was de uitkomst dus wellicht anders geweest. Toekomstige jurisprudentie zal op dit punt meer duidelijkheid moeten bieden.

Verder kan aan deze uitspraak – die gaat over een ondeugdelijk *object* – mijns inziens niet de conclusie worden verbonden dat de absolute ondeugdelijkheid van het *middel* ook niet in de weg staat aan strafbaarheid.[37] Van het middel (de voorwerpen die de verdachte voorhanden heeft) hoeft blijkens het *Samir A.*-arrest (ervan uitgaande dat dat arrest betrekking heeft op ondeugdelijkheid) weliswaar geen *concreet* gevaar uit te gaan. Maar daarmee is niet gezegd dat er geen *abstract* gevaar van het middel hoeft uit te gaan. Ik kom hierop in paragraaf 4.1.3 nog terug.[38] Daarbij moet worden bedacht dat de

37 Ook AG Vegter meent dat er 'enig verschil' is tussen de ondeugdelijkheid van het middel en de ondeugdelijkheid van het object. Hoewel hij wel aanneemt dat de lijnen van het kader ongeveer gelijk zijn (conclusie, onder 10).

38 Rozemond lijkt, als hij in zijn noot bij het *Richard*-arrest een voorbeeld met een Voodoo-poppetje noemt (een absoluut ondeugdelijk *middel*) er van uit te gaan dat middel en object op dezelfde wijze worden benaderd. Ik betwijfel dat, zoals gezegd. Rozemond pleit er in zijn noot voor om een abstract gevaarbegrip te hanteren, in die zin dat van de gedragingen (ook al is nog geen sprake van een concreet gevaar voor een specifiek object), wel een abstract gevaar moet uitgaan. Ik sluit niet uit dat de jurisprudentie van de Hoge Raad al

middelen – anders dan het object van het misdrijf – onderdeel uitmaken van delictsomschrijving, zelfs de kern daarvan vormen. Bovendien zijn de middelen – anders dan het object van het misdrijf – niet in de toekomst gelegen. Dat maakt wellicht dat er ten aanzien van het object meer ruimte is voor de voorstelling die de verdachte zich maakte, waardoor de omstandigheden, zoals die achteraf zijn gebleken, minder bepalend worden.[39] Ook op dit punt kom ik terug in hoofdstuk 8, paragraaf 4.2.

3.3.4 *Samenvattende bevindingen over de uiterlijke verschijningsvorm bij de ondeugdelijke voorbereiding*

Het is niet zonder meer duidelijk dat het *Samir A.*-arrest gaat over de ondeugdelijkheid van de voorwerpen (ondeugdelijkheid van het *middel*). Wordt daar wel van uitgegaan, dan wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt als een criterium aan de hand waarvan wordt vastgesteld of een voorwerp (absoluut) ondeugdelijk is.

Een andere lezing van het *Samir A.*-arrest is dat daarin niet de vraag aan de orde is of sprake is van een ondeugdelijke middel, maar de vraag in welke mate de plannen van de verdachte al moeten hebben geleid tot gedragingen om van strafbare voorbereiding te kunnen spreken. Dat betekent dat het *Samir A.*-criterium kan worden gebruikt voor de afbakening tussen voorbereiding en de daaraan voorafgaande (niet strafbare) fase waarin plannen worden uitgedacht.

De uiterlijke verschijningsvorm heeft blijkens het *Richard*-arrest (bij strafbare voorbereiding) geen rol bij de beantwoording van de vraag of het *object* ondeugdelijk is. Ik kom op de ondeugdelijke voorbereiding nog terug in hoofdstuk 8, paragraaf 4.2.

4 Invulling van de uiterlijke verschijningsvorm

In paragraaf 3.1 bleek dat de uiterlijke verschijningsvorm een criterium is om vast te stellen of voorwerpen 'bestemd' zijn in de zin van artikel 46 Sr tot het begaan van het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf. In paragraaf 4.1 bespreek ik welke omstandigheden worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. In verband met het beperkte aantal uitspraken zal ik – anders dan bij poging en opzet – niet eerst per delict(type) bespreken welke

van een dergelijk abstract gevaar uitgaat. Ik wijs er daarbij op dat in de *Richard*-uitspraak sprake was van een dergelijk abstract gevaar. De verdachte had alle voorwerpen verzameld om zijn delict te plegen en was al met die voorwerpen onderweg naar het (fictieve) slachtoffer.

39 Vgl. de conclusie van AG Vegter, onder 11.

omstandigheden bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken.[40] Daarbij zal ook het belang van de omstandigheden en hun verhouding tot elkaar aan de orde komen (de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm). In paragraaf 4.2 sta ik stil bij enkele overkoepelende noties over de omstandigheden.

4.1 Omstandigheden

4.1.1 Misdadige bestemming hoeft niet uit voorwerp zelf te volgen

In de bestudeerde uitspraken passeren allerlei voorwerpen de revue: vuurwapens, inbrekerswerktuig, plattegronden, auto's, kunstmest en seksattributen. Het gaat daarmee zowel om voorwerpen die eigenlijk in de regel een criminele bestemming hebben (vuurwapens) als voorwerpen die ook een niet-criminele ('alledaagse') bestemming kunnen hebben. Daar komt bij dat ook ten aanzien van voorwerpen die alleen maar een misdadige bestemming kunnen hebben – zoals vuurwapens – geldt dat zij kunnen worden gebruikt in het kader van verschillende misdrijven (vgl. *Opel Vectra*). Hieruit volgt dat de misdadige bestemming niet uit het voorwerp zelf hoeft te blijken.

4.1.2 Misdadig doel

In de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt een centrale plaats ingenomen door het misdadige doel dat de verdachte met het gebruik van het voorwerp voor ogen had. Een auto wordt pas een voorwerp dat is bestemd tot het plegen van diefstal met geweld op het moment dat duidelijk is dat de verdachte die auto wil gebruiken bij een gewapende overval op een bank (*Ford Transit I* en *II*). Seksattributen worden pas voorwerpen die zijn bestemd tot het plegen van een zedenmisdrijf met een minderjarige op het moment dat duidelijk is dat de verdachte die attributen daarvoor wil gebruiken (*Richard*). Dit betekent dat voorwerpen geïnterpreteerd (kunnen) worden in het licht van het misdadige doel van de verdachte. In het *Samir A.*-arrest maakte de Hoge Raad expliciet duidelijk dat de voorwerpen kunnen worden beoordeeld in het licht van het misdadige doel. Sterker nog, de Hoge Raad overwoog dat 'niet kan worden geabstraheerd van het misdadige doel dat de verdachte met het gebruik van de voorwerpen voor ogen had'. Het misdadige doel lijkt daarmee een belangrijke, en leidende rol te hebben bij de interpretatie (en kwalificatie) van de voorwerpen. Zoals in paragraaf 3.2 al aan de orde kwam moet dit misdadige doel 'met voldoende bepaaldheid' zijn vastgesteld. Wat houdt dit in?

40 Zie voor een toelichting hfdst. 1, par. 7.

Misdadig doel is meer dan een criminele intentie
In de door mij bestudeerde uitspraken was overduidelijk dat de verdachte een criminele intentie had. Van die criminele intentie was gebleken uit bijvoorbeeld zoekopdrachten op internet in combinatie met de aangetroffen voorwerpen (waaronder plattegronden) en getapte telefoongesprekken (*Samir A.*), emailverkeer en gemaakte afspraken (*Richard*), getapte telefoongesprekken en observaties (*Ford Transit I en II*) en opgenomen gesprekken in combinatie met een plattegrond (*Holland Casino*). In de uitspraak *Prinsjesdag* werd de criminele intentie afgeleid uit de aangetroffen voorwerpen, in combinatie met de omstandigheden dat een geloofwaardige verklaring waarom de verdachte deze voorwerpen onder zich had ontbrak en de verdachte eerder (op soortgelijke wijze) gewelddadige overvallen had gepleegd, meerdere malen dreigbrieven had geschreven naar een groot aantal instanties en personen en had gezocht hoe van TATP (een springstof) kon worden vervaardigd. Hoewel, zoals blijkt uit de hier gegeven opsomming, in een aantal gevallen ook de aangetroffen voorwerpen werden betrokken bij het vaststellen van het misdadige doel, werd in geen van deze uitspraken dat misdadige doel enkel en alleen uit de voorwerpen afgeleid.

In de *Opel Vectra*-uitspraak bleek uit de aangetroffen voorwerpen – waaronder vuurwapens, een moker, bivakmutsen, zwarte handschoenen en ducktape – ook wel dat de verdachten een criminele intentie hadden. Bovendien gaven de voorwerpen ook wel enige indruk welk misdrijf de verdachten van plan waren te gaan plegen (gewelddadige overval/afpersing). Toch werd het oordeel van het gerechtshof gecasseerd. Waarom was dat? Uit de rechtspraak van de Hoge Raad leid ik af dat niet alleen moet worden vastgesteld dat de verdachte een criminele intentie had en welk misdrijf de verdachte voor ogen had, maar dat eveneens moet zijn vastgesteld *wat (of wie) het object* van het misdrijf is.[41] Ik licht dit toe.

Anders dan in de *Opel Vectra*-uitspraak (waarin het oordeel gerechtshof werd vernietigd), was in de andere door mij bestudeerde uitspraken (waarin het oordeel van het gerechtshof in stand bleef) steeds duidelijk wat (of wie) het object van het beoogde misdrijf was. In de *Richard*-uitspraak was het object van het misdrijf het (fictieve) 10-jarige meisje Laura. De verdachte had een afspraak met haar (gemaakt via haar moeder) en was zelfs al naar haar onderweg. In de *Ford Transit*-uitspraken was door tapgesprekken en observaties van het 'afleggen' van de banken op welke banken de verdachten het oog hadden. In de *Holland Casino*-uitspraak was duidelijk dat het Holland Casino in Zandvoort het doelwit was. In *Samir A.* bleek uit de gevonden plattegronden dat de verdachte onder andere het gebouw van de Tweede Kamer en een aantal ministeries op het oog had. Volgens annotator Rozemond ontbrak in

41 Vgl. Kelk & De Jong 2019, p. 447.

de *Prinsjesdag*-uitspraak bewijs dat de verdachte het plan had om bepaalde objecten te overvallen. Hij leidde uit de uitspraak dan ook af:

> 'Het moet duidelijk zijn dat de verdachte een voldoende bepaald plan heeft om een gewapende overval te plegen zonder dat het concrete object van dat plan al moet zijn bepaald.'

Mijns inziens ziet hij daarbij over het hoofd dat het gerechtshof ook een vierde categorie voorwerpen bij zijn overwegingen had betrokken:

> 'En als vierde categorie kunnen worden aangemerkt de geschriften met betrekking tot bomaanslagen en overvallen, waarbij zeer ernstig geweld (waaronder het gebruik van explosieven) was toegepast, een document inhoudende de bereidingswijze van TATP en andere explosieve stoffen, de losgeldbrief, de foto's van beveiligingsmaatregelen in het centrum van Den Haag op Prinsjesdag, de plattegronden en de geschriften waaruit grootschalige bedreiging van personen en instellingen blijkt.'

De Hoge Raad noemde deze voorwerpen in zijn overweging (zie rechtsoverweging 2.6.2). Uit deze voorwerpen uit de vierde categorie blijkt wel degelijk van meerdere concrete objecten.[42] Anders dan Rozemond, meen ik dan ook dat uit deze uitspraak níet kan worden afgeleid dat wanneer de verdachte gevaarlijke voorwerpen voorhanden heeft, géén concreet object in beeld hoeft te zijn. Uit de *Prinsjesdag*-uitspraak, in combinatie met het *Samir A.*-arrest, leid ik wél af dat het kan gaan om meerdere *mogelijke* objecten, waarbij nog niet zeker hoeft te zijn op welk object de verdachte zich uiteindelijk zal richten. In zoverre hoeft het object van het plan dus nog niet te zijn 'bepaald'. Toekomstige jurisprudentie zal op dit punt wellicht meer duidelijkheid kunnen bieden. In hoofdstuk 8, paragraaf 3 komt nog aan de orde dat mijns inziens in het licht van het misdadige doel voorwaardelijk opzet niet voldoende is. Wel kan sprake zijn van een 'voorwaardelijk bestemming' op strafverzwarende en gekwalificeerde bestanddelen.

Misdadig doel en strafverzwarende omstandigheden of kwalificerende bestanddelen
Uit de *Prinsjesdag*-uitspraak kan worden afgeleid dat bij moord ook eisen moeten worden gesteld aan het bewijs van de bestemming ten aanzien van de strafverzwarende omstandigheid (voorbedachte raad). In de woorden van annotator Rozemond:

> 'Bij voorbereiding van moord zal levensberoving het misdadige doel van de verdachte en de strekking van de gedraging moeten zijn, waarbij de verdachte de gelegenheid moet hebben gehad om na te denken over en zich rekenschap te geven van de betekenis en de gevolgen van de voorgenomen levensberoving. De Hoge Raad geeft aan dat dat kan volgen uit de planmatige aard van de voorbereiding.'

42 Vgl. de conclusie van AG Hofstee bij dit arrest, onder 32.

Uit de *Prinsjesdag*-uitspraak (in combinatie met de uitspraak *Bestorming ADO-home* die nog aan de orde zal komen in hoofdstuk 8) leid ik af dat ten aanzien van strafverzwarende omstandigheden of gekwalificeerde bestanddelen (die een gevolg betreffen) voldoende kan zijn dat de verdachte voorwerpen voorhanden had die 'voorwaardelijk bestemd' waren tot het vervullen van dat bestanddeel. Daarmee bedoel ik dat de verdachte (wiens plan wellicht primair inhield om een overval te plegen), er – blijkens de vuurwapens die hij bij zich had – rekening mee hield dat hij ook geweld zou moeten plegen en/of andere van het leven zou moeten beroven. Zie hierover nader hoofdstuk 8, paragraaf 3.

Zelfstandig vereiste
Dat aan het misdadig doel eisen worden gesteld laat mijns inziens zien dat het misdadige doel een zelfstandig vereiste vormt. Daarbij lijkt het er eerder op dat het misdadige doel leidend is bij de interpretatie van de gedraging, zo besprak ik hiervoor al, dan dat het misdadige doel – andersom – wordt afgeleid uit de uiterlijke verschijningsvorm (zie ook paragraaf 3.2). Ik kom op de verhouding tussen de uiterlijke verschijningsvorm en het misdadige doel in paragraaf 4.1.8 terug.

4.1.3 Dienstig kunnen zijn

Het aangetroffen voorwerp/de aangetroffen voorwerpen moet *dienstig kunnen zijn* voor het misdadige doel dat de verdachte voor ogen stond. De woorden 'dienstig kunnen zijn' zijn van belang. Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat, in meerdere opzichten, nog geen sprake hoeft te zijn van concrete gevaarzetting.

Geen zekerheid over gebruik voorwerp bij uitvoering
Het aangetroffen voorwerp moet dienstig kunnen zijn *voor het misdadige doel dat de verdachte voor ogen stond*. Met dit laatste wordt verwezen naar de uitvoering van het misdrijf. Het mag dus niet gaan om een voorwerp dat enkel wordt gebruikt voor de voorbereiding zelf, zo beschreef ik al in paragraaf 3.1.3 aan de hand van de *Bristol*-uitspraak.

Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat er echter ook geen (volledige) zekerheid hoeft te bestaan dat het voorwerp daadwerkelijk gebruikt zal worden bij de uiteindelijke uitvoering. Ik besprak dit al in paragraaf 3.1.3 aan de hand van de uitspraken *Ford Transit I* en *Holland Casino*. Het woord 'kunnen' ('dienstig kunnen zijn') biedt deze ruimte. Uit de uitspraken wordt echter niet geheel duidelijk waar het omslagpunt precies ligt. Gaat het erom dat aannemelijk is dat het voorwerp wordt gebruikt voor de uitvoering van het misdrijf, of moet dit – gelet op het misdadige doel van de verdachte – (slechts) niet onaan-

nemelijk zijn?[43] Toekomstige jurisprudentie kan hierover mogelijk meer duidelijkheid bieden.

Voorwerpen hoeven niet in alle opzichten (al) geschikt te zijn
Uit het *Samir A.*-arrest en de uitspraak *Prinsjesdag* kan worden afgeleid dat de eis dat de voorwerpen 'dienstig kunnen zijn voor het misdadige doel' niet betekent dat de voorwerpen (al) in alle opzichten geschikt zijn om het misdrijf te plegen. Van de voorwerpen hoeft geen acuut of concreet gevaar uit te gaan. Ik besprak dit al in paragraaf 3.3.

Niet alle voorwerpen (bij één verdachte)
Uit de uitspraken *Ford Transit I*, *Samir A.* en *Prinsjesdag* leid ik af dat het niet zo hoeft te zijn dat alle voorwerpen die nodig zijn voor de uitvoering van het misdrijf (bij één verdachte) zijn aangetroffen. In de uitspraken *Samir A.* en *Prinsjesdag* had de verdachte nog niet alle voorwerpen in zijn bezit die hij nodig had. In *Ford Transit I* had de verdachte alleen maar een auto onder zich. Die auto was slechts een van de voorwerpen die de verdachten nodig hadden voor het plegen van het misdrijf en is op zichzelf niet voldoende om een diefstal met geweld te kunnen plegen. De andere voorwerpen werden aangetroffen bij een andere verdachte.[44] Het gaat er, zo blijkt hier uit, dus niet om dat de verdachte alle voorwerpen onder zich heeft, maar dat de voorwerpen die hij onder zich heeft bestemd zijn tot het misdrijf.

Wel een abstract gevaar?
Hiervoor beschreef ik dat met de woorden 'dienstig kunnen zijn' tot uitdrukking wordt gebracht dat er geen concreet of acuut gevaar van de voorwerpen hoeft uit te gaan. Daarmee is niet gezegd dat er geen *abstract* gevaar van de voorwerpen uit zou moeten gaan. Ik ben geen uitspraken tegengekomen waarin de voorwerpen op geen enkele wijze zouden kunnen bijdragen aan het bereiken van het misdadige doel. In *Samir A.* en *Prinsjesdag* waren de voorwerpen op het moment dat werd ingegrepen door de autoriteiten wellicht nog niet in alle opzichten geschikt om het misdrijf te plegen, maar op termijn zouden zij dat wel kunnen zijn. In *Ford Transit I* was de auto op zichzelf wellicht niet voldoende om het misdrijf te plegen, maar de auto kon (in combinatie met de voorwerpen aangetroffen bij de medeverdachten) zeker een (waardevolle) bijdrage leveren aan het plegen van de geplande overval. Ik vermoed dan ook dat, hoewel er geen concreet gevaar van de voorwerpen hoeft uit te gaan, er wel een abstract gevaar van de voorwerpen moet uitgaan. Toekomstige jurisprudentie kan hierover mogelijk meer duidelijkheid bieden.

---

43 Vgl. Strijards 1995, p. 137.

44 Ook de wetgever erkende bij de invoering van de strafbaarstelling van voorbereiding dat voorwerpen verspreid tussen de deelnemers aan een samenwerkingsverband kunnen worden aangetroffen. Zie *Kamerstukken II* 1990/91, 22 268, nr. 3, p. 16.

Al het voorgaande samenvattend, gaat het er niet om dat met de aangetroffen voorwerpen (gezamenlijk) op dat moment al een misdrijf kan worden gepleegd (geen concreet gevaar); het gaat erom dat de voorwerpen (op termijn) kunnen bijdragen aan de uitvoering van het misdrijf (abstract gevaar). Dat betekent dat strafbaarheid ontstaat op het moment dat de verdachte – die een misdadig doel voor ogen heeft – voorwerpen verzamelt waarmee hij zijn misdadige plannen kan uitvoeren.

4.1.4 Voorwerpen in onderlinge samenhang

De voorwerpen worden in verschillende uitspraken in onderlinge samenhang beoordeeld.[45] Dit blijkt in het bijzonder in de *Ford Transit II*-uitspraak waarin door de Hoge Raad werd overwogen: '[I]ndien al niet afzonderlijk dan toch in hun gezamenlijkheid'. Voor verschillende voorwerpen in deze zaak, waaronder de auto's en de portofoons, gold dat zij ook andere (niet criminele) bestemmingen konden hebben. Wanneer zij echter in samenhang met de andere voorwerpen (inbrekersgereedschap, valse kentekenplaten, video-opnamen van de openingsprocedure van de bank) worden beoordeeld, dan wordt duidelijk dat zij een criminele bestemming hebben. Zoals ik in paragraaf 3.1.3 al opmerkte is niet uitgesloten is dat de Ford Transit die de verdachte uit *Ford Transit I* onder zich had, mede is beoordeeld tegen de achtergrond van de voorwerpen die bij de verdachte in *Ford Transit II* zijn aangetroffen.[46] In de *Samir A.*-uitspraak had het gerechtshof de verschillende voorwerpen onderverdeeld in drie categorieën en de voorwerpen in de tweede categorie (wapens) en de derde categorie (informatiedragers) terzijde geschoven. Vervolgens had het gerechtshof de voorwerpen in de eerste categorie – de voorwerpen om een explosief te maken – op zichzelf beoordeeld. De Hoge Raad benadrukte in zijn overweging (opnieuw) dat de voorwerpen in onderlinge samenhang mogen worden beoordeeld ('afzonderlijk dan wel gezamenlijk').

4.1.5 Gebruik dat is gemaakt van de voorwerpen

In een aantal zaken werd het gebruik dat al van de voorwerpen was gemaakt betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm.[47] In het *Ford Transit I*-arrest is dit aan de orde. Daar wordt door het gerechtshof meegewogen dat de auto is gebruikt om de bank 'af te leggen'. Dat de Ford Transit al was gebruikt om de bank af te leggen, vormde een aanwijzing dat die auto (later) bij de uitvoe-

45 Vgl. Rozemond 2011, p. 142; Sikkema 2012, p. 35; De Hullu 2018, p. 418.

46 Dit is in lijn met het standpunt van de wetgever dat de voorwerpen verspreid tussen de deelnemers aan een samenwerkingsverband kunnen worden aangetroffen. Zie *Kamerstukken II* 1990/91, 22 268, nr. 3, p. 16.

47 Vgl. Pelser 2004, p. 191; Rozemond 2007; Sikkema 2012, p. 33, Van Sliedregt 2010, p. 895.

ring van het misdrijf gebruikt zou worden. Of zoals AG Keijzer (zie diens conclusie, onder 16) het stelde:

> 'Natuurlijk zal voor de gemiddelde rechtsgenoot bij het enkele aanschouwen van een busje als dat van de verdachte het criminele doel dat deze ermee nastreeft niet overduidelijk zijn, maar indien met zo'n busje wordt gehandeld als door het Hof beschreven, dan ligt dat anders.'

In het *Ford Transit I*-arrest werd het gebruik dat is gemaakt nog als afzonderlijke factor genoemd door de Hoge Raad. Zoals in paragraaf 3.1.5.2 aan de orde is gekomen is de door de Hoge Raad gebruikte formulering met het *Samir A.*-arrest aangepast. Daarbij is het van de voorwerpen gemaakte gebruik als zelfstandige wegingsfactor komen te vervallen. Hiermee is verduidelijkt dat geen *vereiste* is dat al gebruik is gemaakt van het voorwerp.[48] In de uitspraken *Samir A.*, *Richard* en *Prinsjesdag* had de verdachte nog geen gebruikgemaakt van de (alle) aangetroffen voorwerpen. Daarmee is evenwel niet gezegd dat als het voorwerp al is gebruikt, dat niet meer betrokken zou kunnen worden bij de uiterlijke verschijningsvorm. In de *Holland Casino*-uitspraak, die dateert van na het *Samir A.*-arrest, werd het gebruik dat al was gemaakt van de plattegrond betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Dat gebruik hield daar in dat de verdachten voorovergebogen over de plattegrond stonden en daarbij spraken over de te plegen overval.

Ook de omstandigheden waaronder de voorwerpen waren aangetroffen werd in een aantal uitspraken betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Zo werden de voorwerpen in het *Samir A.*-arrest aangetroffen op de slaapkamer van de verdachte, zonder dat hij een verklaring daarvoor gaf. In de uitspraak *Prinsjesdag* lagen de wapens, samen met munitie en een kogelwerend vest op de kamer van de verdachte. De verdachte in deze zaak gaf evenmin een geloofwaardige verklaring voor waarom deze voorwerpen daar lagen.

4.1.6 Verrichte gedragingen

Niet alleen het gebruik dat van de voorwerpen is gemaakt, ook andere door de verdachte verrichte gedragingen worden bij de beoordeling van de bestemming van de voorwerpen betrokken. In *Samir A.* had het gerechtshof uit de bij de verdachte aangetroffen plattegronden, foto's, schetsen en aantekeningen afgeleid dat de verdachte bepaalde gebouwen had 'afgelegd' en daarvan aantekeningen had gemaakt en de situatie op een aantal plekken had 'bekeken'. In de uitspraak *Richard* was de verdachte in de auto – met seksattributen bij zich – onderweg naar een plaats waar hij met het (fictieve) minderjarige meisje

48 Vgl. Rozemond 2007. Ik zeg 'verduidelijkt' omdat, zoals in par. 3.1.5 al aan de orde kwam, ik meen dat ook toen het gebruik nog een afzonderlijke factor was, mijn inziens niet vereist was dat het voorwerp al was gebruikt.

Laura had afgesproken. In de *Prinsjesdag*-uitspraak werd betrokken dat de verdachte al personen en instanties had bedreigd en had opgezocht hoe hij TATP moest maken. Deze gedragingen leken echter niet zozeer bij de uiterlijke verschijningsvorm van de voorwerpen te worden betrokken als wel bij het misdadige doel. Zij droegen bij aan het bewijs op welk doel (welk misdrijf) het voornemen was gericht en leken ook gebruikt te worden om de vastheid van dat voornemen te onderbouwen. Zo overwoog het gerechtshof in de *Richard*-zaak:

> '[O]mdat hij door middel van de voorbereidingshandelingen tot uitdrukking heeft gebracht dat hij daadwerkelijk aan zijn wens om seksuele handelingen te verrichten bij kinderen onder de 12 jaar uitvoering wilde geven.'

Uit de *Bristol*-uitspraak volgt dat de enkele omstandigheid dat de verdachte bepaalde gedragingen verricht die bijdragen aan het misdadige doel – zoals zijn medeverdachten opbelt om hen te zeggen dat zij naar de winkel kunnen komen – niet voldoende is voor strafbaarheid (wegens strafbare voorbereiding). De verdachte zal altijd (ook) een voorwerp voorhanden moeten hebben dat dienstig kan zijn voor de uitvoering van het voorgenomen plan.

4.1.7 Geen andere, legitieme verklaring

De afwezigheid van een legitieme verklaring voor het voorhanden hebben van de voorwerpen kan eveneens bijdragen aan het oordeel dat sprake is van een voorwerp dat 'bestemd' is tot het begaan van het misdrijf. Zo had het gerechtshof in de *Samir A.*-uitspraak bij zijn overwegingen betrokken dat de verdachte 'nimmer opheldering heeft willen verschaffen over de aanwezigheid van deze voorwerpen en hun doel en functie'. Ook in de *Prinsjesdag*-uitspraak betrok het gerechtshof bij zijn overwegingen dat de verdachte geen geloofwaardige verklaring had voor de aanwezigheid van de voorwerpen. Het ontbreken van een legitieme verklaring kan echter niet zelfstandig het oordeel dragen dat sprake is van een voorwerp dat bestemd is tot het plegen van een misdrijf, zo volgt uit de uitspraak *Opel Vectra*. Daartegenover staat dat de aanwezigheid van een legitieme verklaring kan bijdragen aan het oordeel dat de voorwerpen niet 'bestemd' waren tot het begaan van het ten laste gelegde grondmisdrijf.[49]

4.1.8 Belang van de omstandigheden en onderlinge verhouding: de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm

Uit de jurisprudentie blijkt dat voor het bewijs van de 'bestemming' van voorwerpen twee componenten relevant zijn: (1) het misdadige doel en (2) de uiterlijke verschijningsvorm van het voorwerp. Beide zijn steeds vereist en

49 Zie AG Keijzer in zijn conclusie bij de *Ford Transit II*-uitspraak (zie onder 10).

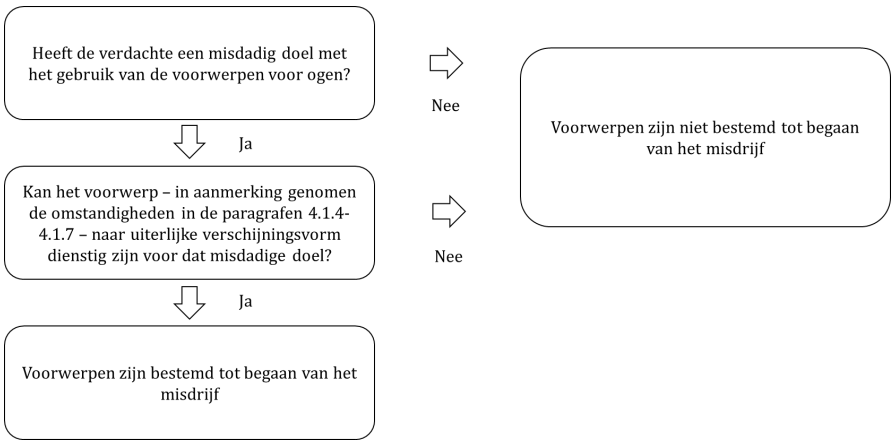
moeten afzonderlijk worden vastgesteld. Het enkele misdadige doel is (hoe concreet ook) onvoldoende voor strafbare voorbereiding. De verdachte moet altijd een voorwerp voorhanden hebben dat (op zijn minst) past in het voorgenomen plan en dat gebruikt kan worden voor de uitvoering van het misdrijf (*Bristol*). Ook de enkele aanwezigheid van voorwerpen die (naar uiterlijke verschijningsvorm) geen enkele andere bestemming kunnen hebben dan een misdadige bestemming, is onvoldoende voor strafbaarheid (*Opel Vectra*). Zowel voor het misdadige doel als de uiterlijke verschijningsvorm geldt dus een drempel. De drempel die geldt voor het misdadige doel besprak ik al in paragraaf 4.1.2. Zoals daar aan de orde kwam, zal altijd (op zijn minst) duidelijk moeten zijn welk misdrijf de verdachte aan het voorbereiden was en wat (of wie) het beoogde object van het misdrijf is. Ten aanzien van de uiterlijke verschijningsvorm geldt het volgende.

De door mij genoemde omstandigheden in de paragrafen 4.1.3-4.1.7 betreffen de omstandigheden die worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Zij leveren 'indicaties' op dat een voorwerp naar uiterlijke verschijningsvorm 'bestemd' is tot het begaan van het ten laste gelegde grondmisdrijf. Zij zijn niet vereist, in de zin dat het ontbreken van een deze omstandigheden meteen leidt tot het oordeel dat de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm niet is gehaald. Dat dergelijke aanvullende omstandigheden bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken laat mijns inziens zien dat er een bepaalde drempel is die moet worden gehaald. Het is niet voldoende dat er sprake is van een misdadig doel en dat het voorwerp daarbij 'past'. Er moet een bepaalde mate van aannemelijkheid zijn dat het voorwerp daadwerkelijk bestemd was om (op een later moment) gebruikt te worden ter uitvoering van het misdrijf. De verschillende omstandigheden worden daarbij veelal in onderlinge samenhang bezien. De ondergrens (voor de uiterlijke verschijningsvorm) lijkt daarbij te zijn dat sprake is van een abstract gevaar. Het voorwerp moet – op termijn – gebruikt kunnen worden voor de uitvoering van het misdrijf. Zoals in paragraaf 4.1.3 aan de orde kwam zal toekomstige jurisprudentie meer duidelijkheid moeten bieden over welke mate van zekerheid er moet zijn dat de voorwerpen gebruikt zullen worden bij de uitvoering van het misdrijf.

Hoewel het misdadige doel en de uiterlijke verschijningsvorm blijkens voorgaande twee afzonderlijke componenten zijn – in zoverre lijkt er met het *Samir A.*-arrest ten opzichte van de eerdere jurisprudentie dus niets gewijzigd – staan zij wel in een bepaalde verhouding tot elkaar. Hoewel de uiterlijke verschijningsvorm van de voorwerpen afzonderlijk beoordeeld wordt, worden de voorwerpen steeds beoordeeld in het licht van het misdadige doel (dat afzonderlijk is vastgesteld). Uiteindelijk gaat het er niet om of van de voorwerpen (op het moment dat zij worden aangetroffen) al een concreet gevaar uitgaat. In de kern komt de beoordeling er op neer (zie paragraaf 4.1.3): Passen de aangetroffen voorwerpen bij het plan van de verdachte, kunnen zij daaraan dienstig zijn? Daarmee is het misdadige doel in leidend bij de kwalificatie.

Dit blijkt ook uit het *Samir A.*-arrest, waarin de Hoge Raad overwoog dat niet 'kan worden geabstraheerd' van het misdadige doel.

Schematisch weergegeven ziet het beslisschema van de rechter er als volgt uit:



Figuur 5

Vorengaande kort samenvattend moet voor strafbare voorbereiding zowel sprake zijn van een misdadig doel als een voorwerp dat naar uiterlijke verschijningsvorm dienstig kan zijn voor dat misdadige doel. Voor zowel het misdadige doel als de uiterlijke verschijningsvorm geldt een – door de Hoge Raad bewaakte – drempel. Beide vereisten werpen dus een drempel op voor strafbaarheid op grond van artikel 46 Sr.

4.2 Overkoepelende noties over de omstandigheden

Naast het misdadige doel van de verdachte, worden bij de uiterlijke verschijningsvorm voornamelijk *objectieve omstandigheden* betrokken. Het gaat dan om omstandigheden als het gebruik dat reeds is gemaakt van de voorwerpen, reeds door de verdachte verrichte gedragingen en omstandigheden waaronder de voorwerpen zijn aangetroffen. Hieruit blijkt dat bij de uiterlijke verschijningsvorm niet alleen de uiterlijke verschijningsvorm van het voorwerp zelf betrokken wordt. Ook de verdere *context* speelt een belangrijke rol.

Al sinds het *Ford Transit I* is duidelijk dat de criminele bestemming niet uit de voorwerpen zelf hoeft te blijven. Het misdadige doel is (daardoor) veelal leidend bij de interpretatie van de voorwerpen, zo bleek ook in paragraaf 4.1.8. De omstandigheden die de context betreffen, zo bleek daar eveneens, leveren

indicatoren op voor de beantwoording van de vraag of het voorwerp dienstig kon zijn voor het misdadige doel.

Niet alle door mij gevonden omstandigheden zijn ter plaatse waar te nemen. Bij de uiterlijke verschijningsvorm kunnen bijvoorbeeld ook reeds eerder verrichte gedragingen van de verdachte worden betrokken. Zo werd in zowel *Ford Transit I* als *Samir A.* bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken dat de verdachte bepaalde objecten eerder had 'afgelegd'. Dit betekent dat wat *achteraf aan omstandigheden door de rechter kan worden vastgesteld* bepalend is, niet wat een ter plaatse aanwezige (deskundige) waarnemer aan de voorwerpen kan opmerken.

5 Samenvattende bevindingen over de uiterlijke verschijningsvorm bij strafbare voorbereiding

Bestanddeel 'bestemd'

De figuur van de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt om de vraag te beantwoorden of een voorwerp 'bestemd' is in de zin van artikel 46 Sr tot het begaan van het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf (paragrafen 3.1.1-3.1.3). Omdat de wettelijke term 'bestemd' in de tenlastelegging zijn opgenomen (en daar wordt geacht dezelfde betekenis te hebben), wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt in het kader van de bewijsvraag. Door de opname van de wettelijke term in de tenlastelegging wordt de kwalificatiebeslissing opgenomen in de bewijsbeslissing: bewijs en kwalificatie vallen samen. De uiterlijke verschijningsvorm is een methode om de uit de bewijsmiddelen blijkende omstandigheden onder een delictsbestanddeel te brengen, en wordt dus gebruikt voor de kwalificatie (paragrafen 3.1.4 en 3.1.5.1).

Aanvankelijk was de uiterlijke verschijningsvorm een van de drie factoren of indicatoren aan de hand waarvan werd beoordeeld of een voorwerp 'bestemd' was tot het begaan van het misdrijf. Met het *Samir A.*-arrest zijn de drie factoren (uiterlijke verschijningsvorm, misdadig doel, gebruik dat van de voorwerpen is gemaakt) ondergebracht in één criterium, door mij het '*Samir A.*-criterium' genoemd. Dit criterium lijkt algemene gelding te hebben (paragraaf 3.1.5.2-3.1.5.3).

Voorwerpen zijn bestemd tot het begaan van het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf als zij (1) naar uiterlijke verschijningsvorm dienstig kunnen zijn (2) voor het misdadige doel dat de verdachte voor ogen had. Het bestanddeel 'bestemd' bestaat daarmee uit twee vereisten (paragraaf 4.1.8). Hoewel het misdadige doel en de uiterlijke verschijningsvorm twee afzonderlijke vereisten zijn – in zoverre lijkt er met het *Samir A.*-arrest ten opzichte van de eerdere jurisprudentie dus niets gewijzigd – staan zij wel in een bepaalde verhouding tot elkaar: de uiterlijke verschijningsvorm van de voorwerpen wordt weliswaar afzonderlijk beoordeeld, maar dat neemt niet weg dat de voorwerpen worden beoordeeld in het licht van het misdadige doel dat de

verdachte voor ogen stond. Dat misdadige doel moet afzonderlijk zijn vastgesteld. Blijkens de jurisprudentie geldt zowel voor het misdadige doel als voor de uiterlijke verschijningsvorm een bepaalde ondergrens. In zoverre werpen beide dus een drempel op voor strafbaarheid. Ten aanzien van het misdadige doel volgt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad dat niet alleen moet worden vastgesteld welk misdrijf de verdachte voor ogen had, maar ook wat (of wie) het beoogde object van het misdrijf is (paragraaf 4.1.2). De ondergrens voor de uiterlijke verschijningsvorm is de aanwezigheid van een abstract gevaar, dat wil zeggen dat het voorwerp – op termijn – gebruikt moet kunnen worden voor de uitvoering van het misdrijf. Toekomstige jurisprudentie zal meer duidelijkheid moeten bieden over welke mate van zekerheid er moet zijn dat de voorwerpen gebruikt zullen worden bij de uitvoering van het misdrijf.

Overkoepelend kan over de door mij gevonden omstandigheden nog het volgende worden gezegd (zie paragraaf 4.2):

- Bij de uiterlijke verschijningsvorm worden – los van het misdadige doel – objectieve omstandigheden betrokken.
- Het misdadige doel is leidend bij de interpretatie van het voorwerp.
- Naast het misdadige doel is ook de context waarbinnen het voorwerp werd aangetroffen van belang.
- Ook niet ter plaatse zichtbare omstandigheden worden bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken. Wat achteraf aan omstandigheden door de rechter kan worden vastgesteld is bepalend, niet wat een ter plaatse aanwezige (deskundige) waarnemer aan de voorwerpen kan opmerken.

Ondeugdelijke voorbereiding

Het is niet zonder meer duidelijk dat het *Samir A.*-arrest gaat over de (on)deugdelijkheid van de aangetroffen voorwerpen (ondeugdelijkheid van het voorbereidings*middel*). Wordt daar wel van uitgegaan, dan wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt als een criterium aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of een voorwerp (absoluut) ondeugdelijk is (paragraaf 3.3.1).

Een andere lezing van het *Samir A.*-arrest is dat daarin niet de vraag aan de orde is of sprake is van een ondeugdelijke middel, maar de vraag in welke mate de plannen van de verdachte reeds moeten hebben geleid tot gedragingen om van strafbare voorbereiding te kunnen spreken. Dat betekent dat het *Samir A.*-criterium kan worden gebruikt voor de afbakening tussen voorbereiding en de daaraan voorafgaande (niet strafbare) fase waarin de plannen worden uitgedacht (paragraaf 3.3.2). De uiterlijke verschijningsvorm heeft blijkens het *Richard*-arrest (bij strafbare voorbereiding) geen rol bij de beantwoording van de vraag of het *object* ondeugdelijk is (paragraaf 3.3.3). Ik kom op de ondeugdelijke voorbereiding nog terug in hoofdstuk 8, paragraaf 4.

5 Noodweer(exces)

> 'Een beroep op noodweer kan niet worden aanvaard ingeval de gedraging van degene die zich op deze exceptie beroept, noch op grond van diens bedoeling, noch op grond van de uiterlijke verschijningsvorm van zijn gedraging kan worden aangemerkt als "verdediging", maar – naar de kern bezien – als aanvallend moet worden gezien, bijvoorbeeld gericht op een confrontatie of deelneming aan een gevecht.'[1]

1 Inleiding

Na de introductie van de uiterlijke verschijningsvorm in 2003 bij zowel voorwaardelijk opzet en strafbare voorbereiding duurt het enige tijd voordat de uiterlijke verschijningsvorm zich verder 'verspreidt'. In 2010 – zeven jaar later dus – wordt de uiterlijke verschijningsvorm voor het eerst gebruikt in het kader van de strafuitsluitingsgrond noodweer(exces), in het *Fietswiel*-arrest.[2] De '*Fietswiel*-formule' keert daarna in verschillende uitspraken over noodweer(exces) terug, waaronder in het overzichtsarrest over noodweer(exces) uit 2016.[3]

In verband met het beperkte aantal uitspraken van de Hoge Raad zal ik in dit hoofdstuk niet per delict(type) beschrijven welke invulling de uiterlijke verschijningsvorm heeft.[4] Dit betekent dat dit hoofdstuk een andere opbouw heeft dan de hoofdstukken 2 en 3. Net als in hoofdstuk 4, begin ik met de weergave van de jurisprudentie (paragraaf 2). Vervolgens bespreek ik het gebruik en de daaruit voortvloeiende rol van de uiterlijke verschijningsvorm (paragraaf 3) en de invulling die aan de figuur wordt gegeven (paragraaf 4). Ik eindig dit hoofdstuk met een samenvatting van mijn bevindingen (paragraaf 5).

---

1 HR 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, *NJ* 2016/316 (*Overzichtsarrest noodweer(exces)*), *r.o.* 3.3.
2 HR 8 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4788, *NJ* 2010/339.
3 HR 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, *NJ* 2016/316.
4 Zie hfdst. 1, par. 7.

2 JURISPRUDENTIE

HR 8 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4788, *NJ* 2010/339 (*Fietswiel*)
Mishandeling (300 Sr)

V. – het latere slachtoffer – had gezien dat de verdachte een meisje aan het schoppen was. Hij was het meisje te hulp geschoten, aanvankelijk verbaal en op enig moment door (het voorwiel van) zijn fiets omhoog te houden in de richting van de verdachte. De verdachte was daarop eerst wat achteruit gedeinsd, maar was vervolgens op V. afgegaan en had V. geslagen (onder andere met een riem) en geschopt. Volgens het gerechtshof kon het omhooghouden van het (voorwiel van) zijn fiets door V. door de verdachte als een aanranding dan wel dreiging worden opgevat. De gedraging van de verdachte kon evenwel volgens het gerechtshof niet worden geduid als geboden te zijn voor verdachtes verdediging:

> 'Niet alleen kon en mocht van de verdachte worden gevergd dat hij zich van V. toen deze het (het voorwiel van) zijn fiets in de richting van de verdachte omhoogtrok verwijderde, hetgeen door de verdachte tegenover V. is ondernomen – eerst terugdeinzen, vervolgens V. benaderen en het vertonen van agressief gedrag tegenover V. (vgl. proces-verbaal van verhoor door de rechter-commissaris van de getuige H. op 19 december 2006) – getuigt niet van een wil tot verdedigen doch van het inzetten van een (tegen)aanval. Aldus faalt het beroep op noodweer omdat de ten laste van de verdachte bewezen geachte gedragingen niet door de verdediging waren geboden.'

In cassatie werd tegen dit oordeel opgekomen:

> 'Waarom het hof van mening is dat er sprake was van een tegenaanval en niet van een reactie in een hevige gemoedsbeweging is volgens de steller van het middel onbegrijpelijk. Tevens heeft het hof niet uitgelegd waarom van verdachte mocht worden gevergd dat hij zich verwijderde toen V. het voorwiel van zijn fiets omhoog trok.'

De Hoge Raad zette in reactie op dit middel eerst het kader uiteen:

> '2.5 Bij de beoordeling van de middelen moet het volgende worden vooropgesteld. Blijkens de wettelijke omschrijving van noodweer gaat het bij deze strafuitsluitingsgrond om de "verdediging" van bepaalde rechtsgoederen tegen een (wederrechtelijke) aanranding. Dit betekent dat een beroep op noodweer niet kan worden aanvaard ingeval de gedraging van degene die zich op deze exceptie beroept, noch op grond van diens bedoeling noch op grond van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging kan worden aangemerkt als verdedigend, maar – naar de kern bezien – als aanvallend, bijvoorbeeld gericht op een confrontatie of deelneming aan een gevecht (vgl. HR 10 februari 1987, NJ 1987, 950 en HR 16 november 2004, LJN AR2443, *NJ* 2007, 467). In zo een geval kan ook een beroep op noodweerexces of op putatief noodweer niet slagen.'

Vervolgens overwoog de Hoge Raad ten aanzien van de voorliggende casus:

> '2.6 Blijkens de hiervoor onder 2.4.2 weergegeven overwegingen heeft het Hof aannemelijk geoordeeld dat "hetgeen door de verdachte tegenover V. is ondernomen – eerst terugdeinzen, vervolgens V. benaderen en het vertonen van agressief gedrag tegenover V. (…) – [niet] getuigt van een wil tot verdedigen doch van het inzetten van een (tegen)aanval". Die vaststelling – die in het licht van hetgeen namens de verdachte is aangevoerd niet onbegrijpelijk is – draagt, gelet op hetgeen hiervoor onder 2.5 is vooropgesteld, de verwerping van het beroep op noodweer, noodweerexces en putatief noodweer zelfstandig, zodat de tegen die verwerping gerichte klachten falen en buiten bespreking kan blijven hetgeen het Hof in dit verband voor het overige heeft overwogen.'

HR 15 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT2175, *NJ* 2012/474, m.nt. Borgers (*Afrollen*)
Openlijke geweldpleging in vereniging (141 Sr)

U. – het latere slachtoffer – werkte in de keuken van eettent M. Op 22 januari 2009 hadden vijf jongens in M. gezeten, waaronder O. – een bekende van U. en medeverdachte in deze zaak – en A. – de verdachte. Toen U. klaar was geweest met werken, waren de jongens achter U. aan naar buiten gelopen. U. had verklaard dat O. hem in zijn gezicht had geslagen. U. was daarbij op de grond gevallen. Toen hij wilde opstaan om zich te verdedigen, werd hij door de andere jongens vastgepakt en nogmaals in zijn gezicht geslagen. U. was daardoor opnieuw gevallen en werd, aldus zijn verklaring, terwijl hij op de grond lag door verschillende jongens geschopt.
Verdachte A. had zich op het standpunt gesteld dat hij handelde ter verdediging van O., die in een benaderde positie terecht was gekomen. Op een gegeven moment tijdens het gevecht was O. met zijn hoofd onder een stalen bank komen liggen, met U. bovenop hem. Verdachte had U. daarop met zijn voet van O. afgeduwd ('afrollen'). Zijn bedoeling was slechts 'om U. van O. af te krijgen, opdat laatstgenoemde geen onmiddellijk ernstig gevaar meer liep'. A. zou zich verder afzijdig hebben gehouden in het gevecht en niet hebben geweten wie het gevecht begonnen was. Hij had slechts ingegrepen toen zijn vriend in bovengenoemde benarde situatie terecht was gekomen. Als verdachte niet zou hebben ingegrepen zou O. ernstig letsel hebben kunnen oplopen, aldus de verdediging. Het gerechtshof wees het beroep op noodweer af:

> 'Uit het dossier noch uit het verhandelde ter zitting in hoger beroep blijkt dat sprake was van een ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding door de aangever U. gericht tegen de medeverdachte O., waartegen een noodzakelijke verdediging door de verdachte geboden was. Uit het dossier blijkt daarentegen dat de medeverdachte O. zelf de confrontatie met de aangever U. heeft opgezocht en dat hij ook de eerste klap heeft uitgedeeld. Voorts is geenszins aannemelijk geworden dat in de daaropvolgende vechtpartij een situatie van onmiddellijk dreigend gevaar voor O. is ontstaan zoals door de verdediging is geschetst, waardoor het ingrijpen van de verdachte noodzakelijk was. Het verweer wordt mitsdien verworpen.'

In cassatie werd geklaagd over de verwerping door het gerechtshof van dit beroep. De Hoge Raad herhaalde (*r.o.* 4.4.1) het kader zoals uiteengezet in de hiervoor beschreven *Fietswiel*-uitspraak en overwoog ten aanzien van de voorliggende casus (*r.o.* 4.4.2):

> 'Het Hof heeft blijkens de hiervoor weergegeven bewijsvoering en overeenkomstig de bewezenverklaring – waartegen in cassatie niet wordt opgekomen – vastgesteld dat de verdachte tezamen met anderen tijdens een vechtpartij, waaraan ook de verdachte heeft deelgenomen, de aangever U. heeft geschopt terwijl die U. op de grond lag en heeft kennelijk niet aannemelijk geacht dat sprake was van een onmiddellijk dreigend gevaar voor O., waartegen een noodzakelijke verdediging door de verdachte geboden was. Daarin ligt als het oordeel van het Hof besloten dat de door de verdachte als "afrollen" aangeduide handelwijze als aanvallend en gericht op deelneming aan het gevecht en niet als verdedigend moet worden beschouwd. Gelet hierop geeft de verwerping van het beroep op noodweer niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is zij toereikend gemotiveerd.'

HR 17 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9085 (*Uitgaansgeweld*)
Mishandeling (300 Sr)

De verdachte was samen met vrienden op stap geweest. Op een gegeven moment was er ruzie ontstaan tussen een vriend van de verdachte en het latere slachtoffer. De verdachte had geïntervenieerd in deze ruzie en het slachtoffer zijn tanden uit de mond geslagen. Hij had hierover zelf het volgende verklaard:

> 'Het klopt dat ik op 16 augustus 2008 in Uitgeest [slachtoffer] in het gezicht heb geslagen. Het was niet mijn bedoeling om de tanden van [slachtoffer] uit zijn mond te slaan. Ik heb niet hard geslagen. De reden waarom ik [slachtoffer] sloeg is omdat ik mij bedreigd voelde. Het was een gezellige avond totdat mijn vriend [betrokkene 1] ruzie had gekregen. Ik ben er naartoe gelopen om te kijken wat er aan de hand was. [Betrokkene 1] is door [slachtoffer] op de grond geduwd. Zij waren met een groep van acht man. Ik stond tegenover [slachtoffer] en de jongens stonden om mij heen. Op dat moment trok [slachtoffer] mij naar zich toe waardoor ik [met] mijn gezicht tegen het zijne stond. Hij schold me uit en gebruikte daarbij het woord kanker. Ik kon zijn adem voelen. Het was een gespannen situatie. Ik voelde mij bedreigd en heb hem geduwd en daarna een klap gegeven. Ik had niet de intentie om ruzie te zoeken. Ze hadden eerst mijn vriend in een kring van acht man gepakt. Ik dacht dat ik de volgende zou zijn.'

Het beroep op noodweer(exces) werd door het gerechtshof verworpen:

> 'Het hof overweegt dat aannemelijk is geworden dat zich voorafgaand aan het bewezen geachte misdrijf een ruzie heeft afgespeeld tussen zekere [betrokkene 1], een vriend van de verdachte en anderen, onder wie [slachtoffer]. De verdachte heeft daarin aanleiding gezien zich te bewegen in de richting van [slachtoffer] en voor hem is gaan staan. Wijzend op die vriend heeft de verdachte [slachtoffer] de woorden toegevoegd: "wie aan hem zit, zit aan mij!". Het hof waardeert deze interventie van de verdachte als intimiderend. Vervolgens heeft [slachtoffer] daarop gereageerd, onder meer door diens voorhoofd tegen of nabij dat van de verdachte te bewegen, de woorden sprekend: "wat moet je dan, kankerlijer?".
> Volgens de verklaring van de verdachte zijn deze laatst weergegeven woorden verkeerd gevallen, waarop hij [slachtoffer] met de ene hand heeft weggeduwd en met de andere, tot vuist gebalde hand in het gezicht heeft geslagen. Het hof is van

> oordeel dat de door de verdachte gegeven vuistslag, bezien in de voren weergegeven context, niet kan worden aangemerkt als een gedraging die moet worden aangemerkt als verdedigend, doch volgens de uiterlijke verschijningsvorm – de verdachte had kunnen volstaan met zijn wegduwen – lijkt te zijn ingegeven door het zoeken van de (tegen)aanval althans het halen van verhaal.
> Dit betekent dat de ten laste van de verdachte bewezen geachte gedraging niet geboden is geweest voor de noodzakelijke verdediging tegen een wederrechtelijke aanranding, zodat het beroep op noodweer faalt.
> Nu niet aannemelijk is geworden dat er sprake is geweest van een noodweersituatie kan evenmin sprake zijn geweest van noodweerexces, zodat de verdachte zich ook daarop niet kan beroepen.'

De Hoge Raad overwoog (*r.o.* 2.3):

> 'Het oordeel van het Hof dat het beroep op noodweer(exces) moet worden verworpen omdat de gedraging van de verdachte niet geboden is geweest ter noodzakelijke verdediging tegen een wederrechtelijke aanranding, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is ook niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd. Daarbij wordt in het bijzonder in aanmerking genomen dat – naar het Hof niet onbegrijpelijk heeft vastgesteld – de verdachte heeft geïntervenieerd in een ruzie tussen een vriend van hem en anderen door naar [slachtoffer] toe te gaan en voor hem te gaan staan en hem de woorden "wie aan hem zit, zit aan mij" toe te voegen, welke interventie jegens [slachtoffer] een intimiderend karakter had, en de verdachte [slachtoffer], toen deze vlak voor hem stond, niet heeft weggeduwd maar met zijn vuist in het gezicht heeft geslagen op een wijze die gelijkt op het zoeken van de (tegen)aanval of het halen van verhaal.'

HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:108, *NJ* 2016/154, m.nt. Rozemond (*Portiek*)
Doodslag (287 Sr)

De verdachte, de eigenaar van een coffeeshop, was voor de ingang van zijn coffeeshop belaagd door negen mannen. De verdachte werd door vier van de mannen, waaronder G. – het latere slachtoffer – mishandeld. Hij had zich weten te verdedigen met een sneeuwschep en het was hem gelukt de mannen de portiek voor de coffeeshop uit te krijgen. De groep mannen bleef echter bij de coffeeshop aanwezig. Daarop was de verdachte de opslagruimte van de coffeeshop ingegaan en weer naar buiten gekomen met een vuurwapen. Hij had daarmee eerst in de lucht geschoten en vervolgens G. doodgeschoten. Een groot deel van de gebeurtenissen was vastgelegd met beveiligingscamera's. Het hele gebeuren (van het arriveren van de groep mannen tot aan het schieten) had zich afgespeeld in een tijdsbestek van ongeveer vijf minuten. De verdachte had een beroep op (putatief) noodweer(exces) gedaan. Het gerechtshof had dit verweer verworpen. In een uitvoerige overweging had het gerechtshof geoordeeld dat in het portiek sprake was van een noodweersituatie, maar dat die noodweersituatie, zodra de verdachte de mannen uit het portiek had gewerkt, was geëindigd. Vervolgens had het gerechtshof over het beroep op noodweer ten aanzien van het schieten op G. geoordeeld:

> 'Bij gebrek aan enige op de camerabeelden waar te nemen of anderszins op grond van het onderzoek ter terechtzitting aannemelijk geworden fysieke cq. verbale dreiging van G. vanaf het moment dat verdachte schietend vanuit de opslagruimte komt tot aan het moment dat verdachte G. doodschiet, is het hof van oordeel dat zich toen geen noodweersituatie heeft voorgedaan. De gedraging van verdachte, kort gezegd: het schieten op G. terwijl G. niet de confrontatie zocht met verdachte, maar juist van hem wegliep, is er integendeel één, die naar haar uiterlijke verschijningsvorm kan worden aangemerkt als aanvallend. Het hof verwerpt het verweer. Nu geen sprake was van een noodweersituatie waarin verdediging door de verdachte noodzakelijk was, wordt eveneens het beroep op noodweerexces verworpen.'

In cassatie werd zowel opgekomen tegen de verwerping van het beroep op noodweer (tweede middel) als het beroep op noodweerexces (eerste middel). AG Spronken achtte het eerste middel gegrond (conclusie, onder 12):

> 'Ook al zou die noodweersituatie ten tijde van het schieten door verdachte zijn geëindigd, staat dit het aannemen van noodweerexces niet in de weg. Ik acht het middel dan ook gegrond. Het hof heeft bij de beoordeling van de vraag of er sprake is geweest van noodweerexces een onjuist toetsingskader toegepast en heeft, uitgaande van de vaststelling dat op het moment dat verdachte begon te schieten zich geen noodweersituatie (meer) voordeed, nagelaten de vraag te beantwoorden of er sprake was van noodweerexces ten gevolge van de voorafgaande noodweersituatie in de portiek. Ook een gedraging die verricht is nadat een noodweersituatie is geëindigd kan immers noodweerexces opleveren.'

Het tweede middel slaagde volgens de AG eveneens. De AG vond het oordeel dat verdachte noch van G. noch van de rest van de groep iets te vrezen had niet begrijpelijk. De Hoge Raad liet dat oordeel van het gerechtshof in stand. De Hoge Raad herhaalde eerst (*r.o.* 3.4) het kader zoals uiteengezet in *de Fietswiel*-uitspraak. Vervolgens overwoog de Hoge Raad ten aanzien van de voorliggende casus:

> '3.5 Blijkens zijn overwegingen is het Hof uitgegaan van hetgeen hiervoor onder 3.4 is vooropgesteld en heeft het geoordeeld dat zowel het beroep op (putatief) noodweer als op noodweerexces moet worden verworpen aangezien de gedraging van de verdachte "naar de uiterlijke verschijningsvorm kan worden aangemerkt als aanvallend". Dat oordeel is gelet op de feitelijke vaststellingen van het Hof niet onbegrijpelijk, terwijl in diezelfde vaststellingen besloten ligt dat ook op grond van de bedoeling van de verdachte zijn gedraging als aanvallend moet worden aangemerkt. Een en ander draagt de verwerping van de verweren zelfstandig, zodat de middelen falen.'

HR 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, *NJ* 2016/316, m.nt. Rozemond (*Overzichtsarrest noodweer(exces)*)

De Hoge Raad gaf in deze uitspraak in een '[a]an de beoordeling van de middelen voorafgaande beschouwing' '– aan de hand van zijn eerdere rechtspraak – een samenvattend overzicht van mogelijke aandachtspunten dat bij de beoordeling van een beroep op noodweer(exces) handvatten biedt.' De Hoge Raad herhaalde daarbij (*r.o.* 3.3.) onder

andere het kader zoals dat uiteen gezet is in de *Fietswiel*-uitspraak. Het beroep op noodweer(exces) stuitte in de voorliggende zaak reeds af op andere vereisten (proportionaliteitseis (noodweer) en het vereiste dat gedraging 'onmiddellijk gevolg' moet zijn van de hevige gemoedsbeweging (noodweerexces)).

HR 3 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:496, *NJ* 2018/200 (*Cafédeur*)
Doodslag (287 Sr)

De verdachte was V. – het latere slachtoffer –, die met een groep was, bij een brug tegengekomen. V. had de verdachte geslagen, die daarop was weggerend en het halletje van een café was ingevlucht. Terwijl hij wegrende had verdachte een mes uit zijn jaszak gehaald. In het halletje van het café had de verdachte V. neergestoken. De verdachte had ten aanzien daarvan een beroep op noodweer gedaan. Het gerechtshof ging hierin niet mee en had de verdachte wegens doodslag veroordeeld. In reactie op het beroep op noodweer had het gerechtshof overwogen dat de verdachte de mogelijkheid onbenut had gelaten om door een deur in het halletje het café in te gaan, waardoor hij zich aan de aanval had kunnen onttrekken:

> 'Aan de hand van de eigen verklaring van verdachte stelt het hof vast dat verdachte, toen hij in het halletje stond, de mogelijkheid onbenut heeft gelaten het café in te gaan en op die manier op afstand van het slachtoffer te blijven. Gezien de omstandigheden had dit wel van verdachte kunnen en moeten worden verwacht. Hieruit leidt het hof af dat verdachtes intentie op dat moment was gericht op het aangaan van een confrontatie met het slachtoffer en niet op het ontlopen van die confrontatie. Verdachte had daarbij het mes, dat hij al rennend uit een plastic zakje had gehaald, in zijn hand, naar eigen zeggen "klaar voor als het helemaal verkeerd zou gaan, dat ik hem van mij af zou kunnen steken".
> Onder deze omstandigheden kan niet worden gesproken van een noodweersituatie, waarbij verdachte zich tegen een onmiddellijk dreigend gevaar voor een wederrechtelijke aanranding zou mogen verdedigen. Het verweer dat verdachte uit noodweer heeft gehandeld wordt dan ook verworpen.'

De verwerping van het beroep op noodweer kon naar het oordeel van de Hoge Raad niet in stand blijven. De Hoge Raad herhaalde eerst (*r.o.* 2.3) het kader zoals uiteengezet in het *Overzichtsarrest noodweer(exces)* en overwoog vervolgens:

> '2.4.1. Het Hof is blijkens zijn hiervoor onder 2.2.2 weergegeven overweging bij de beoordeling van het door de verdediging gedane beroep op noodweer uitgegaan van hetgeen door de verdachte ter terechtzitting in hoger beroep aan het beroep op noodweer als feitelijke toedracht ten grondslag is gelegd. De ter terechtzitting in hoger beroep afgelegde verklaring van de verdachte houdt onder meer in dat hij op de Koningsbrug door V. is geslagen, dat hij daarna op de loop is gegaan waarna hij nogmaals door V. is geslagen, dat hij een mes uit zijn jaszak heeft gehaald "voor als het helemaal verkeerd zou gaan", dat hij bang was en dacht dat het helemaal mis zou gaan, dat hij vervolgens naar de hal van café De Koning is gevlucht, dat toen hij in die hal stond en zich omdraaide V. vlak voor hem stond, dat hij het eerder uit zijn jaszak gehaalde mes aan V. toonde en aangaf dat V. moest opzouten, dat V. hem toen stompte, dat hij V. met het mes meermalen stak en dat

hij het mes uitsluitend heeft gebruikt om V. te doen stoppen. Voorts houdt deze verklaring in dat de hal van het café één vierkante meter groot is, dat de verdachte zich niet durfde om te draaien toen V. voor hem stond, dat de verdachte niet weet hoe de deur naar het café opendraait, dat V. een zeer grote en ook brede man is, en dat de verdachte zich klemgezet voelde toen V. voor hem stond.
2.4.2. Het Hof heeft naar de kern genomen geoordeeld dat het beroep op noodweer faalt omdat de verdachte, toen hij in het halletje van het café stond, de mogelijkheid onbenut heeft gelaten om dat café in te gaan en op die manier op afstand van het slachtoffer te blijven, dat hij derhalve zich aan de aanval had kunnen en moeten onttrekken en dat – nu hij dat niet heeft gedaan – zijn intentie op dat moment gericht was op een confrontatie en niet op het ontlopen van een confrontatie. In het licht van hetgeen de verdachte ter terechtzitting in hoger beroep heeft verklaard, welke verklaring met betrekking tot de feitelijke toedracht door het Hof aannemelijk is geacht, en gelet op hetgeen onder 2.3 is vooropgesteld, is dit oordeel echter niet zonder meer begrijpelijk. Het Hof heeft het beroep op noodweer derhalve op ontoereikende gronden verworpen.'

HR 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1762 (*IJmeerdijk*)
Poging tot doodslag (287 Sr)

In deze zaak had de verdachte het latere slachtoffer na een confrontatie achtervolgd en met een mes in de rug gestoken. Het gerechtshof had overwogen ten aanzien van het beroep op noodweer(exces):

'De feitelijke toedracht valt – zakelijk weergegeven – als volgt te omschrijven:
Op 26 juni 2014 vindt er een ontmoeting plaats tussen verdachte en aangever op het strand aan de IJmeerdijk te Almere. Die avond vindt voor de ontmoeting langdurig telefonisch berichtenverkeer plaats tussen aangever en verdachte. Verdachte en aangever maken ruzie en de sfeer is provocatief. In één van de smsberichten stuurt verdachte aangever het bericht met de strekking: "Kom je nog? (...)". Aangever gaat naar het strand toe. Hij parkeert zijn auto en pakt een kruissleutel uit de kofferbak. Verdachte is dan al gedurende langere tijd op het strand en heeft joints gerookt en alcohol gedronken. Aangever loopt met de kruissleutel in zijn hand in de richting van verdachte. Verdachte staat dan bij het badhuisje. Aangever gooit een plastic boodschappentas, met daarin afval waaronder allerlei lege blikjes en flesjes, in de richting van verdachte. De inhoud van de tas valt in de buurt van aangever in het zand. Bij het badhuisje volgt een worsteling en verdachte rent achter het gebouw met aangever achter zich aan. Er vindt een schermutseling plaats waarbij wordt geschreeuwd (fase 1). Dan komen zij beiden achter het toiletgebouw vandaan en is het thans verdachte die aangever achtervolgt (fase 2).
Het hof verwerpt het beroep op noodweer. Gelet op de aard van de steekwonden – te weten op de rugzijde – zijn deze verwondingen toegebracht op het moment dat verdachte aangever achtervolgde (de tweede fase). Een beroep op noodweer (-exces/putatief noodweer) kan niet worden aanvaard ingeval de gedraging van degene die zich op de exceptie beroept, noch op grond van diens bedoeling noch op grond van de uiterlijke verschijningvorm van de gedraging kan worden aangemerkt als verdedigend, maar – naar de kern bezien – als aanvallend. Op het

> moment waarop verdachte aangever steekverwondingen heeft toegebracht was de confrontatie tussen hem en aangever al beëindigd. Dat er mogelijk in een eerdere fase van de confrontatie een situatie heeft bestaan die als een aanranding kan worden aangemerkt, doet daaraan niet af.
> Het hof verwerpt ook het beroep op noodweerexces. Het hof wil wel aannemen dat de emoties bij verdachte hoog waren opgelopen. Verdachte, die naar eigen zeggen onder invloed verkeerde van alcohol en weedgebruik, was al kwaad op aangever voordat het treffen op het strand tussen hen plaatsvond. Verdachte heeft – zoals uit het sms-verkeer genoegzaam blijkt – aangever welbewust bewogen naar het strand te komen. Niet aannemelijk is geworden dat deze hevige gemoedsbeweging in de kern zijn oorzaak vindt in de eerdere aanval dan wel schermutseling tussen aangever en verdachte in voorgenoemde eerste fase van de confrontatie.'

De Hoge Raad deed het cassatiemiddel waarmee werd opgekomen tegen dit oordeel van het gerechtshof af met toepassing van artikel 81 RO.

HR 14 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:715, *NJ* 2019/218 (*Schietpartij in Almere*)
Poging tot doodslag (287 Sr)

De verdachte en medeverdachte hadden al langere tijd ruzie met twee broers, de twee latere slachtoffers. Na telefonisch contact waren de verdachte en een medeverdachte 's avonds laat vanuit Amsterdam naar Almere vertrokken voor een ontmoeting. Na een ontmoeting bij een pompstation waren zowel de verdachte en de medeverdachte (die samen in een Opel Signum zaten) als de twee broers (in minimaal twee auto's, waaronder een Fiat 500) weer vertrokken. Later op de avond hadden in Almere drie schietpartijen in plaatsgevonden, op drie verschillende locaties (PD 1, 2 en 3). De verdachte had het feit ontkend en subsidiair een beroep op noodweer gedaan. Het gerechtshof had de verdachte veroordeeld. Ten aanzien van het beroep op noodweer had het gerechtshof overwogen:

> 'Hiervoor is vastgesteld dat verdachte en [medeverdachte] in de Opel Signum, kort na de eerste confrontatie met [slachtoffer 1] op PD 1, op PD 2 een nieuwe confrontatie met [slachtoffer 1] hebben opgezocht of op zijn minst niet uit de weg zijn gegaan en dat zij, met drie vuurwapens en een kogelwerend vest in hun bezit, hun auto op betrekkelijk korte afstand van de Fiat 500 met [slachtoffer 1] hebben stilgezet, dat vanuit de voertuigen vrij zicht was op het andere voertuig en dat daarna over en weer is geschoten.
> Een van de getuigen heeft verklaard dat hij de Fiat 500 en de Volkswagen Jetta enkele seconden op PD 2 naast elkaar zag stilstaan, dat hij de Volkswagen slingerend naar achteren zag rijden terwijl hij tegelijkertijd schoten hoorde. Ook dat wijst niet op een verdedigende actie van de zijde van verdachte en [medeverdachte]. Verdachte heeft bovendien ontkend te hebben geschoten of het schieten te hebben willen medeplegen. Er komt hem onder de gegeven omstandigheden geen beroep op noodweer toe en het hof verwerpt het verweer.'

Niet duidelijk, zo blijkt ook uit de behandeling van het cassatiemiddel waarin tegen dit oordeel wordt opgekomen, is of het gerechtshof het beroep op noodweer heeft verworpen (1) omdat de gedragingen niet als verdedigend, maar in de kern als aanval-

lend moeten worden gezien, (2) omdat sprake is geweest van 'culpa in causa' of (3) omdat de verdachte het feit heeft ontkend. De Hoge Raad ging dan ook op alle drie deze mogelijkheden in. Ten aanzien van of de gedragingen niet als verdedigend, maar in de kern als aanvallend moeten worden gezien, zette de Hoge Raad eerst (*r.o.* 2.3) uiteen dat

> '[e]en beroep op noodweer niet [kan] worden aanvaard ingeval de gedraging van degene die zich op deze exceptie beroept, noch op grond van diens bedoeling, noch op grond van de uiterlijke verschijningsvorm van zijn gedraging kan worden aangemerkt als "verdediging", maar – naar de kern bezien – als aanvallend moet worden gezien, bijvoorbeeld gericht op een confrontatie of deelneming aan een gevecht'.

Vervolgens overwoog de Hoge Raad ten aanzien van dit punt:

> '2.4.1. Het Hof heeft aan de verwerping van het beroep op noodweer ten grondslag gelegd dat de verdachte en de medeverdachte [medeverdachte] kort na de confrontatie op PD1, "op PD2 een nieuwe confrontatie met [slachtoffer 1] hebben opgezocht of op zijn minst niet uit de weg zijn gegaan". Daarbij heeft het Hof in het bijzonder van belang geacht dat de verdachte en de medeverdachte, met drie vuurwapens en een kogelwerend vest in hun bezit, hun auto op betrekkelijk korte afstand van de Fiat 500 met daarin [slachtoffer 1] hebben stilgezet, dat vanuit de voertuigen vrij zicht was op het andere voertuig en dat daarna over en weer is geschoten. Het Hof heeft voorts overwogen dat de verklaring van een getuige die inhoudt dat de Fiat 500 en de Volkswagen Jetta enkele seconden op PD 2 naast elkaar stilstonden en dat daarna de Volkswagen slingerend naar achteren is gereden terwijl de getuige tegelijkertijd schoten hoorde, ook niet duidt op een "verdedigende actie van de zijde van de verdachte en [medeverdachte]".
> 2.4.2. Indien het Hof aldus heeft geoordeeld dat de gedragingen van de verdachte niet als verdedigend maar – in de kern – als aanvallend moeten worden gezien en dat het beroep op noodweer daarop afstuit, is dat oordeel niet zonder meer begrijpelijk. Blijkens de bewijsvoering heeft het Hof vastgesteld dat op PD2 niet alleen vanuit de Opel Signum, met daarin de verdachte en de medeverdachte, is geschoten op de Fiat 500, maar dat eveneens is geschoten op de Opel Signum, terwijl – mede gelet op de voor het bewijs gebruikte verklaringen van de verdachte (bewijsmiddelen 1 en 7), die inhouden dat de verdachte op PD2 werd beschoten en dat er werd teruggeschoten – niet is komen vast te staan dat de verdachte en/of [medeverdachte] als eerste heeft/hebben geschoten.'

3 Gebruik en de daaruit af te leiden rol van de uiterlijke verschijningsvorm

Voor een geslaagd beroep op noodweer, noodweerexces en putatief noodweer[5] moet blijkens artikel 41 Sr de gedraging geboden zijn door de noodzakelijke 'verdediging' van eens anders lijf, eerbaarheid of goed. In de door mij geanalyseerde rechtspraak wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om vast te stellen of sprake is van verdedigend optreden. Ik bespreek het gebruik dat daarvoor wordt gemaakt van de uiterlijke verschijningsvorm in paragraaf 3.1. Omdat ik op conclusies ben gestuit waarin AG's de uiterlijke verschijningsvorm gebruiken in het kader van het bestanddeel,[6] zal ik in paragraaf 3.2 bespreken in hoeverre dat weerklank vindt in de jurisprudentie van de Hoge Raad.

3.1 Verdediging

3.1.1 Bestanddeel 'verdediging'

De uitspraken *Afrollen* ('heeft kennelijk niet aannemelijk geacht dat sprake was van een onmiddellijk dreigend gevaar voor O., waartegen een noodzakelijke verdediging door de verdachte geboden was') en *Uitgaansgeweld* ('Het oordeel van het Hof dat het beroep op noodweer(exces) moet worden verworpen omdat de gedraging van de verdachte niet geboden is geweest ter noodzakelijke verdediging tegen een wederrechtelijke aanranding') wekken de indruk dat de uiterlijke verschijningsvorm wordt geplaatst bij het vereiste dat de gedraging moet zijn 'geboden door de noodzakelijke verdediging'. Bedacht moet evenwel worden dat in deze uitspraken de verschillende vereisten van noodweer niet duidelijk onderscheiden worden.

In het *Fietswiel*-arrest – het arrest waarmee de uiterlijke verschijningsvorm wordt geïntroduceerd bij noodweer – wordt de uiterlijke verschijningsvorm bij het bestanddeel 'verdediging' geplaatst ('Blijkens de wettelijke omschrijving van noodweer gaat het bij deze strafuitsluitingsgrond om de "verdediging" van bepaalde rechtsgoederen tegen een (wederrechtelijke) aanranding.'). Nu de passage over de uiterlijke verschijningsvorm in het *Overzichtsarrest noodweer(exces)* eveneens wordt geplaatst onder het kopje 'Verdediging van specifieke rechtsgoederen', neem ik aan dat de uiterlijke verschijningsvorm een rol speelt bij het bestanddeel 'verdediging van eens anders lijf, eerbaarheid of goed'.[7]

---

5 In verband met de leesbaarheid, zal ik in dit hoofdstuk alleen de term noodweer gebruiken. Tenzij anders aangegeven, wordt daaronder ook begrepen noodweerexces en putatief noodweer.

6 De Hullu 2018, p. 326; Rozemond 2011, p. 114.

7 Vgl. Van Verseveld 2016; De Hullu 2018, p. 321; Kelk & De Jong 2019, p. 374.

3.1.2 *De te beantwoorden vraag: Is er sprake van een aanval?*

Blijkens die jurisprudentie kan een beroep op noodweer niet slagen

> 'ingeval de gedraging van degene die zich op deze exceptie beroept, noch op grond van diens bedoeling, noch op grond van de uiterlijke verschijningsvorm van zijn gedraging kan worden aangemerkt als "verdediging", maar – naar de kern bezien – als aanvallend moet worden gezien, bijvoorbeeld gericht op een confrontatie of deelneming aan een gevecht'.[8]

Aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm wordt dus de vraag beantwoord of in de kern (geen) sprake is van een *aanval* door de verdachte. Ik kom hierop in paragraaf 3.1.5 uitgebreid terug.

3.1.3 *Object van de uiterlijke verschijningsvorm: de gedraging*

Blijkens de hiervoor geciteerde *Fietswiel*-formule gaat het om de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. De gedraging is dus het object van de uiterlijke verschijningsvorm.

3.1.4 *Plaats in het beslissingsschema van artikel 350 Sv: strafuitsluitingsgronden*

Omdat noodweer, noodweer(exces) en putatief noodweer strafuitsluitingsgronden zijn, heeft de uiterlijke verschijningsvorm bij dit leerstuk een rol bij de derde hoofdvraag van artikel 350 Sv, de vraag naar strafuitsluitingsgronden.[9]

De uiterlijke verschijningsvorm wordt daar gebruikt bij de beantwoording van de vraag of een bepaalde gedraging kan worden geplaatst onder een voorwaarde voor noodweer. De uiterlijke verschijningsvorm wordt dus gebruikt bij de beantwoording van de vraag of een gedraging kan worden 'aangemerkt'[10] als aanvallend. Het gaat daarmee om de juridische duiding van de gedraging.

---

8 Waar in het hiernavolgende wordt gesproken over de '*Fietswiel*-formule' wordt deze zinsnede bedoeld.

9 In de (oudere) literatuur wordt nog wel eens een onderscheid gemaakt tussen rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden, waarbij de rechtvaardigingsgronden onder de tweede hoofdvraag worden geschaard en de schulduitsluitingsgronden onder de derde hoofdvraag. Ik volg hier de (inmiddels) in de literatuur heersende opvatting dat tussen de rechtvaardigingsgronden en de strafuitsluitingsgronden geen scherp onderscheid kan worden gemaakt en dat zij om die redenen gezamenlijk bij de derde hoofdvraag zouden moeten worden beantwoord. Zie o.a.: Koopmans 2017, p. 38-39; Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 911; De Hullu 2018, p. 297-299.

10 Dit woord wordt ook in de *Fietswiel*-formule gebruikt.

3.1.5 Rol: de uiterlijke verschijningsvorm als methode en (tegen)vermoeden

In paragraaf 3.1.3 kwam al aan de orde dat de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt om gedragingen onder een bestanddeel van noodweer te plaatsen. Daarmee is de uiterlijke verschijningsvorm een *methode* om een gedraging onder een bestanddeel te plaatsen.

De uiterlijke verschijningsvorm maakt onderdeel uit van een formule, waarin ook de bedoeling van de verdachte een rol speelt. Voordat de rol van de uiterlijke verschijningsvorm kan worden bepaald, zal daarom eerst de rol van de formule als geheel duidelijk moeten zijn. Ik zal daarom eerst de rol van de *Fietswiel*-formule bespreken (paragraaf 3.1.5.1). Vervolgens zal worden beschreven wat binnen deze formule de verhouding tussen de bedoeling van de verdachte en de uiterlijke verschijningsvorm is (paragraaf 3.1.5.2). Op basis daarvan zal ik komen tot een duiding van de rol van de uiterlijke verschijningsvorm is (paragraaf 3.1.5.3).

3.1.5.1 Het aanvallende karakter van de gedraging: een correctie op een vermoeden en een verwerpingsgrond

De uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt bij het bestanddeel 'verdediging'. Wat tegen die achtergrond opvalt in de *Fietswiel*-formule is dat de nadruk daarin niet zozeer ligt op of sprake is van een *verdedigende* gedraging, maar op of (geen) sprake is van een in de kern *aanvallende* gedraging. Dat de nadruk ligt op of (geen) sprake is van een in de kern *aanvallende* gedraging, impliceert dat de Hoge Raad er in een 'noodweersituatie' in beginsel van uitgaat dat sprake is van 'verdediging'. Dit betekent dat niet steeds als positief vereiste hoeft te worden vastgesteld of sprake is van een verdediging, maar dat in een noodweersituatie wordt verondersteld dat daarvan sprake is.[11] Er is dus sprake van een *vermoeden*. Pas wanneer blijkt dat de gedraging in de kern aanvallend was, kan dit een beroep op noodweer (in een noodweersituatie) in de weg staan.

Uit de gebruikte woorden ('een beroep op noodweer kan niet worden aanvaard') leid ik af dat sprake is van een dwingend karakter. Als sprake is van een naar de kern aanvallende gedraging, kan een beroep op noodweer nimmer slagen. Om die reden zou ik niet willen spreken van een contra-indicatie – een contra-indicatie impliceert immers een bepaalde afwegingsruimte – maar van een correctie op het vermoeden.[12] Dat de verdachte een aanvallende gedraging verrichte vormt dus een correctie op het vermoeden dat de

11 Om deze reden kan ik mij niet zonder meer vinden in het standpunt dat de Hoge Raad een 'verdedigingswil' vereist voor een beroep op noodweer, zoals door Jansen wordt betoogd (zie Jansen 2015). In een noodweersituatie wordt er in principe vanuit gegaan dat de verdachte zich verdedigde. Dat is slechts anders als overduidelijk is dat dat niet zo was. In hoeverre daarbij de gedraging leidend is of de bedoeling, komt aan de orde in par. 3.1.5.2.

12 De Hullu spreekt van een 'bescheiden correctiefactor'; zie De Hullu 2018, p. 321-322.

verdachte zich verdedigde. Blijkens de *Fietswiel*-uitspraak ('Die vaststelling (…) draagt de verwerping van het beroep op noodweer, noodweerexces en putatief noodweer zelfstandig'; zie in soortgelijke zin de *Portiek*-uitspraak) kan het aanvallende karakter van de gedraging een afwijzing van het beroep op noodweer zelfstandig kan dragen. Het aanvallende karakter van de gedraging is dus ook een *zelfstandige verwerpingsgrond* voor noodweer.[13]

3.1.5.2 Verhouding tussen de bedoeling en de uiterlijke verschijningsvorm: de uiterlijke verschijningsvorm centraal

Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een in de kern aanvallende gedraging speelt naast de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging ook de bedoeling van de verdachte een rol. Uit de *Fietswiel*-formule blijkt niet duidelijk wat de verhouding tussen deze twee 'factoren' is. De woorden 'noch (…) noch' kunnen er op duiden dat sprake is van twee cumulatieve vereisten om een beroep op noodweer te kunnen *af*wijzen, maar zij kunnen evengoed (slechts) impliceren dat sprake is van twee afzonderlijke factoren waarnaar gekeken kan of moet worden.

Cumulatieve vereisten?

Het gerechtshof had in de uitspraak die ter beoordeling van de Hoge Raad voorlag in het *Portiek*-arrest overwogen:

> 'De gedraging van verdachte, kort gezegd: het schieten op G. terwijl G. niet de confrontatie zocht met verdachte, maar juist van hem wegliep, is er integendeel één, die naar haar uiterlijke verschijningsvorm kan worden aangemerkt als aanvallend. Het hof verwerpt het verweer.'

Daarmee had het gerechtshof zich beperkt tot een beoordeling van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. Aan de (subjectieve) bedoeling van de verdachte had het hof geen aandacht besteed. De uitspraak van het gerechtshof werd niet gecasseerd. Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad wel aanleiding zag om de overweging van het gerechtshof verbeterd te lezen. De Hoge Raad merkte immers in rechtsoverweging 3.5 op dat

> 'in diezelfde vaststellingen [SA: van het gerechtshof] besloten ligt dat de gedraging van de verdachte ook op grond van de bedoeling van de verdachte zijn gedraging als aanvallend moet worden aangemerkt'.

Deze 'verbetering' kan zo worden opgevat dat niet mag worden volstaan met alleen een beoordeling van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. Er moet ook (altijd) aandacht worden besteed aan de bedoeling van de verdachte. Pas als beide – zowel de bedoeling als de uiterlijke verschijningsvorm

13 Vgl. de noot van Rozemond bij de *Portiek*-uitspraak van Van Verseveld 2016.

van de gedraging – aanvallend zijn, kan een beroep op noodweer worden afgewezen. Dit zou betekenen dat de uiterlijke verschijningsvorm en de bedoeling cumulatieve vereisten zijn om een beroep op noodweer *af* te wijzen.[14]

Subjectieve bedoeling staat voorop?
De overweging van de Hoge Raad kan ook anders worden begrepen. In de *Portiek*-uitspraak had de verdachte uitvoerige verklaringen afgelegd, ook over wat er in hem was omgegaan ten tijde van het feit. De strekking van die verklaringen was dat hij zich had willen verdedigen. Het gerechtshof was aan deze verklaringen voorbijgegaan en had alleen de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging betrokken bij zijn oordeel. Mogelijk heeft de Hoge Raad met zijn verwijzing naar de bedoeling van de verdachte tot uitdrukking willen brengen dat wanneer door een verdachte uitvoerig is verklaard over zijn bedoeling, door de rechter in zijn uitspraak tot uitdrukking moet worden gebracht waarom wordt voorbijgegaan aan die verklaringen. Dat zou kunnen betekenen dat de (subjectieve) bedoeling van de verdachte vooropstaat. Pas als (geloofwaardige) verklaringen ontbreken, kan worden teruggevallen op de uiterlijke verschijningsvorm.[15]

De uiterlijke verschijningsvorm centraal?
Wat opvalt in de *Portiek*-uitspraak is dat de Hoge Raad de bedoeling niet afleidde uit de verklaringen van de verdachte, maar uit 'diezelfde vaststellingen'. Met deze woorden verwees de Hoge Raad naar de feitelijke vaststellingen die ten grondslag lagen aan het oordeel van het gerechtshof dat de gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm kon worden aangemerkt als aanvallend. Dit lijkt te impliceren dat aan de verklaringen van de verdachte voorbij kan worden gegaan op basis van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. Blijkens de overige arresten kan bovendien kan in gevallen waarin er minder uitvoerig wordt verklaard, vrij probleemloos worden volstaan met de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging.[16] Zo werd in de uitspraken *Fietswiel*, *Afrollen*, *Vuist* en *Auto* helemaal geen aandacht besteed aan de subjectieve bedoeling van de verdachte. De bedoeling van de verdachte wordt afgeleid uit de uiterlijke verschijningsvorm.[17] Dit wekt bij mij de indruk dat de uiterlij-

14 Vgl. Verseveld 2016 en de noot van Rozemond bij de *Portiek*-uitspraak.
15 Dit is de uitleg die Machielse aan de jurisprudentie van de Hoge Raad geeft. Zie NLR, art. 41, aant. 8.
16 Vgl. Van Verseveld 2016 die stelt dat strenge eisen voor het vaststellen van de bedoeling van de gedraging ontbreken wanneer die gedraging naar de uiterlijke verschijningsvorm aanvallend is.
17 In de *Cafédeur*-uitspraak, waarin de verdachte eveneens uitvoerig had verklaard, werd weliswaar gecasseerd onder verwijzing naar de verklaring van de verdachte, maar dat leek er voornamelijk mee te maken te hebben dat het gerechtshof die verklaring ten aanzien van de feitelijke toedracht aannemelijk had geacht, maar tot een oordeel was gekomen (dat de verdachte zich had kunnen en moeten onttrekken aan de aanval) dat niet (zonder meer) strookte met (de feitelijke toedracht zoals uiteengezet in) die verklaring.

ke verschijningsvorm – en niet de bedoeling – een centrale rol speelt. Wat betekent dit voor de rol van de uiterlijke verschijningsvorm?

3.1.5.3 Rol: de uiterlijke verschijningsvorm als vermoeden

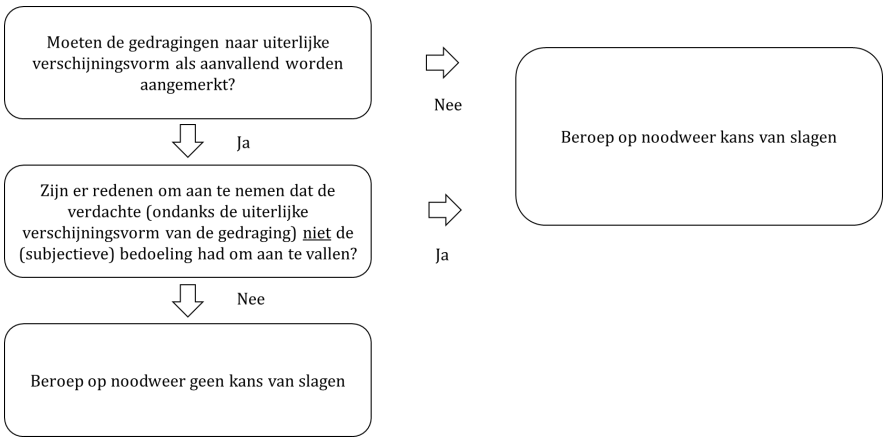
Op het voorgaande voortbouwend, is mijn indruk dat de jurisprudentie van de Hoge Raad het volgende inhoudt.

Wanneer sprake is van een 'ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding' (hierna: 'een noodweersituatie') wordt aangenomen dat de verdachte verdedigend heeft gehandeld (vermoeden). Op het moment dat de gedraging naar de uiterlijke verschijningsvorm als aanvallend moet worden aangemerkt, wordt dit vermoeden doorgeprikt.[18] Er ontstaat dan een nieuw vermoeden, namelijk dat de verdachte zich niet heeft willen verdedigen maar heeft willen aanvallen. Ook dit is, zoals het woord zegt, slechts een vermoeden. Wanneer uit (ander) bewijsmateriaal – bijvoorbeeld de verklaring van de verdachte – blijkt hij wel de bedoeling had zich te verweren, dan vormt dat een contra-indicatie die alsnog leidt tot het oordeel dat géén sprake is van een in de kern aanvallende gedraging. Het beroep op noodweer kan dan alsnog worden aanvaard. Uiteindelijk geeft de bedoeling van de verdachte (in theorie)[19] dus de doorslag, zij het dat daarnaar pas wordt gekeken op het moment dat er redenen zijn (de uiterlijke verschijningsvorm) om aan die bedoeling te twijfelen.

18 Vgl. Van Verseveld 2016, die meent dat 'deze verwerpingsgrond pas in beeld komt als de gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm aanvallend is'. Ook annotator Borgers lijkt het zo voor zich te zien dat bepaalde casusposities aanleiding geven om te onderzoeken of de verdachte de aanval heeft gezocht als hij stelt in zijn noot bij de *Afrollen*-uitspraak: 'Zeker indien het gaat om vechtpartijen, is het nuttig om het al dan niet bestaan van de verdedigingswil centraal te stellen. (…) Men zou dan kunnen zeggen dat ingeval van een vechtpartij wordt vermoed dat de gewelddadige handelingen die tijdens het gevecht plaatsvinden, aanvallend van aard zijn.'

19 Zie echter par. 4.1.7.

Voorgaande kan als volgt schematisch worden weergegeven:



Figuur 6

Dit brengt mij tot de stelling dat de uiterlijke verschijningsvorm bij noodweer een vermoeden is (ten aanzien van de bedoeling van de verdachte).

Deze bevinding sluit in zoverre aan bij de bestaande 'bewijs'-systematiek[20] van noodweer, dat bij noodweer vaker gebruikt wordt gemaakt van 'vermoedens'. In gevallen waarin de betrokkene stelt geweld te hebben gebruikt ter verdediging, wordt blijkens de Aanwijzing handelswijze bij beroep op noodweer (2010A030) – in het bijzonder in situaties waarin het incident heeft plaatsgevonden in de eigen woning of in het bedrijf waar de betrokkene werkt – aangenomen dat sprake is van noodweer. In het Wetboek van Strafrecht van Curaçao is dit vermoeden zelfs wettelijke verankerd.[21] In artikel 1:114, tweede lid, van dat wetboek is bepaald:

> 'De verdediging, bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, wordt voorondersteld noodzakelijk te zijn, behoudens voor zover het tegendeel blijkt, indien de aanrander ten tijde van of direct voorafgaand aan de aanranding het misdrijf van artikel 2:65 begaat of heeft begaan, met dien verstande, dat het in dat artikel bedoelde 'erf' hier dient te worden begrepen als de onmiddellijke nabijheid van de woning.'

20 Bij noodweer is geen sprake van 'bewijzen'; de strafuitsluitingsgrond moet aannemelijk worden gemaakt.

21 Met het initiatiefvoorstel-Teeven/Weekers (*Kamerstukken* 31 407, nr. 1-3) is beoogd (net als in andere landen als België) een soortgelijke bepaling in het Nederlandse Wetboek van Strafrecht te introduceren. Het wetsvoorstel is in 2008 ingediend en ligt stil. De initiatiefnemers zijn geen lid meer van de Tweede Kamer en de behandeling van hun voorstel is niet overgenomen door andere Kamerleden.

Blijkens deze bepaling zijn contra-indicaties ('behoudens voor zover het tegendeel blijkt') ten aanzien van het wettelijke vermoeden mogelijk. Ook dat is dus niet nieuw bij noodweer.

In dit verband kan eveneens worden gewezen op de Aanwijzing handelwijze geweldsaanwending (politie)ambtenaar (2006A007) van het OM.[22] Op grond van die aanwijzing (zie onder 4.3) wordt ten aanzien van een politiefunctionaris die geweld heeft gebruikt 'uitgegaan van een gelegitimeerd gebruik van de geweldsbevoegdheid'. Pas als daar 'gerede twijfel' over bestaat, wordt de politiefunctionaris als verdachte aangemerkt. Ook in deze situatie wordt dus gewerkt met een vermoeden dat de verdachte een beroep op een strafuitsluitingsgrond toekomt, tenzij er contra-indicaties daarvoor zijn.

3.1.6 Beperking tot bepaalde gevallen?

Zoals hiervoor werd beschreven hoeft niet steeds te worden getoetst of sprake is van 'verdediging'. Dit wordt in een 'noodweersituatie' verondersteld. De *Fietswiel*-formule komt pas in beeld op momenten waarop er aanwijzingen zijn dat de gedraging van de verdachte was gericht op de aanval (en niet op verdediging). De uiterlijke verschijningsvorm wordt, alleen al om die reden, niet in alle uitspraken over noodweer gebruikt. Daar komt nog bij dat als een beroep op noodweer om andere redenen faalt, evenmin aandacht hoeft te worden besteed aan een eventueel aanvallend karakter van de gedraging.

Dat neemt niet weg dat de *Fietswiel*-formule algemene gelding lijkt te hebben, in die zin dat zij in alle casus waarin de vraag aan de orde is of de verdachte zich heeft 'verdedigd' wordt gebruikt. De Hoge Raad stelt de *Fietswiel*-formule in die uitspraken steeds voorop, terwijl in de formule zelf geen beperkingen worden aangebracht ten aanzien van de gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm een rol speelt. Ook uit het gegeven dat de formule met de uiterlijke verschijningsvorm in het *Overzichtsarrest noodweer-(exces)* een plek heeft gekregen in de 'Aan de beoordeling van de middelen voorafgaande beschouwing', kan worden afgeleid dat het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm een algemene gelding heeft. Dat geldt te meer nu de uiterlijke verschijningsvorm bij de beoordeling in het *Overzichtsarrest* verder geen rol speelt, omdat het beroep op noodweer om andere redenen faalt. De *Fietswiel*-formule wordt in dit arrest dus uitsluitend genoemd om het beoordelingskader van noodweer compleet te maken, zo lijkt het.

De door mij aan het begin van dit hoofdstuk beschreven uitspraken hebben weliswaar steeds betrekking op geweldsmisdrijven (mishandeling, openlijke geweldpleging en doodslag), maar daaraan kan niet de conclusie worden verbonden dat de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging (bij noodweer) alleen bij dergelijke misdrijven een rol kan spelen. Hoewel in beginsel bij ieder

22 Deze aanwijzing wordt mogelijk aangepast als het wetsvoorstel geweldsaanwending opsporingsambtenaar (*Kamerstukken* 34 641) is aanvaard en in werking treedt.

strafbaar feit een beroep op noodweer zou kunnen worden gedaan, speelt deze strafuitsluitingsgrond in de praktijk nu eenmaal vooral bij geweldsdelicten.

3.1.7 Samenvattende bevindingen over het gebruik en de rol van de uiterlijke verschijningsvorm bij het bestanddeel 'verdediging'

De figuur van de uiterlijke verschijningsvorm speelt bij noodweer een rol bij de beantwoording van de vraag of sprake is van verdediging van bepaalde rechtsgoederen in de zin van artikel 41 Sr (zie paragraaf 3.1.1). Mede aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging (paragrafen 3.1.2 en 3.1.5.1) wordt niet de vraag beantwoord of die gedraging naar zijn aard verdedigend is, maar of de gedraging in de kern als *aanvallend* moet worden aangemerkt. Dat de nadruk ligt op of (geen) sprake is van een in de kern aanvallende gedraging, impliceert dat de Hoge Raad er in een noodweersituatie in beginsel van uitgaat dat sprake is van 'verdediging'. Dit betekent dat niet steeds als positief vereiste hoeft te worden vastgesteld of sprake is van verdedigende gedraging. Pas wanneer wordt vastgesteld dat de gedraging in de kern aanvallend was, staat dit aan een beroep op noodweer in de weg, zo kan uit de *Fietswiel*-formule worden afgeleid. Het aanvallende karakter van de gedraging vormt daarmee zowel een *correctie* op het vermoeden dat de verdachte handelde ter verdediging als een *zelfstandige verwerpingsgrond* voor noodweer (paragraaf 3.1.5.1).

Bij de beantwoording van de vraag of een gedraging naar de kern als aanvallend moet worden aangemerkt, speelt niet alleen de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging een rol, maar ook de bedoeling van de verdachte. Hoewel de jurisprudentie op dit punt niet zonder meer duidelijk is, meen ik na zorgvuldige bestudering van de jurisprudentie dat het als volgt zit. Wanneer sprake is van een noodweersituatie wordt, zoals gezegd, aangenomen dat de verdachte verdedigend heeft gehandeld (vermoeden). Op het moment dat de gedraging naar de uiterlijke verschijningsvorm als aanvallend moet worden aangemerkt, wordt dit vermoeden doorgeprikt. Er ontstaat dan een nieuw vermoeden, namelijk dat de verdachte zich niet heeft willen verdedigen maar heeft willen aanvallen. Ook dit is, zoals het woord zegt, slechts een vermoeden. Wanneer uit (ander) bewijsmateriaal – bijvoorbeeld de verklaring van de verdachte – blijkt hij wel de (subjectieve) bedoeling had zich te verweren, dan vormt dat een contra-indicatie die alsnog leidt tot het oordeel dat géén sprake is van een in de kern aanvallende gedraging. Het beroep op noodweer kan dan alsnog worden aanvaard. Uiteindelijk geeft de bedoeling van de verdachte dus (in theorie) de doorslag, zij het dat daarnaar pas wordt gekeken op het moment dat er redenen zijn (de uiterlijke verschijningsvorm) om aan die bedoeling te twijfelen. In paragraaf 3.1.5.3 heb ik dit schematisch weergegeven. Vorenstaande betekent dat de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging een *vermoeden* oplevert.

De uiterlijke verschijningsvorm is niet alleen een vermoeden, maar ook een *methode* om de gedraging van de verdachte onder een voorwaarde voor noodweer te plaatsen (paragraaf 3.1.5). Omdat de uiterlijke verschijningsvorm een strafuitsluitingsgrond is, wordt deze methode toegepast in het kader van de derde vraag van het beslissingsschema van artikel 350 Sv.

3.2 Ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding

Noodweer kan, blijkens artikel 41 Sr, slechts aan de orde zijn in gevallen waarin sprake is van een 'ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding'. In mijn onderzoek ben ik verschillende conclusies tegengekomen waarin AG's bij de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm (ook) gebruiken om vast te stellen of sprake is van een dergelijke noodweersituatie. Zo merkte AG Bleichrodt in een conclusie bij een zaak waarin de verdachte stelde dat hij iemand pas had geslagen nadat die hem eerst had geduwd, op:

> 'De Hullu schrijft in zijn handboek in dit verband dat er "in de ogen van een derde of naar uiterlijke verschijningsvorm beschouwd een onmiddellijke dreiging voor een daadwerkelijke aanranding moet zijn" en dat in dat verband "de beleving van de verdediger niet van doorslaggevend belang is".'[23]

Blijkens de verwijzing naar het handboek van De Hullu is dat handboek de bron van dit gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm is.[24] Noch in de conclusies van de AG's, noch in het handboek van De Hullu ben ik evenwel verwijzingen naar rechtspraak van de Hoge Raad tegengekomen waarin de uiterlijke verschijningsvorm op deze wijze wordt gebruikt.[25] Ook in mijn onderzoek ben ik dergelijke uitspraken niet tegengekomen. Blijkens bestendige jurisprudentie van de Hoge Raad – en in het bijzonder het *Overzichtsarrest noodweer(exces)* – moet bij de beoordeling of sprake is van een noodweersituatie worden gekeken naar of

> 'de gestelde aanranding in redelijkheid beschouwd zodanig bedreigend is voor de verdachte dat deze kan worden aangemerkt als een ogenblikkelijke aanranding in de zin van art. 41 Sr'.

---

23 Zie de conclusie van 13 oktober 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BJ3255, onder 3.3. Zie in soortgelijke zin o.a.: de conclusie van AG Bleichrodt bij HR 26 mei 2015, ECLI:NL:PHR:2015:668, *NJ* 2015/271, onder 37; de conclusie van AG Harteveld van 13 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:949, onder 3.8; conclusie van AG Hofstee van 10 april ECLI:NL:PHR:2018:313, onder 8.

24 Zie De Hullu 2018, p. 326.

25 Rozemond pleit ervoor om de uiterlijke verschijningsvorm toe te passen in het kader van dit bestanddeel, maar erkent dat de figuur nog niet op deze wijze wordt toegepast. Rozemond 2011, p. 11. Zie ook hfdst. 1, par. 3.4.1.

Ik kom gelet op bovenstaande tot de conclusie dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm (voorlopig) niet wordt gebruikt bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een noodweersituatie.

4 INVULLING VAN DE UITERLIJKE VERSCHIJNINGSVORM

In paragraaf 3.1 bleek dat de uiterlijke verschijningsvorm een vermoeden oplevert dat een gedraging niet 'verdedigend' maar naar de kern bezien als 'aanvallend' moet worden aangemerkt. In paragraaf 4.1 bespreek ik welke omstandigheden worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. In verband met het beperkte aantal uitspraken zal ik – anders dan bij poging en opzet – niet eerst per delict(type) bespreken welke omstandigheden bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken.[26] Dat ligt overigens bij noodweer meer algemeen minder voor de hand, omdat bij noodweer niet centraal staat of de verdachte een bepaald delict heeft gepleegd – dat staat reeds vast – maar (in het kader van de uiterlijke verschijningsvorm) met welk achterliggend doel hij dat delict heeft gepleegd (verdediging of aanval). In paragraaf 4.2 sta ik stil bij enkele overkoepelende noties over de omstandigheden. Omdat een aantal door mij gevonden omstandigheden overlap vertonen met omstandigheden die relevant zijn voor andere aspecten van noodweer zal ik in paragraaf 4.3 ingaan op de verhouding tussen de aanvallende gedraging als verwerpingsgrond en de vereisten uit het noodweerschema.

4.1 Omstandigheden

Kernachtig samengevat lijkt de jurisprudentie van de Hoge Raad erop neer te komen dat sprake is van een 'aanvallende gedraging' op het moment dat de verdachte zelf de 'agressor' is. Bij de beoordeling of daarvan sprake is wordt een aantal omstandigheden betrokken. Ik bespreek deze omstandigheden hier eerst afzonderlijk (paragrafen 4.1.1-4.1.8). Vervolgens zal ik stilstaan bij de verhouding tussen die omstandigheden en de drempel die de uiterlijke verschijningsvorm opwerpt (paragraaf 4.1.9).

4.1.1 Alleen vechtpartijen

Voordat ik op de omstandigheden inga, constateer ik meer overkoepelend over de hier te bespreken zaken dat steeds sprake is van vechtpartijen. Het gaat daarbij steeds om (enigszins) diffuse situaties, waarin de verdachte en het slachtoffer zich over en weer agressief naar elkaar gedragen en waarin niet steeds duidelijk is wie wat precies wanneer deed. Het lijkt er daarmee

26 Zie ook hfdst. 1, par. 7.

op dat de uiterlijke verschijningsvorm (tot op heden in ieder geval) alleen als verwerpingsgrond wordt gebruikt bij vechtpartijen. Ik ga hierop in paragraaf 4.3.2 nader in. De hierna te bespreken omstandigheden lijken daarbij van belang bij het oordeel of sprake is van een in de kern aanvallende gedraging van de zijde van de verdachte of niet.

4.1.2 De verdachte benaderde zelf het slachtoffer

In alle uitspraken werd bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken dat de verdachte zelf het slachtoffer benaderde, dat de verdachte zich zelf naar het slachtoffer toe bewoog. Hier laten zich twee situaties onderscheiden.

De eerste situatie houdt in dat de verdachte de initiator van het contact was. Dit was aan de orde in de *Uitgaansgeweld*-uitspraak. De verdachte was zelf op het slachtoffer afgestapt, zo werd ook overwogen ('door naar het slachtoffer toe te gaan'). Iets soortgelijks was aan de hand in de *Afrollen*-uitspraak, waarin de verdachten achter het slachtoffer aan naar buiten waren gelopen. Ook daar hadden de verdachten dus het slachtoffer benaderd. De verdachte had zich bovendien zelf, na zich eerst afzijdig te hebben gehouden, in het gevecht begeven.

De tweede situatie houdt in dat de verdachte zichzelf eerst van de situatie verwijderde, maar er vervolgens in terugkeerde. Het meest expliciet komt dit aan de orde in de *Fietswiel*-uitspraak. Daar werd immers meegewogen dat de verdachte eerst was teruggedeinsd en toen zelf het slachtoffer weer benaderde ('eerst terugdeinzen, vervolgens V. benaderen'). Ook in de *Portiek*-uitspraak had de verdachte, nadat hij zich eerst van de situatie had verwijderd, vervolgens zelf het slachtoffer weer benaderd. Het gerechtshof overwoog dat de noodweersituatie was geëindigd nadat de verdachte zijn aanvallers – waaronder het latere slachtoffer – uit de portiek had verjaagd. Vervolgens was de verdachte naar de opslagruimte van zijn coffeeshop gegaan. De verdachte had zich daarmee verwijderd uit de situatie. Op dat moment was volgens het gerechtshof 'een nieuwe situatie ontstaan'. Het gerechtshof overwoog dat het latere slachtoffer (en anderen) blijkens de camerabeelden het slachtoffer niet hadden verhinderd om de opslagruimte binnen te gaan en niet achter de verdachte aan waren gegaan of hem buiten bij de deur hadden opgewacht. In de lezing van het gerechtshof benaderde de verdachte dus zelf het slachtoffer door (gewapend) naar buiten te komen. Een soortgelijke benadering volgde het gerechtshof in de uitspraak *IJmeerdijk*. Ook in die uitspraak maakte het gerechtshof een onderscheid tussen twee fasen. In de eerste fase had het slachtoffer de verdachte benaderd, door naar hem toe te komen op het strand en dingen naar hem toe te gooien. In de tweede fase was het de verdachte

die zich naar het slachtoffer had toe bewogen.[27] Hij had hem achterna gezeten. In de *Schietpartij in Almere*-uitspraak had AG Keulen (zie diens conclusie onder 29) gewezen op het belang om vast te stellen of de verdachte zich (met het oog op confrontatie) naar het slachtoffer had toe bewogen.[28] Hij wees erop dat de het gerechtshof in deze zaak niet had vastgesteld dat de verdachte en de medeverdachte – na het eerste incident op plaats delict 1 – op zoek waren geweest naar de slachtoffer, maar dat het juist zo lijkt te zijn geweest dat de slachtoffers de verdachten hadden opgezocht. De verdachte hadden juist de wijk willen verlaten.

Uit voornoemde uitspraken kan worden afgeleid dat niet alleen het in eerste instantie opzoeken van de confrontatie, maar ook het in tweede instantie (opnieuw) opzoeken van de confrontatie – nadat de verdachte zich eerst van de situatie heeft verwijderd – een omstandigheid is die bijdraagt aan het oordeel dat de gedraging aanvallend was.[29] Voor een bespreking van de verhouding van deze omstandigheid tot culpa in causa zij verwezen naar paragraaf 4.3.

4.1.3 Het slachtoffer verwijderde zich van de situatie

In verschillende arresten werd bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken dat van het slachtoffer geen dreiging (meer) uitging, omdat het slachtoffer zich van de situatie had verwijderd. Dit speelde in ieder geval mee in de *Portiek*-uitspraak ('terwijl G. niet de confrontatie zocht met verdachte, maar juist van hem wegliep') en de uitspraak *IJmeerdijk*, waarin de verdachte het slachtoffer – dat wegrende – achterna had gezeten. Op dit punt verschillen de uitspraken *Portiek* en *IJmeerdijk* (afwijzing van beroep op noodweer bleef in stand) van het *Cafédeur*-arrest (afwijzing van beroep op noodweer werd vernietigd) waarin juist *de verdachte* zich had verwijderd uit de aanvankelijke situatie op straat, terwijl het vermeende slachtoffer achter hem aan was gegaan en hem tot in de hal van een café was gevolgd.

---

27 Hoewel het gerechtshof hier een duidelijk onderscheid maakte tussen twee fasen, is mijns inziens in deze uitspraak veel minder duidelijk dan in de andere uitspraken dat daarvan sprake is. Nergens blijkt uit dat de verdachte zich eerst van de situatie heeft verwijderd en er pas daarna weer in was teruggekeerd. Mogelijk speelde hier mee dat het slachtoffer zich wel uit de situatie had proberen te verwijderen (zie par. 4.1.3) en dat de verdachte het slachtoffer had uitgedaagd (zie par. 4.1.4).

28 Hij verwijst daarbij (zie voetnoot 10 bij de conclusie) naar enkele zaken die door de Hoge Raad op grond van artikel 81 RO zijn afgedaan en waarin deze omstandigheid eveneens een rol speelde.

29 Zie in soortgelijke zin (van voor de introductie van de uiterlijke verschijningsvorm): HR 24 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC8255, *NJ* 1990/353, m.nt. 't Hart (*Gezochte confrontatie*).

4.1.4 De verdachte gedroeg zich agressief

Een omstandigheid die in verschillende uitspraken wordt betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm is de agressiviteit van de gedraging. Zowel in de *Fietswiel*-uitspraak ('het vertonen van agressief gedrag tegenover V.') als het *Uitgaansgeweld*-arrest ('welke interventie jegens [slachtoffer] een intimiderend karakter had') werd deze omstandigheid expliciet genoemd. In de *Uitgaangsgeweld*-uitspraak werd dit 'agressieve karakter' mede gebaseerd op hetgeen de verdachte tegen het slachtoffer had gezegd ('wie aan hem zit, zit aan mij'). In de *Portiek*-uitspraak speelde de agressiviteit van de verdachte eveneens mee. Daar overwoog het gerechtshof dat de verdachte toen hij naar buiten kwam 'vrijwel direct' met het vuurwapen in de lucht had geschoten toen hij naar buiten kwam. In de uitspraak *IJmeerdijk* was blijkens de beschrijving van de feitelijke toedracht door het gerechtshof sprake van een ruzie en een provocatieve sfeer. De verdachte had daarbij zelf het slachtoffer 'uitgedaagd' ('Kom je nog?' had hij geschreven) om naar het strand te komen.

4.1.5 De verdachte deelde de 'eerste klap' uit

Een omstandigheid die in een aantal uitspraken wordt betrokken bij de beantwoording van de vraag of de gedraging van de verdachte in de kern een aanvallend karakter had, was wie 'de eerste klap' uitdeelde. In de *Afrollen*-uitspraak werd door het gerechtshof de omstandigheid genoemd dat 'medeverdachte O. zelf de confrontatie met de aangever U. heeft opgezocht en dat hij ook de eerste klap heeft uitgedeeld'.[30] In deze uitspraak was echter niet precies duidelijk waarom het beroep op noodweer werd afgewezen. Dat niet is komen vast te staan dat de verdachte of de medeverdachte als eerste heeft geschoten, is blijkens de overweging van de Hoge Raad in de *Schietpartij in Almere*-uitspraak, (een van) de belangrijkste reden(en) waarom in die uitspraak het oordeel van het gerechtshof werd gecasseerd. Ook in deze uitspraak was echter enigszins onduidelijk of het gerechtshof deze omstandigheid in het licht van het aanvallende karakter van de gedraging of in het licht van culpa in causa had gebruikt. Daarmee blijf enigszins onduidelijk in hoeverre deze omstandigheid in het licht van de uiterlijke verschijningsvorm van belang is. Mogelijk is zij ondersteunend aan het oordeel dat de verdachte zich agressief gedroeg en dat het de verdachte was die het slachtoffer benaderde (paragrafen 4.1.2 en 4.1.4).

30 Omdat sprake is van het openlijk in vereniging geweld plegen, kunnen ook de gedragingen van medeverdachten aan de verdachte worden toegerekend. Overigens is het in deze uitspraak niet helemaal duidelijk of deze omstandigheid wordt betrokken bij de beoordeling van het aanvallende karakter van de gedraging of bij de beoordeling of sprake is van een 'noodweersituatie'. Ik kom op dit onderwerp terug in par. 4.2.

4.1.6 Disproportionaliteit en subsidiariteit van de gedraging

In de *Uitgaansgeweld*-uitspraak werd bij de beoordeling van de gedraging betrokken dat de verdachte het slachtoffer met zijn vuist had geslagen, terwijl met een duw had kunnen worden volstaan. Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat de reactie van de verdachte niet proportioneel was. Omdat de Hoge Raad in zijn overweging niet duidelijk is over bij welk bestanddeel van noodweer het mis gaat ('[h]et oordeel van het Hof dat het beroep op noodweer(exces) moet worden verworpen omdat de gedraging van de verdachte niet geboden is geweest ter noodzakelijke verdediging tegen een wederrechtelijke aanranding'), is niet duidelijk of deze omstandigheid ook wordt betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. Mogelijk ondersteunt de disproportionaliteit van de gedraging het oordeel dat de verdachte zich agressief gedroeg (zie paragraaf 4.1.4).

In de *Cafédeur*-uitspraak had het gerechtshof bij zijn oordeel betrokken dat de verdachte de mogelijkheid onbenut had gelaten om het café in te gaan en zich zo te onttrekken aan de aanval. Het oordeel van het gerechtshof werd vernietigd, (mede) omdat uit hetgeen was bewezen ten aanzien van de feitelijke toedracht niet zonder meer kon volgen dat de verdachte inderdaad deze mogelijkheid had. Daardoor is niet duidelijk in hoeverre deze omstandigheid relevant is in het kader van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. Dat komt ook, omdat het hof uit het aanvallende karakter van de gedraging had afgeleid dat geen sprake was van een noodweersituatie. AG's zijn het niet eens over in hoeverre het niet onttrekken aan de situatie van belang is voor het oordeel dat de gedraging in de kern aanvallend was. Volgens AG Bleichrodt in zijn conclusie bij het Cafédeur-arrest (onder 15) wordt deze omstandigheid soms betrokken bij dat oordeel.[31] AG Keulen stelt daarentegen in zijn conclusie bij de uitspraak *Schietpartij in Almere* (onder 32) dat het niet uit de weg gaan van een confrontatie nog geen aanvallende gedraging impliceert. Kortom, onduidelijk is in hoeverre deze omstandigheid mag worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Ik ben in ieder geval geen uitspraken tegengekomen waarin de Hoge Raad dit deed. Zoals in paragraaf 4.3 nog aan de orde zal komen, vind ik het ook niet voor de hand liggen dat deze omstandigheid wordt betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm.

4.1.7 De bedoeling van de verdachte als contra-indicatie?

Ik ben geen uitspraken tegengekomen waarin (expliciet) aandacht was voor de subjectieve bedoeling van de verdachte (als contra-indicatie voor de uiterlijke verschijningsvorm). Dit roept de vraag op naar het praktische belang van

31 Hij verwijst ter onderbouwing daarvan overigens uitsluitend naar een (niet gepubliceerde) conclusie van AG Jörg en een verwijzing naar een uitspraak van een gerechtshof in een (eveneens niet gepubliceerde) conclusie van AG Hofstee.

deze contra-indicatie. Ten aanzien van één uitspraak, de *Portiek*-uitspraak, zou kunnen worden gezegd dat de bedoeling van de verdachte daar wel – zonder als zodanig genoemd te worden – een rol speelde. De Hoge Raad ging immers in die uitspraak expliciet in op de verklaringen die de verdachte had afgelegd. In dit geval werd echter voorbijgegaan aan die verklaringen op grond van dezelfde omstandigheden als die bij de uiterlijke verschijningsvorm werden betrokken, hetgeen – opnieuw – de vraag doet rijzen wat de praktische waarde van contra-indicaties is.

4.1.8 Belang van de omstandigheden en onderlinge verhouding: drempel van de uiterlijke verschijningsvorm

Opvallend is dat ik de uiterlijke verschijningsvorm alleen ben tegengekomen in uitspraken waarin sprake was van vechtpartijen. Ik ga hierop in paragraaf 4.3 nader in. Bij het oordeel of daarbij – van de zijde van de verdachte – sprake is van een aanvallende gedraging, wordt een aantal omstandigheden betrokken. De omstandigheden beschreven in de paragrafen 4.1.2-4.1.5 liggen min of meer in het verlengde van elkaar. Het zijn omstandigheden die aanwijzingen bevatten over wie de confrontatie (in eerste of in tweede instantie) opzocht: de verdachte of het slachtoffer. Uit de uitspraken blijkt niet of de aanwezigheid van een van deze omstandigheden op zichzelf voldoende is om een gedraging als aanvallend aan te merken. In alle door mij bestudeerde uitspraken waren in ieder geval meerdere van deze omstandigheden aan de orde. Zij werden in onderlinge samenhang bezien. In alle uitspraken waarin de verwerpingsgrond succesvol werd toegepast, waren in ieder geval de omstandigheden beschreven in paragraaf 4.1.2 (de verdachte benaderde het slachtoffer), paragraaf 4.1.3 (het slachtoffer verwijderde zich uit de situatie) en paragraaf 4.1.4 (de verdachte gedroeg zich agressief) aan de orde. Ik vermoed dan ook dat deze omstandigheden in ieder geval aanwezig moeten zijn om een gedraging als aanvallend te kunnen aanmerken. Het is daarmee duidelijk dat de uiterlijke verschijningsvorm een bepaalde ondergrens heeft. Dit wordt ondersteund doordat er ook uitspraken zijn waarin het oordeel van het gerechtshof niet begrijpelijk werd geoordeeld (*Cafédeur*, *Schietpartij in Almere*).

Ten aanzien van de omstandigheden beschreven in de paragrafen 4.1.5-4.1.6 is minder duidelijk of zij bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken. Dat gebeurt in ieder geval niet in alle uitspraken. Naar hun aard lijken deze omstandigheden – die overigens een overlap vertonen met vereisten uit het noodweerschema (zie paragraaf 4.3) – mij eerder ondersteunend dan leidend bij het oordeel. In geen van de uitspraken worden deze omstandigheden als enige genoemd. Zij zijn dus niet (op zichzelf) doorslaggevend.

4.2 Overkoepelende noties over de omstandigheden

De door mij gevonden omstandigheden betreffen objectieve omstandigheden. Deze omstandigheden betreffen niet alleen de fysieke gedraging van de verdachte. Ook omstandigheden waaruit blijkt van de context, zoals wat zich voorafgaande aan de gedraging heeft afgespeeld, worden bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken. De omstandigheden die ik ben tegengekomen zijn allemaal ter plaatse door een toeschouwer waar te nemen.

4.3 Verhouding tot andere bestanddelen van noodweer

Een aantal van de hiervoor genoemde omstandigheden doet denken aan omstandigheden die worden betrokken bij andere bestanddelen van noodweer. De omstandigheden dat de verdachte zelf het slachtoffer benadert (nadat die zich aan de situatie terug heeft onttrokken) en zelf de eerste klap uitdeelt, doen niet alleen denken aan culpa in causa (de verdachte heeft zelf schuld aan het ontstaan van de situatie), maar raken ook aan de vraag of wel sprake was van een 'noodweersituatie'.

Dat de verdachte niet proportioneel reageerde draagt mogelijk bij aan het oordeel dat de verdachte zich agressief gedroeg. De proportionaliteit van de reactie vormt echter ook een zelfstandig vereiste voor noodweer. De omstandigheid dat de verdachte zich had kunnen onttrekken aan de situatie betreft in feite het subsidiariteitsvereiste. Zoals hiervoor aan de orde kwam, is op grond van de jurisprudentie niet geheel duidelijk in hoeverre deze laatste twee omstandigheden ook daadwerkelijk worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm.

Op zichzelf hoeft het niet bezwaarlijk te zijn dat bepaalde omstandigheden relevant zijn voor meerdere vereisten voor noodweer. Een dergelijke 'overlap' roept wel de vraag op of de verschillende vereisten goed van elkaar te onderscheiden zijn en of het aanvallende karakter van de gedraging wel een duidelijke plaats heeft naast de vereisten uit het 'noodweerschema'.[32] Dat feitenrechters hiermee worstelen blijkt wel uit de uitspraken *Afrollen*, *Portiek*, *Cafédeur* en *Schietpartij in Almere*. In deze zaken hadden de gerechtshoven de beroepen op noodweer afgewezen, maar onduidelijk bleef op basis van welk vereiste van noodweer het precies mis was gegaan.

Ik leid uit de door mij geanalyseerde jurisprudentie af dat het aanvallende karakter van de gedraging wel degelijk een eigen plaats heeft bij noodweer

32 Vgl. Jansen 2015. Er moet blijkens het *Overzichtsarrest noodweer(exces)* sprake zijn van (1) de verdediging van specifieke rechtsgoederen en (2) 'ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding' (aanwezigheid noodweersituatie). Daarnaast moet de gedraging (3) zijn 'geboden door de noodzakelijke verdediging'. Dit laatste omvat de vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit. Daarnaast geldt nog de culpa in causa.

als zelfstandige verwerpingsgrond (zie paragraaf 3.1.5.1). De verwerpingsgrond onderscheidt zich niet alleen in theorie van de vereisten uit het noodweerschema, maar heeft ook een praktische meerwaarde.[33] Ik licht beide toe.

4.3.1 Theoretisch onderscheid

Verhouding tot vereiste van een wederrechtelijke aanranding en culpa in causa: tijdsaspect

In de uitspraken *Fietswiel*, *Uitgaansgeweld*, *Portiek* en *IJmeerdijk* was (mogelijk) aanvankelijk sprake van een wederrechtelijke aanranding van bepaalde rechtsgoederen ('noodweersituatie'). Uit de uitspraken *Fietswiel* en *Portiek* blijkt ook duidelijk dat de verdachte zich op zichzelf tegen die aanranding had mogen verdedigen. Waar het misgaat, is in de 'tweede fase', waarin de dreiging inmiddels is verdwenen. Dat is het moment waarop de verdachte zelf het slachtoffer opzoekt. Wat dit laat zien is dat hier een verschil bestaat ten aanzien van het 'tijdsaspect'. Het ontstaan van de noodweersituatie ligt – ten opzichte van de ten laste gelegde gedraging – in het verleden. Het aanvallende karakter van de gedraging moet evenwel worden beoordeeld naar het 'heden', het moment waarop de verdachte de ten laste gelegde gedraging pleegde. Daarmee is niet gezegd dat wat aan die gedraging voorafging niet betrokken kan worden bij de beoordeling van de gedraging, maar er is sprake van een principieel verschil.

Een soortgelijk verschil bestaat ten opzichte van culpa in causa. In de *Schietpartij in Almere*-uitspraak maakte de Hoge Raad een onderscheid tussen culpa in causa en het aanvallende karakter van de gedraging en geeft voor beide het eigen (toetsings)kader weer. De Hoge Raad merkte over culpa in causa op (rechtsoverweging 2.3) dat daarvan slechts sprake is in bijzondere omstandigheden, zoals wanneer de verdachte de situatie zelf heeft uitgelokt. De enkele omstandigheid dat de verdachte zich in een situatie heeft begeven waarin een agressieve reactie viel te verwachten is daartoe onvoldoende. Dit laat het verschil zien tussen culpa in causa en het verdedigende karakter van de gedraging. Culpa in causa ziet op de situatie waarin de verdachte er zelf voor zorgt dat een 'noodweersituatie' ontstaat, hij creëert die situatie zelf. Culpa in causa speelt dus op het moment waarop de (vermeende) 'noodweersituatie' ontstaat. Daarmee ligt culpa in causa ten opzichte van de in de tenlastelegging opgenomen gedraging in het verleden, terwijl het aanvallende karakter van de gedraging de in de tenlastelegging opgenomen gedraging betreft.[34]

---

33 Ik gebruik de term 'meerwaarde' hier in de zin dat de zelfstandige verwerpingsgrond iets toevoegt ten opzichte van de vereisten van het noodweerschema in de zin dat het ziet op situaties die niet kunnen worden geadresseerd door andere vereisten van het noodweerschema. Het betreft geen waardeoordeel in de zin van of dit een wenselijke toevoeging is. Daarop zal ik ingaan in mijn Slotbeschouwingen.

34 Zie in soortgelijke zin Knigge & Wolswijk 2015, p. 191-192.

Verhouding tot de proportionaliteitseis
In de uitspraak *Uitgaansgeweld* werd (mogelijk) bij de beoordeling van de gedraging betrokken dat de reactie van de verdachte disproportioneel was. Hij had het slachtoffer niet hoeven slaan; hij had kunnen volstaan met een duw. Dit is evenwel niet de enige omstandigheid die wordt betrokken bij de beoordeling. Ik leid daaruit af dat de enkele omstandigheid dat de gedraging niet proportioneel was in beginsel niet voldoende is om te oordelen dat de gedraging een aanvallend karakter had. Mogelijk ondersteunt de disproportionaliteit van de gedraging het oordeel dat de verdachte zich agressief gedroeg (zie de paragrafen 4.1.4 en 4.1.8).

Ik heb me afgevraagd of zich situaties laten denken waarin een gedraging zo disproportioneel is dat die reeds daardoor als aanvallend kan worden aangemerkt. Dit lijkt me niet snel aan de orde, omdat, zoals ik in paragraaf 4.1.8 constateerde, ook altijd (een aantal van) de omstandigheden genoemd in de paragrafen 4.1.2-4.1.4 aanwezig moeten zijn. Ik zou ook menen dat het onwenselijk is om alleen op grond van de disproportionaliteit van de gedraging die gedraging aan te merken als in de kern aanvallend. Het aanvallende karakter van de gedraging vormt immers een zelfstandige verwerpingsgrond voor niet alleen noodweer, maar ook noodweerexces en putatief noodweer.[35] De disproportionaliteit van de gedraging staat via de proportionaliteitseis echter weliswaar aan een beroep op noodweer in de weg, maar niet aan een beroep op noodweer(exces). De consequenties van een gedraging (alleen in verband met de disproportionaliteit daarvan) aan te merken als 'aanvallend' zijn dus verstrekkend.

Verhouding tot de subsidiariteitseis
In de *Cafédeur*-uitspraak leidde het gerechtshof uit de omstandigheid dat de verdachte zich had kunnen en moeten onttrokken aan de aanval af dat 'de intentie van de verdachte op dat moment was gericht op het aangaan van een confrontatie'. In wezen stelt het gerechtshof hier dat niet is voldaan aan de subsidiariteitseis en dat de gedraging daarom als aanvallend moet worden beschouwd. Zoals in paragraaf 4.1.6 al aan de orde is gekomen is het niet duidelijk of deze omstandigheid wordt betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Ik ben in ieder geval geen uitspraken tegengekomen waarin de Hoge Raad dit doet. Het ligt mijns inziens ook niet erg voor de hand. Wanneer niet wordt voldaan aan de subsidiariteitseis kan dat immers de verwerping van zowel een beroep op noodweer als noodweerexces zelfstandig dragen.[36] De vraag is waarom dan ook nog naar het karakter van de gedraging zou moeten worden gekeken. Dit lijkt geen toegevoegde waarde te hebben.

35 Vgl. Van Verseveld 2016, die wijst op de 'sterke werking' van het aanvallende karakter van de gedraging als zelfstandige verwerpingsgrond.
36 Zie het *Overzichtarrest*, *r.o.* 3.5.2 en 3.6.1.

Samenvattend over het theoretisch onderscheid
Bovenstaande kort samenvattend meen ik dat er wel degelijk een verschil is tussen de verwerpingsgrond dat de gedraging aanvallend was en culpa in causa. Verder meen ik dat de jurisprudentie van de Hoge Raad geen aanleiding geeft om te veronderstellen dat het aanvallende karakter van de gedraging (alleen) kan worden afgeleid uit de omstandigheid dat de gedraging disproportioneel of niet subsidiair was. De verwerpingsgrond heeft dus, in ieder geval theoretisch, een eigen plek ten opzichte van de andere vereisten in het noodweerschema.

4.3.2 Praktische meerwaarde

De door mij bestudeerde uitspraken – waarin het oordeel dat het beroep op noodweer moest worden afgewezen in cassatie in stand bleef – laten zien dat de zelfstandige verwerpingsgrond ook een praktische meerwaarde heeft ten opzichte van de andere vereisten uit het noodweerschema.[37] Met uitzondering van de *Fietswiel*-uitspraak[38], had het beroep in die uitspraken naar ik meen niet zo gemakkelijk op grond van een van de andere vereisten voor noodweer afgewezen kunnen worden. Ik licht dit toe.

In de uitspraken *Uitgaansgeweld* en *Afrollen* is het misschien mogelijk om het beroep op noodweer af te wijzen wegens het ontbreken van een noodweersituatie. Daarvoor zullen echter de feiten duidelijk moeten zijn. Hoe benard was de situatie waarin de vriend van de verdachte terecht was gekomen? In beide uitspraken bleek het echter moeilijk om dat (precies) vast te stellen. Met een beetje goede wil had kunnen worden geoordeeld dat er wel sprake was van een noodweersituatie. Culpa in causa lijkt in deze uitspraken ook niet zonder meer soelaas te bieden. De verdachte was immers niet degene die de gedragingen had uitgelokt. In de uitspraak *Afrollen* is nog wel duidelijk dat de vriend van de verdachte degene is die het gevecht heeft gestart, maar in de uitspraak *Uitgaansgeweld* is niet duidelijk wie de ruzie is gestart: de vriend van de verdachte of het latere slachtoffer. Evenmin is vastgesteld dat de verdachte zodanig disproportioneel had gehandeld dat dit een beroep op noodweer blokkeerde.[39] Tegelijkertijd kan in deze uitspraken toch ook niet gezegd worden dat de verdachte erg bezig was met de verdediging van zijn vriend (of zichzelf). De gedragingen van de verdachte zijn eerder gericht op

37 Anders: Jansen 2015.
38 Het slachtoffer in deze zaak had gehandeld ter verdediging van een meisje, dat door de verdachte in elkaar werd geschopt. Volgens mij had het beroep op noodweer door de verdachte hier ook afgewezen kunnen worden op grond dat noodweer tegen noodweer niet mogelijk is.
39 Bovendien zou in dat geval altijd nog moeten worden beoordeeld of geen sprake was van noodweerexces.

het versterken of aanwakkeren van het gevecht. Het aanvallende karakter van de gedraging biedt in dit geval een uitweg.[40]

In de *IJmeerdijk*-uitspraak zou het eveneens moeilijk zijn geweest om het beroep op noodweer op een van de andere vereisten voor noodweer af te wijzen. Omdat niet goed is vast te stellen wat er precies was gebeurd, is het moeilijk om te beoordelen of er een noodweersituatie was of culpa in causa. Ook hier geldt dat met een beetje goede wil een noodweersituatie zou kunnen worden aangenomen. Dat het de verdachte was die het slachtoffer had gevraagd naar het strand te komen, betekent mijns inziens niet zonder meer dat sprake was van culpa in causa bij de verdachte. Het slachtoffer lijkt eerder degene te zijn die, op het strand aangekomen, de verdachte provoceerde door een tas met afval naar hem te gooien.

Bij de *Portiek*-uitspraak heeft AG Spronken naar mijn mening overtuigend in haar conclusie besproken waarom aan alle vereisten voor noodweer(exces) is voldaan. Dat illustreert dat het verdedigende karakter van de gedraging hier waarschijnlijk ook de enige grond was waarop het beroep op noodweer kon worden afgewezen.[41]

Al met al, zijn er dus wel degelijk uitspraken waarin, als dat beroep niet had kunnen worden afgewezen wegens het aanvallende karakter van de gedraging, het beroep op noodweer niet zonder meer had kunnen worden afgewezen. Het gaat in deze uitspraken steeds over vechtpartijen, waarin de verdachte en het slachtoffer zich over en weer agressief naar elkaar gedragen en waarin niet duidelijk is wie wat precies wanneer deed, maar waarin wel duidelijk is dat de verdachte eigenlijk niet bezig is met zichzelf of een ander verdedigen, maar eerder de bedoeling heeft om de confrontatie op te zoeken of om mee te doen aan het gevecht. Dit zijn precies ook de twee voorbeelden (opzoeken confrontatie, deelneming aan het gevecht) die de Hoge Raad in de *Fietswiel*-formule noemt. Er zijn (tot aan 1 juli 2019) geen andere situaties geweest waarin de verwerpingsgrond een rol speelde.[42]

---

40 De uitspraken *Afrollen* en *Uitgaansgeweld* sluiten sterk aan bij twee voorbeelden die Borgers geeft in zijn noot bij het *Afrollen*-arrest van situaties waarin de verwerpingsgrond een meerwaarde kan hebben. Die voorbeelden zijn (1) Iemand kijkt aan de zijlijn naar een vechtpartij, ziet dat zijn broer wordt aangevallen, en stort zich naar aanleiding daarvan flink om zich heen meppend in de vechtpartij, zonder zich daarbij specifiek te richten op het ontzetten van zijn broer; (2) Iemand gaat met anderen op pad om een partijtje te knokken, er ontstaat een gevecht. Onduidelijk is wie precies begint en wie wat doet. De verdachte stort zich in het gevecht, meer met de bedoeling om mee te doen, dan met de bedoeling om specifiek iemand te 'verdedigen'.

41 Overigens vind ik dat de AG ook heel overtuigend heeft betoogd waarom de gedraging géén aanvallend karakter had. De uitkomst in deze zaak voelt voor mij dan ook niet erg bevredigend. Zoals bij mijn Slotbeschouwingen nog zal blijken zie ik o.a. in deze uitspraak aanleiding om aan te bevelen voorzichtig om te gaan met het afwijzen van een beroep op noodweer vanwege het aanvallende karakter van de gedraging.

42 Dat de verwerpingsgrond een theoretische en praktische meerwaarde heeft, betekent nog niet zonder meer dat de verwerpingsgrond ook positief gewaardeerd moet worden. Op de waardering van deze verwerpingsgrond kom ik terug in mijn Slotbeschouwingen.

4.3.3 *Bevindingen over de verhouding tot andere bestanddelen van noodweer*

Hoewel een aantal van de door mij genoemde omstandigheden ook relevant zijn voor (andere) vereisten voor noodweer (vereiste dat sprake is van een noodweersituatie, culpa in causa, proportionaliteitsvereiste) lijkt het aanvallende karakter van de gedraging een eigen plek te hebben bij noodweer.

De verwerpingsgrond heeft met name een toegevoegde waarde in gevallen waarin sprake is van vechtpartijen, waarin de verdachte en het slachtoffer zich over en weer agressief naar elkaar gedragen en waarin niet duidelijk is wie wat precies wanneer deed, maar waarin wel duidelijk is dat de verdachte eigenlijk niet bezig is met zichzelf of een ander verdedigen, maar eerder de bedoeling heeft om de confrontatie op te zoeken of om mee te doen aan het gevecht.

5 SAMENVATTENDE BEVINDINGEN OVER DE UITERLIJKE VERSCHIJNINGSVORM BIJ NOODWEER(EXCES)

De figuur van de uiterlijke verschijningsvorm speelt bij noodweer een rol bij de beantwoording van de vraag of sprake is van verdediging van bepaalde rechtsgoederen in de zin van artikel 41 Sr (zie paragraaf 3.1.1). Mede aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging wordt niet de vraag beantwoord of die gedraging naar zijn aard verdedigend is, maar of de gedraging in de kern als *aanvallend* moet worden aangemerkt. Dat de nadruk ligt op of (geen) sprake is van een in de kern aanvallende gedraging, impliceert dat de Hoge Raad er in een noodweersituatie in beginsel van uitgaat dat sprake is van 'verdediging'. Dit betekent dat niet steeds als positief vereiste hoeft te worden vastgesteld of sprake is van verdedigende gedraging. Pas wanneer wordt vastgesteld dat de gedraging in de kern aanvallend was, staat dit aan een beroep op noodweer in de weg, zo kan uit de *Fietswiel*-formule worden afgeleid. Het aanvallende karakter van de gedraging vormt daarmee zowel een *correctie* op het vermoeden dat de verdachte handelde ter verdediging. als een *zelfstandige verwerpingsgrond* voor noodweer.

Bij de beantwoording van de vraag of een gedraging naar de kern als aanvallend moet worden aangemerkt, speelt niet alleen de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging een rol, maar ook de bedoeling van de verdachte. Hoewel de jurisprudentie op dit punt niet zonder meer duidelijk is, meen ik na zorgvuldige bestudering van de jurisprudentie dat het als volgt zit. Wanneer sprake is van een noodweersituatie wordt, zoals gezegd, aangenomen dat de verdachte verdedigend heeft gehandeld (vermoeden). Op het moment dat de gedraging naar de uiterlijke verschijningsvorm als aanvallend moet worden aangemerkt, wordt dit vermoeden doorgeprikt. Er ontstaat dan een nieuw vermoeden, namelijk dat de verdachte zich niet heeft willen verdedigen maar heeft willen aanvallen. Ook dit is, zoals het woord zegt, slechts een vermoeden.

Wanneer uit (ander) bewijsmateriaal – bijvoorbeeld de verklaring van de verdachte – blijkt hij wel de (subjectieve) bedoeling had zich te verweren, dan vormt dat een contra-indicatie die alsnog leidt tot het oordeel dat géén sprake is van een in de kern aanvallende gedraging. Het beroep op noodweer kan dan alsnog worden aanvaard. Uiteindelijk geeft de bedoeling van de verdachte dus (in theorie) de doorslag, zij het dat die daar pas naar gekeken wordt op het moment dat er redenen zijn (de uiterlijke verschijningsvorm) om aan die bedoeling te twijfelen. In paragraaf 3.1.5.3 heb ik dit schematisch weergegeven. Vorenstaande betekent dat de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging een *vermoeden* oplevert.

De uiterlijke verschijningsvorm is niet alleen een vermoeden, maar ook een *methode* om de gedraging van de verdachte onder een voorwaarde voor noodweer te plaatsen. Omdat de uiterlijke verschijningsvorm een strafuitsluitingsgrond is, wordt deze methode toegepast in het kader van de derde vraag van het beslissingsschema van artikel 350 Sv.

Opvallend is dat ik de uiterlijke verschijningsvorm als verwerpingsgrond alleen ben tegengekomen in uitspraken waarin sprake was van vechtpartijen. Bij het oordeel of daarbij – van de zijde van de verdachte – sprake is van een aanvallende gedraging, worden de volgende omstandigheden betrokken (zie paragraaf 4.1):

- of de verdachte het slachtoffer benaderde;
- of het slachtoffer zich uit de situatie verwijderde;
- wie de eerste klap uitdeelde;
- de agressiviteit van de gedraging.

De (dis)proportionaliteit van de gedraging van de verdachte wordt soms als ondersteunende omstandigheid betrokken.

Hoewel een aantal van deze omstandigheden ook betrokken wordt bij andere bestanddelen van noodweer, lijkt de zelfstandige verwerpingsgrond dat de gedraging naar de kern bezien als aanvallend moet worden aangemerkt, een eigen plek te hebben bij noodweer (paragraaf 4.3).

Overkoepelend kan over door mij aangetroffen omstandigheden het volgende worden opgemerkt. De gevonden omstandigheden:

- zijn objectieve omstandigheden;
- betreffen niet alleen de fysieke gedraging, maar ook de context waarbinnen die gedraging heeft plaatsgevonden;
- zijn ter plaatse door een toeschouwer waar te nemen;
- blijken uit de bewijsmiddelen.

6 Overige verschijningsvormen van de uiterlijke verschijningsvorm

1 INLEIDING

In de hoofdstukken 2-5 beschreef ik de toepassing van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Tijdens mijn analyse ben ik ook uitspraken tegengekomen waarin de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm niet zelf gebruikt, maar waarin die figuur wel wordt genoemd, bijvoorbeeld omdat een overweging van het gerechtshof (verkort) wordt aangehaald. Ik ben aldus gestuit op uitspraken van gerechtshoven waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van medeplegen, de voorbedachte raad, de kwalificatie-uitsluitingsgrond bij witwassen en bij de aanduiding van voorwerpen, toestanden en gedragingen.

Hoewel ik mij in mijn onderzoek in beginsel heb gericht op de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad, besteed ik op deze plaats toch enige aandacht aan de aldus door mij gevonden lagere rechtspraak. Ik doe dat omdat de uiterlijke verschijningsvorm zich al eerder in de jurisprudentie van de Hoge Raad heeft 'verspreid' naar nieuwe leerstukken. Bestudering van de lagere rechtspraak waarop ik ben gestuit, kan inzicht geven in eventuele toekomstige toepassingsmogelijkheden van de figuur. De jurisprudentie van de Hoge Raad biedt daarbij (op een aantal punten) zelf al enige aanwijzingen over of de Hoge Raad bij het betreffende onderwerp (in de toekomst) een toepassingsmogelijkheid voor de uiterlijke verschijningsvorm ziet weggelegd. In de Slotbeschouwingen zal ik aanbevelingen doen over in hoeverre de uiterlijke verschijningsvorm bij de hierna te bespreken onderwerpen in de toekomst zou moeten worden toegepast. Om dat te kunnen doen, zal in dit hoofdstuk op een aantal punten een vergelijking worden gemaakt met de toepassing van de figuur bij de in de hoofdstukken 2-5 besproken leerstukken.

Ik wil de lagere rechtspraak in dit hoofdstuk niet volledig uitdiepen. Het (volledig) betrekken van de lagere rechtspraak bij mijn rechtspraakanalyse zou het vinden van een onderliggende systematiek van de uiterlijke verschijningsvorm bemoeilijken. Een verkennende bespreking is voldoende om een beeld te krijgen van eventuele andere toepassingsmogelijkheden van de uiterlijke verschijningsvorm in de lagere rechtspraak.[1]

---

1 Zie ook hfdst. 1, par. 5.2.

Ik bespreek de verschillende onderwerpen waarbij de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt door de lagere rechter hieronder ieder in een afzonderlijke paragraaf. Net als in de rest van dit boek bespreek ik de onderwerpen in chronologische volgorde, dat wil zeggen dat ik bij alle onderwerpen ben nagegaan van wanneer het oudste arrest dateert waarin de uiterlijke verschijningsvorm voorkwam en de onderwerpen op basis daarvan in volgorde heb geplaatst. De paragrafen hebben in hoofdlijnen dezelfde opbouw. Eerst worden de belangrijkste overwegingen uit de uitspraken van de Hoge Raad weergegeven. Daarna volgt een korte analyse van die rechtspraak. Daarbij zal ik ook steeds de vraag beantwoorden of verwacht kan worden dat de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm in de toekomst bij het betreffende onderwerp zal toepassen. Ik bespreek dit in de eerste plaats aan de hand van de aanwijzingen die de arresten zelf daarvoor bevatten. In de tweede plaats zal ik – voor zover relevant – een vergelijking maken met de toepassing van de figuur door de Hoge Raad bij de in de hoofdstukken 2-5 besproken leerstukken. Als de toepassing van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm erg 'lijkt' op een toepassing die al wordt gegeven aan die figuur, dan kan dat een aanwijzing zijn dat er in de toekomst mogelijk een toepassingsmogelijkheid is voor de figuur. Ten derde zal ik bezien of andere uitspraken, bijvoorbeeld overzichts- of standaardarresten, aanwijzingen bevatten over in hoeverre in de toekomst verwacht mag worden dat de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm bij het betreffende onderwerp zal toepassen. Paragraaf 5 heeft een iets andere opbouw dan de andere paragrafen. In verband met de grote hoeveelheid uitspraken over dit onderwerp, zal ik de overwegingen uit die uitspraken in deze paragraaf niet allemaal eerst citeren. Ik begin daar dus meteen met mijn analyse, waarin de verschillende uitspraken aan de orde zullen komen.

2 MEDEPLEGEN

2.1 Jurisprudentie

HR 28 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9962, *NJ* 2003/142 (*Veghel*), m.nt. Schalken
Medeplegen moord (289 Sr)/doodslag (287 Sr)

> '3.4 De Hoge Raad begrijpt het oordeel van het Hof "dat de verdachte in beginsel als medepleger van de levensberoving" kan worden beschouwd aldus:
> Gelet op hetgeen de verdachte, op de eerste verdieping van de woning aangekomen, waarnam en op de door hem, aansluitend op het door De V. jegens het slachtoffer gepleegde geweld en met het door deze aangereikte mes, aan het slachtoffer toegebrachte steken – die op zichzelf, en in ieder geval in het verband van de aan het slachtoffer reeds door De V. toegebrachte verwondingen, naar hun uiterlijke verschijningsvorm kunnen worden beschouwd als te zijn gericht op de dood van het slachtoffer – dient zich hier op het eerste gezicht een situatie aan waarin ten

aanzien van de verdachte en De V. kan worden gesproken van de voor medeplegen van levensberoving vereiste mate van volledige en nauwe samenwerking, gericht op de dood van het slachtoffer.
Gelet op de in dat verband door het Hof opgenomen overweging dat de verdachte "met die wetenschap" heeft gestoken heeft het Hof kennelijk bij de verdachte ook het voor dat medeplegen vereiste opzet aanwezig geacht.
3.5 In het uiteindelijke oordeel van het Hof dat hem "niets anders rest dan de verdachte vrij te spreken" ligt als opvatting van het Hof besloten dat de omstandigheid dat de door de verdachte toegebrachte steken, achteraf bezien, niet als uitvoeringshandelingen van de tenlastegelegde feiten kunnen gelden op de grond dat niet is komen vast te staan dat het slachtoffer ten tijde daarvan nog leefde, dwingt tot het oordeel dat van medeplegen niet kan worden gesproken.
Daarmee heeft het Hof blijk gegeven van een onjuiste, namelijk een te beperkte opvatting omtrent het begrip medeplegen, in de tenlastelegging uitgedrukt met de woorden "tezamen en in vereniging met een ander".'

HR 3 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1307, *NJ* 2014/511, m.nt. Mevis (*Vluchtauto*)
Medeplegen gekwalificeerde diefstal (311 Sr)

'2.2.3. Het Hof heeft ten aanzien van de bewezenverklaring voorts het volgende overwogen:
(…)
In samenhang met de in de bewijsmiddelen vermelde feiten en omstandigheden is naar het oordeel van het hof de gedraging van de verdachte, te weten: het plaatsnemen achter het stuur, het draaiend houden van de motor, het onmiddellijk met hoge snelheid wegrijden op het moment dat de medeverdachte achter in de auto springt, naar uiterlijke verschijningsvorm aan te merken als het door de verdachte faciliteren van de vluchtmogelijkheid bij die inbraak. Het kan niet anders zijn dan dat hierover van te voren door de verdachte en zijn medeverdachten afspraken zijn gemaakt. Door aldus te handelen heeft de verdachte naar 's hofs oordeel een zodanig significante bijdrage geleverd dat sprake is van een bewuste, nauwe en volledige samenwerking tussen de verdachte en zijn mededaders welke gericht was op het plegen van de woninginbraak.
Het hof verwerpt het verweer.'

HR 14 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:928, *NJ* 2015/393, m.nt Mevis (*Tasjesroof*)
Medeplegen gekwalificeerde diefstal en poging tot gekwalificeerde diefstal (311 Sr)

'2.2.3. Het Hof heeft ten aanzien van de bewezenverklaring voorts het volgende overwogen:
(…)
Uit voornoemde feitelijkheden – in onderling verband en samenhang bezien – leidt het hof af dat het niet anders kan zijn dan dat verdachte wist dat de het – kort gezegd – de bedoeling was iemand te beroven. Bij dit oordeel heeft het hof betrokken dat verdachte hier geen alternatief scenario tegenover heeft gesteld, integendeel hij heeft iedere betrokkenheid bij dit feit ontkend. Uit de uiterlijke verschijningsvorm van alle hierboven geschetste feiten en omstandigheden leidt het hof mede af, dat sprake is geweest van een zodanig nauwe en bewuste samenwerking en

een gezamenlijke uitvoering voorafgaand aan de beroving en na afloop van de beroving, dat verdachte als medepleger kan worden aangemerkt. Daarbij is het hof van oordeel dat verdachte – wederom in het bijzonder gelet op het feit dat hij geen alternatief scenario heeft aannemelijk gemaakt of zelfs maar heeft genoemd – bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat zijn mededaders niet alleen één vrouw/meisje daadwerkelijk van een tas beroofden, maar dat ook is gepoogd een andere vrouw/ander meisje van haar tas te beroven, die in haar gezelschap verkeerde.
2.3. In zijn arrest van 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474 heeft de Hoge Raad enige algemene overwegingen over het medeplegen gegeven, in het bijzonder gericht op de afbakening tussen medeplegen en medeplichtigheid en meer in het bijzonder met het oog op gevallen waarin het medeplegen niet bestaat in gezamenlijke uitvoering. Voor de kwalificatie medeplegen is vereist dat sprake is van nauwe en bewuste samenwerking. Die kwalificatie is slechts gerechtvaardigd als de bewezenverklaarde – intellectuele en/of materiële –bijdrage aan het delict van de verdachte van voldoende gewicht is.
Indien het tenlastegelegde medeplegen in de kern niet bestaat uit een gezamenlijke uitvoering, maar uit gedragingen die met medeplichtigheid in verband plegen te worden gebracht (zoals het verstrekken van inlichtingen, op de uitkijk staan, helpen bij de vlucht), rust op de rechter de taak om in het geval dat hij toch tot een bewezenverklaring van het medeplegen komt, in de bewijsvoering – dus in de bewijsmiddelen en zo nodig in een afzonderlijke bewijsoverweging – dat medeplegen nauwkeurig te motiveren. Bij de vorming van zijn oordeel dat sprake is van de voor medeplegen vereiste nauwe en bewuste samenwerking, kan de rechter rekening houden met onder meer de intensiteit van de samenwerking, de onderlinge taakverdeling, de rol in de voorbereiding, de uitvoering of de afhandeling van het delict en het belang van de rol van de verdachte, diens aanwezigheid op belangrijke momenten en het zich niet terugtrekken op een daartoe geëigend tijdstip.'

HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1323, *NJ* 2016/412, m.nt. Rozemond (*VW Polo*)
Medeplegen poging gekwalificeerde diefstal (311 Sr)

'2.3. Het Hof heeft ten aanzien van de bewezenverklaring voorts het volgende overwogen:
(…)
Het hof komt op basis van de hiervoor weergegeven feiten en omstandigheden in onderling verband en samenhang bezien, met name gelet op hun uiterlijke verschijningsvorm, tot de conclusie dat sprake is geweest van een bewuste en nauwe samenwerking tussen verdachte en zijn medeverdachten en dat die samenwerking was gericht op een inbraak in de woning aan de a-straat 1 te a-plaats.

3. Aan de beoordeling van het middel voorafgaande opmerkingen

In zijn arresten van 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, *NJ* 2015/390 en 24 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:716 heeft de Hoge Raad enige algemene overwegingen over het medeplegen gegeven. Daarbij is aangegeven dat het een belangrijke en moeilijke vraag is wanneer de samenwerking zo nauw en bewust is geweest

dat van medeplegen mag worden gesproken. De kwalificatie medeplegen vereist dat sprake is van nauwe en bewuste samenwerking. Dat vergt dat de bewezenverklaarde – intellectuele en/of materiële – bijdrage aan het delict van de verdachte van voldoende gewicht is. De vraag of aan deze eis is voldaan, laat zich niet in algemene zin beantwoorden, maar vergt een beoordeling van het concrete geval, zoals ook in bovengenoemde arresten is benadrukt.
De Hoge Raad kan hieromtrent geen algemene regels geven, maar slechts tot op zekere hoogte duidelijkheid verschaffen door het formuleren van aandachtspunten zoals in bovengenoemde arresten is gebeurd alsook door het beslissen van concrete gevallen, waarbij de toetsing in cassatie overigens sterk wordt gekleurd door de precieze bewijsvoering van de feitenrechter, waaronder begrepen een eventuele op het medeplegen toegesneden nadere motivering.
Het beslissingskader zoals dat is neergelegd in de hierboven genoemde arresten kan, met begrippen die niet steeds precies van elkaar af te grenzen zijn, niet anders dan globaal zijn (vgl. het arrest van heden ECLI:NL:HR:2016:1316). Dat hangt enerzijds samen met de variëteit van concrete omstandigheden in afzonderlijke gevallen, waarbij ook de aard van het delict een rol kan spelen (vgl. het arrest van heden ECLI:NL:HR:2016:1320 over art. 141 Sr en ECLI:NL:HR:2016:1322 over bedreiging met geweld). Anderzijds is van belang de variëteit in de mate waarin die concrete omstandigheden kunnen worden vastgesteld, in welk verband de procesopstelling van de verdachte een rol kan spelen (vgl. het arrest van heden ECLI:NL:HR:2016:1315 alsmede de rechtsoverwegingen onder 4.2 hierna). In concrete zaken kan een en ander leiden tot een moeilijke afweging bij de beantwoording van de vraag of sprake is van medeplegen. Daaraan valt niet te ontkomen omdat er altijd zogenoemde grensgevallen zullen zijn.'

2.2 Analyse

In de uitspraken *Veghel*, *Vluchtauto*, *Tasjesroof* en *VW Polo* haalde de Hoge Raad overwegingen van het gerechtshof aan waarin de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm werd gebruikt in het kader van medeplegen. Wat daarbij opvalt is dat de uiterlijke verschijningsvorm in de uitspraken op verschillende manieren is toegepast. Er is in de lagere rechtspraak dus geen sprake van een eenduidige of uniforme toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm bij medeplegen.

Van medeplegen is op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad sprake wanneer sprake is van een nauwe en bewuste samenwerking. Daartoe is een 'intellectuele en/of materiële bijdrage aan het delict van de verdachte van voldoende gewicht' vereist. Een gezamenlijke uitvoering kan wijzen op een dergelijke nauwe en bewuste samenwerking. Een dergelijke gezamenlijke uitvoering kan onder andere aan de orde zijn als de verdachte een *uitvoerings-*

handeling verrichte.[2] In het *Veghel*-arrest werd de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om vast te stellen of sprake was van een uitvoeringshandeling. Ik bespreek dit in paragraaf 2.2.1.

Voor medeplegen is ook opzet vereist. Dit betreft zowel opzet op de samenwerking als op het grondfeit.[3] In de uitspraak *Vluchtauto* werd de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt vast te stellen of de verdachte opzet had op de delictsbestanddelen. Dit komt aan de orde in paragraaf 2.2.2.

In de uitspraken *Tasjesroof* en *VW Polo* werd de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt in het kader van de voor medeplegen vereiste 'nauwe en bewuste samenwerking' als zodanig. Dit bespreek ik in paragraaf 2.2.3.

2.2.1 Uitvoeringshandeling

2.2.1.1 Het Veghel-arrest

In het *Veghel*-arrest was een van de te beantwoorden vragen of de gedraging van de verdachte kon worden aangemerkt als een uitvoeringshandeling van levensberoving nu niet vaststond dat het slachtoffer, dat al zeer zwaar verwond was door de medeverdachte, nog leefde toen de verdachte hem in zijn bovenbeen en de buik stak. Het gerechtshof had de verdachte om die reden vrijgesproken van het medeplegen van levensberoving (moord/doodslag). De Hoge Raad bracht in zijn overweging tot uitdrukking dat op zichzelf het insteken op een al zwaar gewond slachtoffer kan worden beschouwd als een uitvoeringshandeling van levensberoving. Nu de verdachte een uitvoeringshandeling van het grondmisdrijf had gepleegd, was 'op het eerste gezicht' sprake van de voor medeplegen vereiste mate van volledige en nauwe samenwerking. De uiterlijke verschijningsvorm werd hier dus *niet* gebruikt om vast te stellen of sprake was van de nauwe en bewuste samenwerking die is vereist voor medeplegen, maar – als tussenstap – of de verdachte een *uitvoeringshandeling* had verricht. Wanneer de verdachte een uitvoeringshandeling van het misdrijf heeft gepleegd, kan immers redelijk snel worden aangenomen dat sprake is van medeplegen.[4]

---

2 Voor medeplegen is evenwel *niet vereist* dat de verdachte een uitvoeringshandeling heeft verricht. Medeplegen kan bijvoorbeeld ook bestaan uit een intellectuele bijdrage van voldoende gewicht en/of gedragingen voor, tijdens of na het strafbare feit die geen uitvoeringshandelingen betreffen. De Hullu 2018, p. 462-463; Knigge & Wolswijk 2015, p. 267-270; HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, *NJ* 2015/390 (*Overzichtsarrest medeplegen*), *r.o.* 3. Zie ook de noot van Mevis bij HR 6 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:10, *NJ* 2015/399. Mevis meent dat niet te snel moet worden aangenomen dat sprake is van een 'gezamenlijke uitvoering' (en dus van medeplegen) in gevallen waarin de verdachte geen uitvoeringshandelingen heeft verricht en/of niet ter plaatse aanwezig was. Postma 2014, p. 14-18.

3 Zie hierover Knigge 2003, p. 309-320; D.H. de Jong 2009, p. 31-32 en Postma 2014, p. 93-105.

4 Vgl. HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, *NJ* 2015/390 (*Overzichtsarrest medeplegen*), *r.o.* 3.2.3; zie eveneens De Hullu 2018, p. 463. Zoals in al aan de orde kwam (zie vorige voetnoot) is dat de verdachte een uitvoeringshandeling heeft verricht niet vereist voor medeplegen, maar kan het gegeven dat de verdachte een uitvoeringshandeling heeft verricht

2.2.1.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad?

Het gebruik dat in de *Veghel*-uitspraak van de uiterlijke verschijningsvorm is gemaakt doet erg denken aan de wijze waarop de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast bij poging . Ook bij dat leerstuk wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om vast te stellen of sprake is van een uitvoeringshandeling ('begin van uitvoering').[5] De vraag die in de *Veghel*-uitspraak moest worden beantwoord komt in wezen neer op: Is sprake van een uitvoeringshandeling wanneer niet duidelijk is of het slachtoffer nog leeft? De zaak doet in dat opzicht denken aan het *Kinderdoodslag*-arrest, besproken in hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.3. Daar was immers de (vergelijkbare) vraag aan de orde of de verdachte wel een uitvoeringshandeling van doodslag had gepleegd, nu niet kon worden vastgesteld dat de baby's ten tijde van het handelen van de verdachte nog leefden. Zoals ik in hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.3 besprak, blijkt uit de *Kinderdoodslag*-uitspraak niet duidelijk of de Hoge Raad wil dat de feitenrechter deze vraag aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm beantwoordt. Mocht dat wel zo zijn, dan is voorstelbaar dat de uiterlijke verschijningsvorm in de toekomst ook wanneer een dergelijke vraag in het kader van medeplegen centraal staat, wordt toegepast. Meer in zijn algemeenheid is voorstelbaar dat de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van medeplegen wordt toegepast in gevallen waarin discussie bestaat over of de verdachte een uitvoeringshandeling heeft verricht. Dat de Hoge Raad ook in zijn 'samenvatting' van de overwegingen van het gerechtshof de uiterlijke verschijningsvorm noemt, zie ik als een aanwijzing dat de Hoge Raad dit gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm niet (zonder meer) afwijst.[6] Daarbij moet wel bedacht worden dat, zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, voor medeplegen niet is *vereist* dat de verdachte een uitvoeringshandeling van het strafbare feit heeft gepleegd. Het lijkt tegen deze achtergrond dan ook niet waarschijnlijk dat de uiterlijke verschijningsvorm standaard (als criterium) wordt gebruikt om vast te stellen dat sprake is van een nauwe en bewuste samenwerking. Ik kom hierop in paragraaf 2.2.3 nog terug.

---

wel ertoe leiden dat wordt geoordeeld dat sprake was van een nauwe en bewuste samenwerking.

5 Zie hfdst. 2, par. 2.1. Een verschil is wel dat de uitvoeringshandeling bij poging onderdeel uitmaakt van de wettelijke omschrijving, waardoor daar altijd zal moeten worden vastgesteld of sprake is van een uitvoeringshandeling. Een uitvoeringshandeling is voor medeplegen echter niet vereist. Zie verderop in deze paragraaf.

6 In de uitspraken *Vluchtauto*, *Tasjesroof* en *VW Polo* citeert de Hoge Raad de overwegingen van het gerechtshof letterlijk. In de *Veghel*-uitspraak vat de Hoge Raad de overwegingen van het gerechtshof (in *r.o.* 3.4) samen. In die samenvatting herhaalt de Hoge Raad ook de passage uit de uitspraak van het gerechtshof over de uiterlijke verschijningsvorm.

2.2.2 *Opzet op de delictsbestanddelen (alternatief scenario)*

2.2.2.1 Het Vluchtauto-arrest

In de uitspraak *Vluchtauto* had de verdachte een alternatief scenario aangedragen. Hij was in de auto – op de bijrijdersstoel – gaan zitten om muziek te luisteren. Hij had, naar eigen zeggen, pas plaatsgenomen achter het stuur toen de medeverdachte achter in de auto was gestapt. Op dat moment zou de motor van de auto nog niet hebben gedraaid. Het gerechtshof achtte deze verklaring niet aannemelijk en meende dat de gedragingen van de verdachte 'naar uiterlijke verschijningsvorm [waren] aan te merken als het door de verdachte faciliteren van de vluchtmogelijkheid'. De uiterlijke verschijningsvorm werd hier door het gerechtshof dus niet gebruikt om vast te stellen of sprake was van medeplegen, maar – als tussenstap – om vast te stellen wat de verdachte precies aan het doen was, op welk doel zijn gedraging was gericht. Zat de verdachte te wachten op de medeverdachte? Of was hij inderdaad iets heel anders aan het doen, zoals hij zelf beweerde? In de kern was daarmee mijns inziens in deze zaak de vraag of de verdachte het voor medeplegen vereiste opzet op het grondfeit had. De uiterlijke verschijningsvorm droeg bij aan het weerleggen van een alternatieve verklaring voor de gedraging. De Hoge Raad ging in *Vluchtauto* op het oordeel van het gerechtshof ten aanzien van het alternatieve scenario/de uiterlijke verschijningsvorm niet in. De Hoge Raad oordeelde dat het (enkele) (volgens afspraak) faciliteren van een vluchtmogelijkheid niet het oordeel kan dragen dat sprake is van de voor medeplegen vereiste bewuste en nauwe samenwerking.

2.2.2.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad?

In de kern weergegeven is de vraag die door het gerechtshof aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm werd beantwoord in de *Vluchtauto*-uitspraak of het *opzet* van de verdachte was gericht op het grondfeit. Daarbij werd een alternatief scenario aangedragen. Een soortgelijke toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm beschreef ik in hoofdstuk 3 (zie in het bijzonder de paragraaf 3.1.2.2). Opvallend is wel dat het gerechtshof hier de uiterlijke verschijningsvorm lijkt te gebruiken voor 'vol' opzet. Ik ben zelf maar één uitspraak tegengekomen waarin de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm (mogelijk) toepaste in het kader van 'vol' opzet (hoofdstuk 3, paragraaf 2.3). Mocht de jurisprudentie zich zo ontwikkelen dat de uiterlijke verschijningsvorm (vaker) wordt toegepast in het kader van andere opzetgradaties, dan zie ik niet in waarom de uiterlijke verschijningsvorm (in de toekomst) niet ook in de jurisprudentie van de Hoge Raad een rol kan hebben in het kader van medeplegen bij de beantwoording van de vraag of de verdachte opzet had op de delictsbestanddelen. In gevallen waarin voorwaardelijk opzet op het grondfeit wordt aangenomen, zou dat – in lijn met de huidige jurisprudentie over de uiterlijke verschijningsvorm bij die opzetgradatie – sowieso niet ondenkbaar zijn.

2.2.3 Nauwe en bewuste samenwerking

2.2.3.1 De arresten Tasjesroof en VW Polo

In de uitspraken *Tasjesroof* en *VW Polo* gebruikte het gerechtshof de uiterlijke verschijningsvorm om vast te stellen dat sprake was van de voor medeplegen vereiste bewuste en nauwe samenwerking. Anders dan in de *Veghel*-uitspraak werd de uiterlijke verschijningsvorm in deze uitspraken niet gebruikt in het kader van een tussenstap (vaststelling of sprake is van een uitvoeringshandeling), maar voor de vaststelling van een 'nauwe en bewuste samenwerking' als zodanig.

In de *Tasjesroof*-uitspraak is overigens niet helemaal duidelijk of dit zo is, of dat het gerechtshof de uiterlijke verschijningsvorm met name gebruikt in verband met de 'bewustheid' van de samenwerking. De verdachte in deze zaak ontkende namelijk dat hij wist dat het de bedoeling was om iemand te beroven. Wanneer de uitspraak zo moet worden begrepen dat de uiterlijke verschijningsvorm werd gebruikt in reactie op dit verweer (in het kader van het 'bewustheidsvereiste'), dan is de uiterlijke verschijningsvorm in deze zaak in wezen gebruikt in het kader van het opzet (op het grondfeit) (vgl. paragraaf 2.2.2). Nu de bewuste en nauwe samenwerking veelal gezamenlijk worden besproken, is echter niet uitgesloten dat het gerechtshof de uiterlijke verschijningsvorm hier voor beide vereisten (in onderlinge samenhang) gebruikte. Een aanwijzing hiervoor is dat het gerechtshof in zijn overweging eerst, afzonderlijk, inging op het verweer van de verdachte dat hij van niets wist (zonder de uiterlijke verschijningsvorm te gebruiken) en vervolgens – met gebruikmaking van de uiterlijke verschijningsvorm – beoordeelde of sprake was van een nauwe en bewuste samenwerking.

In de *VW Polo*-uitspraak is duidelijker dat de uiterlijke verschijningsvorm door het gerechtshof werd gebruikt voor zowel het vereiste dat de samenwerking 'bewust' moet zijn als het vereiste dat de samenwerking 'nauw' moet zijn. Soortgelijke overwegingen van gerechtshoven ben ik in verschillende uitspraken tegengekomen.[7] In die uitspraken draaide het, net als in de uitspraak *VW Polo*, steeds om de afbakening tussen medeplegen en medeplichtigheid.

2.2.3.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad?

Ik ben geen uitspraken tegengekomen waarin de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van de 'nauwe en bewuste samenwerking'

---

7 Zie naast de uitspraak *VW Polo*: HR 1 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2453; HR 20 september 2016, ECLI:NL:HR:2126, *NJ* 2016/420; HR 7 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:371, *NJ* 2017/246; HR 27 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:432, *NJ* 2018/253; HR 22 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:741, *NJ* 2018/358. Ook Van Kessel constateert dat de uiterlijke verschijningsvorm in de lagere rechtspraak wordt gebruikt bij de vaststelling of sprake is van een nauwe en bewuste samenwerking; zie Van Kessel 2012, p. 315.

gebruikt. In plaats daarvan verwijst de Hoge Raad steevast (in een aan de middelen voorafgaande overweging/beschouwing) naar zijn *Overzichtsarrest* over medeplegen uit 2014 en, in latere uitspraken, eveneens naar een tweetal uitspraken waarin nog enkele aanvullingen op dat arrest zijn gegeven.[8] In het *VW Polo*-arrest verwees de Hoge Raad naar '[h]et beslissingskader zoals dat is neergelegd in de hierboven genoemde arresten'. In het *Overzichtsarrest* wordt de uiterlijke verschijningsvorm niet genoemd. In plaats daarvan worden daarin aandachtspunten geformuleerd. Nu er reeds is voorzien in een kader, meen ik dat het niet waarschijnlijk is dat de Hoge Raad de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm in de toekomst zal toepassen in het kader van de beantwoording van de vraag of sprake is van een nauwe en bewuste samenwerking. Leidend in het kader van medeplegen zijn de aandachtspunten en het beslissingskader zoals geformuleerd in het *Overzichtsarres*t en de latere uitspraken waarin enkele aanvullingen zijn opgenomen. Dat neemt niet weg dat, zoals in de paragrafen 2.2.1 en 2.2.2 besproken, wel gebruikgemaakt zou kunnen worden van de uiterlijke verschijningsvorm in gevallen waarin – als tussenstap – de vraag aan de orde is of de verdachte een uitvoeringshandeling heeft verricht en/of wanneer de verdachte betwist dat zijn gedraging was gericht op (het leveren van een bijdrage aan) het plegen van het in de tenlastelegging opgenomen misdrijf (alternatief scenario).

2.2.4 *Samenvattende bevindingen over de uiterlijke verschijningsvorm bij medeplegen*

Anders dan de gerechtshoven, past de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm niet toe bij de vereisten voor medeplegen (vereiste van een 'nauwe en bewuste samenwerking'). Wel lijkt de jurisprudentie voor de toekomst een opening te bieden voor het toepassen van de uiterlijke verschijningsvorm bij bepaalde 'tussenstappen', zoals de beantwoording van de vraag of sprake was van een uitvoeringshandeling van het grondmisdrijf en/of of het opzet van de verdachte was gericht op het grondfeit. Deze toepassingsmogelijkheden passen bij de wijze waarop de figuur bij poging en voorwaardelijk opzet wordt gehanteerd.

8 Zie HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, *NJ* 2015/390 m.nt. Mevis; HR 24 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:716, *NJ* 2015/395 m.nt. Mevis en HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1316, *NJ* 2016/411, m.nt. Rozemond.

3 VOORBEDACHTE RAAD

3.1 Jurisprudentie

HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:469 (*Bar*)
Poging tot moord (289 Sr)

> '2.3 Voor een bewezenverklaring van het bestanddeel "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 dat 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. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de omstandigheid dat de besluitvorming en uitvoering in plotselinge hevige drift plaatsvinden, dat slechts sprake is van een korte tijdspanne tussen besluit en uitvoering of dat de gelegenheid tot beraad eerst tijdens de uitvoering van het besluit ontstaat. Zo kunnen bepaalde omstandigheden (of een samenstel daarvan) de rechter uiteindelijk tot het oordeel brengen dat de verdachte in het gegeven geval niet met voorbedachte raad heeft gehandeld.
> Mede met het oog op het strafverzwarende gevolg dat dit bestanddeel heeft, moeten aan de vaststelling dat de voor voorbedachte raad vereiste gelegenheid heeft bestaan, bepaaldelijk eisen worden gesteld en dient de rechter, in het bijzonder indien de voorbedachte raad niet rechtstreeks uit de bewijsmiddelen volgt, daaraan in zijn motivering van de bewezenverklaring nadere aandacht te geven.
> De achtergrond van het vereiste dat de verdachte de gelegenheid heeft gehad na te denken over de betekenis en de gevolgen van zijn voorgenomen daad en zich daarvan rekenschap te geven, is dat ingeval vaststaat dat de verdachte die gelegenheid heeft gehad, het redelijk is aan te nemen dat de verdachte gebruik heeft gemaakt van die gelegenheid en dus daadwerkelijk heeft nagedacht over de betekenis en de gevolgen van zijn voorgenomen daad en zich daarvan rekenschap heeft gegeven (vgl. het overleg en nadenken dat in de wetsgeschiedenis is geplaatst tegenover de ogenblikkelijke gemoedsopwelling). Dat de verdachte daadwerkelijk heeft nagedacht en zich rekenschap heeft gegeven leent zich immers moeilijk voor strafrechtelijk bewijs, zeker in het geval dat de verklaringen van de verdachte en/of eventuele getuigen geen inzicht geven in hetgeen voor en ten tijde van het begaan van het feit in de verdachte is omgegaan. Of in een dergelijk geval voorbedachte raad bewezen kan worden, hangt dan sterk af van de hierboven bedoelde gelegenheid en van de overige feitelijke omstandigheden van het geval zoals de aard van het feit, de omstandigheden waaronder het is begaan alsmede de gedragingen van de verdachte voor en tijdens het begaan van het feit. Daarbij verdient opmerking

dat de enkele omstandigheid dat niet is komen vast te staan dat is gehandeld in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling, niet toereikend is om daaraan de gevolgtrekking te verbinden dat sprake is van voorbedachte raad (vgl. HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:963).
2.4 Blijkens de bewijsvoering heeft het Hof geoordeeld dat "naar aard en uiterlijke verschijningsvorm sprake moet zijn geweest van kalm beraad". Het Hof heeft dat oordeel gebaseerd op de overweging dat de verdachte, nadat hij het café had verlaten en weer was teruggekeerd, direct op het slachtoffer – die blijkens de bewijsmiddelen 1, 4, 5 en 6 nog aan de bar zat – is afgelopen en op hem heeft ingestoken. Het Hof heeft blijkens bewijsmiddel 2 evenwel ook als vaststaand aangenomen dat het latere slachtoffer naar de ingangsdeur van de bar is toegelopen en dat de verdachte bij de ingangsdeur buiten stond. De bewijsvoering is daarom – op een punt dat in het licht van de overweging van het Hof over uiterlijke aard en verschijningsvorm niet van ondergeschikte betekenis is – innerlijk tegenstrijdig. Ook overigens is het oordeel dat de verdachte met voorbedachte raad heeft gehandeld, gelet op hetgeen onder 2.3 is vooropgesteld, niet toereikend gemotiveerd.'

HR 14 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2962 (*Sint Odolphusstraat*)
Poging tot moord (289 Sr)

'2.2.3 Het Hof heeft ten aanzien van de bewezenverklaring voorts nog het volgende overwogen:
(…)
Gelet op de plaats waar het patroon uit het wapen van verdachte is aangetroffen, gaat het hof er dan ook vanuit dat de verdachte op dat moment zijn wapen heeft doorgeladen, waarbij de aangetroffen patroon is uitgeworpen en op het trottoir is achtergebleven. Het hof leidt uit de uiterlijke verschijningsvorm van deze handeling van de verdachte af dat de verdachte op dat moment het besluit heeft genomen om het wapen in een confrontatie met de politieagenten tegen hen te gebruiken. Verdachte heeft later, in het kader van het onderzoek door de Rijksrecherche, verklaard dat hij niet gefouilleerd wilde worden omdat hij een wapen bij zich had. [verbalisant 1] heeft de verdachte aangeroepen dat hij terug moest komen. Hierop heeft de verdachte het wapen tevoorschijn gehaald, zich omgedraaid en een kogel afgevuurd in de richting van agent [verbalisant 1]. Het hof leidt uit de uiterlijke verschijningsvorm van deze handeling van de verdachte af dat de verdachte op dat moment het besluit heeft genomen om daadwerkelijk uitvoering te geven aan zijn voorgenomen plan om in een confrontatie met de politieagenten het wapen te gebruiken.
(…)
2.3 (Herhaling standaardoverweging)
2.4 Het oordeel van het Hof dat de verdachte zich gedurende enige tijd heeft kunnen beraden op het besluit de in de bewezenverklaring genoemde politieagenten van het leven te beroven en dat hij niet heeft gehandeld in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling, berust in de kern op de volgende overwegingen.
(i) Uit de verklaringen van de verdachte leidt het Hof af dat de verdachte ervan is uitgegaan dat de persoon die het wapen bij hem had gezien, deze informatie zou doorgeven aan de politie en dat de verdachte zich op dat moment heeft gerealiseerd dat de politie mogelijk naar hem op zoek zou gaan. Dit betekent naar

het oordeel van het Hof dat de verdachte zich vanaf dat moment heeft kunnen beraden over een te nemen besluit in het geval hij door de politie zou worden aangesproken.
(ii) Het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte, nadat hoofdagent [verbalisant 1] hem had gezegd dat hij hem wilde fouilleren, zich heeft omgedraaid, bij [verbalisant 1] vandaan is gelopen en zijn wapen heeft doorgeladen. Daaruit heeft het Hof afgeleid dat de verdachte op dat moment het besluit heeft genomen in een confrontatie met de politie zijn wapen tegen de politieagenten te gebruiken.
(iii) Het Hof heeft voorts vastgesteld dat de verdachte, toen [verbalisant 1] hem had aangeroepen dat hij moest terugkomen, zich heeft omgedraaid en een kogel heeft afgevuurd in de richting van [verbalisant 1]. Daaruit heeft het Hof afgeleid dat de verdachte op dat moment het besluit heeft genomen om daadwerkelijk uitvoering te geven aan zijn voorgenomen plan om in een confrontatie met de politie het wapen te gebruiken.
(iv) De verdachte heeft uiteindelijk, zoals het Hof ten slotte heeft vastgesteld, in de Sint Odulphusstraat nog zes kogels afgevuurd in de richting van [verbalisant 1] en een kogel in de richting van agent [verbalisant 2]. Naar het oordeel van het Hof heeft de verdachte ook gedurende deze tijd zich nog kunnen beraden over het al dan niet verder uitvoering geven aan zijn voorgenomen plan.
2.5 Het kennelijke oordeel van het Hof dat de gevolgtrekking dat de verdachte zich gedurende enige tijd heeft kunnen beraden op het besluit genoemde politieagenten van het leven te beroven, 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, mede kan worden gebaseerd op hetgeen onder (i) en (ii) is overwogen, is niet begrijpelijk. Het Hof heeft immers weliswaar geoordeeld dat de verdachte vanaf het moment dat hij zich realiseerde dat de politie naar hem op zoek zou gaan, zich heeft kunnen beraden over "een te nemen besluit in het geval hij door de politie zou worden aangesproken" zonder evenwel aan te geven wat dat besluit inhield of waarop het zich beraden was gericht. Dat laatste geldt ook voor zover het zich beraden uitmondde in het "voorgenomen plan" waaraan de verdachte volgens het Hof uitvoering heeft gegeven. Het Hof heeft bovendien vastgesteld dat de verdachte, nadat hij door de politie was aangesproken, is weggelopen en eerst toen, dus na de confrontatie met de politie, het besluit heeft genomen het wapen tegen hen te gebruiken.
2.6 Het voorgaande in aanmerking genomen en gelet op hetgeen hiervoor onder 2.3 is vooropgesteld met betrekking tot mogelijke contra-indicaties, heeft het Hof ontoereikend gemotiveerd dat de verdachte zich gedurende enige tijd heeft kunnen beraden op het besluit hoofdagent [verbalisant 1] en agent [verbalisant 2] van het leven te beroven en dat hij niet heeft gehandeld in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling.'

HR 13 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:48, *NJ* 2015/65 (*Pilaar*)
Moord (289 Sr)

'2.2.3. Het Hof heeft, voor zover voor de beoordeling van het middel van belang, ten aanzien van de bewijsvoering voorts het volgende overwogen:
(…)

Getuige W. heeft verklaard dat verdachte tegen haar verteld heeft dat hij gedurende enige tijd achter een pilaar heeft staan wachten. Dit wordt niet weersproken door getuigenverklaringen; niemand heeft verklaard verdachte te hebben gezien voordat hij van onder de luifel vandaan zijn aanval inzette. In die situatie moet verdachte een steekwapen ter hand hebben genomen. Vervolgens is hij van achteren op V. afgerend, die op dat moment stond te praten met E., en heeft verdachte V. van achteren zonder dralen en doelgericht in zijn hoofd gestoken. Meteen daarna heeft verdachte zich zo snel mogelijk uit de voeten gemaakt.
Dit handelen van verdachte, in deze situatie, heeft naar zijn uiterlijke verschijningsvorm alle kenmerken van een tevoren beraamde aanslag en wordt door het hof bezien in het licht van de gewelddadige voorgeschiedenis van het slachtoffer met verdachte.
Op grond van voorgaande acht het hof wettig en overtuigend bewezen dat verdachte zich heeft schuldig gemaakt aan de moord op V. Het hof verwerpt de verweren.
2.3 (Herhaling standaardoverweging)
2.4. Het Hof heeft bij zijn oordeel dat de verdachte met voorbedachte raad heeft gehandeld, blijkens zijn bewijsoverweging betekenis toegekend aan de gewelddadige voorgeschiedenis van recente aard tussen de verdachte en V., in welk verband het Hof onder meer heeft vastgesteld dat de verdachte heeft gedreigd V. van het leven te beroven. Het Hof heeft mede daarom gesproken over een "tevoren beraamde" aanslag.
Voorts heeft het Hof – na onder meer te hebben vastgesteld dat "getuigen zien dat verdachte die avond telkens [bij een uitgaansgelegenheid] naar binnen en buiten loopt, dat hij aangeeft problemen met 'iemand' te hebben" en dat de verdachte aan E. aangeeft "dat hij even weg moet omdat hij iets moet halen" – blijkens zijn bewijsoverweging bij zijn oordeel betekenis toegekend aan het ontbreken van aanwijzingen voor de mogelijkheid dat het handelen van de verdachte het gevolg is geweest van enige ogenblikkelijke gemoedsopwelling en aan de tijd en gelegenheid die de verdachte heeft gehad om na te denken over zijn voorgenomen daad en de mogelijke gevolgen daarvan toen hij gedurende enige tijd achter een pilaar heeft staan wachten.
Aldus heeft het Hof zijn oordeel dat de verdachte zich in het onderhavige geval gedurende enige tijd heeft kunnen beraden op het te nemen of genomen besluit en dat hij niet heeft gehandeld in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling, ook gelet op hetgeen hiervoor onder 2.3 is vooropgesteld, toereikend gemotiveerd.
Anders dan het middel stelt, zijn de verklaringen van M., inhoudende dat er iets is gebeurd waardoor de verdachte boos werd (bewijsmiddel 7), en van T., inhoudende dat hij de verdachte heeft gezien voordat hij zijn aanval inzette (bewijsmiddel 9), met dat oordeel niet onverenigbaar.'

HR 20 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:93, *NJ* 2015/77 (*V.*)
Moord (289 Sr)

'2.2.2 Deze bewezenverklaring steunt, voor zover voor de beoordeling van het middel van belang, op de volgende bewijsvoering:
(…)
Ten aanzien van het eerste scenario overweegt de rechtbank het navolgende. In dit scenario is verdachte midden in de nacht, terwijl V. lag te slapen, gewapend

met meerdere wapens doelbewust naar V. toegelopen om hem eerst een klap om zijn hoofd te geven en vervolgens meerdere malen te steken. Deze elementen van de uiterlijke verschijningsvorm dragen de conclusie dat verdachte voorafgaande aan het slaan, maar ook toen zij meermalen met een mes op het slachtoffer instak, tijd en gelegenheid heeft gehad zich te beraden op wat zij aan het doen was en zich daar rekenschap van te geven.
(…)
2.3 (Herhaling standaardoverweging)
2.4. Tegen de achtergrond van het voorafgaande heeft het Hof zijn oordeel dat de voorbedachte raad kan worden bewezenverklaard niet toereikend gemotiveerd. Daarbij neemt de Hoge Raad in het bijzonder in aanmerking dat het Hof kennelijk heeft geoordeeld dat de gelegenheid voor de verdachte om na te denken over de betekenis en de gevolgen van haar voorgenomen daad en om zich daarvan rekenschap te geven, zich in het bijzonder voordeed gedurende het tijdsbestek dat zij gewapend met meerdere wapens doelbewust naar V. is gelopen, dan wel gedurende het tijdsbestek dat zij gewapend met een slagvoorwerp naar V. is gelopen om hem een of meer klappen op zijn hoofd te geven waarna zij vervolgens een mes heeft gehaald en weer terug is gelopen naar V., terwijl het Hof niets heeft vastgesteld omtrent het tijdsverloop dat met die handelingen gemoeid is geweest.'

HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1233 (*Garage*)
Moord (289 Sr)

'2.3 Het Hof heeft geoordeeld dat het om het leven brengen van [slachtoffer] door de verdachte de uitvoering betrof van een scenario dat de verdachte eerder die dag had bedacht. Het Hof heeft daartoe vastgesteld dat de verdachte op het moment dat hij, na het klaarleggen van twee zeilen en een mes in de garage, in de woonkamer op de bank zat, daadwerkelijk heeft nagedacht over de betekenis en de gevolgen van zijn besluit om [slachtoffer] van het leven te beroven. Het Hof heeft tevens vastgesteld dat de verdachte op dat moment niet zijn eerdere gedachte om [slachtoffer] van het leven te beroven, heeft verlaten. Het heeft daartoe de uiterlijke verschijningsvorm van de gedragingen van de verdachte in aanmerking genomen, in het bijzonder dat de verdachte [slachtoffer] binnen hooguit acht minuten na haar aankomst in zijn woning daadwerkelijk om het leven heeft gebracht op de wijze zoals hij aanvankelijk had bedacht. Ten slotte heeft het Hof overwogen dat niet aannemelijk is geworden dat de verdachte in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling handelde toen hij [slachtoffer] van het leven beroofde en dat ook andere contra-indicaties voor het aannemen van voorbedachte raad niet aannemelijk zijn geworden.
Het oordeel van het Hof dat de verdachte "met voorbedachte raad" heeft gehandeld, is gelet op voornoemde vaststellingen toereikend gemotiveerd. In zoverre faalt het middel.'

3.2 Analyse

In een aantal uitspraken van de Hoge Raad worden overwegingen van het gerechtshof aangehaald waarin de uiterlijke verschijningsvorm werd gebruikt

in het kader van de voorbedachte raad. Net als bij medeplegen, is er bij voorbedachte raad geen sprake van een uniforme toepassingspraktijk van de uiterlijke verschijningsvorm: de figuur wordt door de gerechtshoven in het kader van verschillende onderdelen van voorbedachte raad gebruikt.

Voorbedachte raad is een bestanddeel dat functioneert als een strafverzwarende omstandigheid ten opzichte van een gronddelict. Zo geldt ten aanzien van (zware) mishandeling gepleegd met voorbedachte raad (artikelen. 301 en 303) een hoger strafmaximum dan voor (zware) mishandeling (artikelen 300 en 302 Sr). Hetzelfde geldt voor moord. Moord (artikel 289 Sr) is doodslag (artikel 287 Sr) begaan met voorbedachte raad en wordt als zodanig met een hogere straf bedreigd dan doodslag.

Voor een bewezenverklaring van het bestanddeel voorbedachte raad moet komen vast te staan dat de verdachte zich gedurende enige tijd heeft kunnen beraden op het te nemen of genomen besluit en dat hij niet heeft gehandeld in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling. Een belangrijke aanwijzing dat sprake was van een dergelijk moment van 'kalm beraad' is het tijdsverloop tussen besluitvorming en uitvoering.[9] In de uitspraken *Sint Odolphusstraat* en *V.* werd de uiterlijke verschijningsvorm door het gerechtshof gebruikt in het kader van de vaststelling van dit tijdsverloop. Ik bespreek dit in paragraaf 3.2.1.

Een wat bijzondere geval vormt de uitspraak *Garage*, waarin de verdachte aanvoerde dat hij zijn aanvankelijke plan om het slachtoffer van het leven te beroven had laten varen en vervolgens in een hevige gemoedsopwelling haar alsnog van het leven beroofde. De uiterlijke verschijningsvorm werd gebruikt om het verweer te weerleggen dat de verdachte zijn aanvankelijke voornemen had laten varen. Ik bespreek deze uitspraak in paragraaf 3.2.2.

In de uitspraken *Bar* en *Pilaar* wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om vast te stellen dat (geen) sprake is van een 'hevige gemoedsopwelling'. Deze uitspraken bespreek ik in paragraaf 3.2.3. Anders dan in de uitspraken Sint *Odolphusstraat* en *V.* ging het daarbij niet zozeer om het tijdsverloop, maar om een duiding van de gedraging.

3.2.1 Tijdsverloop

3.2.1.1 Arresten Sint Odolphusstraat en V.

In de uitspraak *Sint Odolphusstraat* werd de uiterlijke verschijningsvorm door het gerechtshof gebruikt om te bepalen op welk tijdstip het voornemen bij de verdachte was ontstaan om de agenten van het leven te beroven ('het besluit heeft genomen om het wapen in een confrontatie met de politieagenten tegen hen te gebruiken'), evenals om het moment te bepalen waarop hij aan dat

9 NLR, art. 289, aant. 3; T&C Sr, art. 289, aant. 9; De Hullu 2018, p. 261-264; Zie eveneens de 'standaardoverweging' van de Hoge Raad over voorbedachte raad, hier weergegeven in rechtsoverweging 2.3 van de *Bar*-uitspraak.

voornemen uitvoering had gegeven ('het besluit heeft genomen om daadwerkelijk uitvoering te geven'). Zo kon het voor voorbedachte raad relevante *tijdsverloop* tussen het ontstaan van het voornemen en de uitvoering daarvan worden bepaald.[10]

In de uitspraak *V.* werd de uiterlijke verschijningsvorm eveneens gebruikt om het tijdsverloop te bepalen. In die zaak noemen de rechtbank en het gerechtshof niet specifiek de momenten waarop het voornemen zou zijn ontstaan en het moment waarop daaraan uitvoering is gegeven, maar lijkt de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging wel te worden gebruikt om aan te geven op welk moment *in ieder geval* een voornemen bij de verdachte aanwezig is geweest.[11]

3.2.1.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad?

Moment van uitvoering

Dat de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt om te bepalen op welk moment de verdachte is begonnen met de uitvoering van zijn voornemen, zoals in de uitspraak *Sint Odolphusstraat*, doet denken aan de pogingsjurisprudentie van de Hoge Raad. Zoals in hoofdstuk 2 aan de orde is gekomen wordt de uiterlijke verschijningsvorm daar door de Hoge Raad gebruikt als criterium om vast te stellen of sprake is van een 'begin van uitvoering'. Mede gelet op de door het gerechtshof gebruikte bewoordingen 'uitvoering te geven aan zijn voorgenomen plan', is niet duidelijk of hiermee precies hetzelfde wordt bedoeld als met 'begin van uitvoering'. Bij poging gaat het immers om het geven van uitvoering aan het *misdrijf*, niet om het geven van uitvoering aan het *voornemen*. Daar staat tegenover dat het gerechtshof in de uitspraak *Sint Odolphusstraat* niet het voor poging op grond van de *Cito*-formule vereiste van gerichtheid op voltooiing stelt. Zo wordt het verschil tussen uitvoering van het voornemen en uitvoering van het misdrijf door het gerechtshof mogelijk ondervangen. Toch is hier mijns inziens geen sprake van een met de pogingsjurisprudentie vergelijkbare toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm. De uiterlijke verschijningsvorm wordt dus niet zozeer gebruikt om de gedraging te kwalificeren – zoals bij poging – maar om het (precieze) *moment* te bepalen waarop de verdachte is begonnen met de uitvoering. In de jurisprudentie van de Hoge Raad over poging ben ik dit gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm niet tegengekomen.

---

10 De uiterlijke verschijningsvorm lijkt in dezelfde zin te worden gebruikt in de uitspraak van de Rechtbank Den Haag (ECLI:NL:RBSGR:2012:BW7864) die Van Kessel in haar artikel aanhaalt; zie Van Kessel 2012, p. 314.

11 De uiterlijke verschijningsvorm werd in deze uitspraken gebruikt om het tijdsverloop vast te stellen. Nu echter dat tijdsverloop in beide uitspraken de enige indicatie voor de voorbedachte raad was, is de facto de uiterlijke verschijningsvorm de enige schakel tussen de feiten in deze zaken en het bestanddeel voorbedachte raad.

Moment waarop besluit wordt genomen
Dat de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt om vast te stellen op welk moment de verdachte zijn besluit heeft genomen (zijn opzet is ontstaan), zoals in zowel de uitspraak *Sint Odolphusstraat* en *V.* aan de orde is, lijkt op het eerste gezicht in lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad beschreven in hoofdstuk 3. Bij nadere bestudering vallen echter twee verschillen met die jurisprudentie op.

Het eerste verschil is dat de uiterlijke verschijningsvorm in de twee voornoemde uitspraken niet werd gebruikt in het kader van voorwaardelijk opzet, zoals in de jurisprudentie beschreven in hoofdstuk 3 wel het geval is, maar in het kader van vol opzet. Dit geldt in ieder geval voor de uitspraak *V.* In de uitspraak *Sint Odolphusstraat* was – ook gelet op de casus – mogelijk sprake van voorwaardelijk opzet. Dat is op basis van de uitspraak echter niet helemaal duidelijk.

Een tweede verschil is dat de uiterlijke verschijningsvorm in deze twee uitspraken niet zozeer wordt gebruikt om de vraag te beantwoorden of de verdachte opzet had op het van het leven beroven van het slachtoffer – zoals in hoofdstuk 3 –, maar om het *moment* te bepalen waarop dit voornemen was ontstaan. Het moment waarop dit voornemen uiterlijk waarneembaar wordt, wordt aangemerkt als het moment waarop dat voornemen (in ieder geval) aanwezig moet zijn geweest bij de verdachte. In de jurisprudentie van de Hoge Raad over het (voorwaardelijk) opzet ben ik dit gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm niet tegengekomen.

3.2.2 Het laten varen van het plan

3.2.2.1 Het Garage-arrest
In de uitspraak *Garage* had de verdachte een plan uitgedacht om het slachtoffer, zijn ex-echtgenote, van het leven te beroven. Hij had het slachtoffer vervolgens ook overeenkomstig dat plan om het leven gebracht. De verdachte voerde voor de rechter evenwel het verweer dat hij op enig moment zijn gedachte om het slachtoffer van het leven te beroven had verlaten. Het (alsnog) doden van het slachtoffer zou vervolgens in een hevige gemoedsopwelling zijn gebeurd. De nare woorden en een duw van de ex-echtgenote zouden bij hem de stoppen hebben laten doorslaan. Nu het – hernieuwde – besluit om het slachtoffer van het leven te beroven pas kort voor het van het leven beroven van het slachtoffer was genomen, was volgens de verdediging geen sprake van 'voorbedachte raad' (geen moment van kalm beraad, maar een hevige gemoedsopwelling) en dus geen sprake van moord, maar (slechts) van doodslag. Het gerechtshof ging niet mee met dit verweer. Het gebruikte de uiterlijke verschijningsvorm om het verweer te weerleggen dat de verdachte op enig moment zijn voornemen om het slachtoffer van het leven te beroven had laten varen. In deze uitspraak speelde de uiterlijke verschijningsvorm dus niet zozeer een rol bij de voorbedachte raad zelf, als wel bij het *voornemen (opzet)* van de verdachte.

3.2.2.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad?
In hoofdstuk 3 is beschreven dat de uiterlijke verschijningsvorm in de jurisprudentie van de Hoge Raad een rol speelt bij opzet. In de uitspraken die ik ben tegengekomen speelt de uiterlijke verschijningsvorm (vrijwel) steeds een rol bij het voorwaardelijk opzet.[12] In de *Garage*-uitspraak werd de uiterlijke verschijningsvorm echter gebruikt in het kader van vol opzet. De verdachte had immers een plan en de vraag is of hij het voornemen om dat plan uit te voeren op enig moment heeft laten varen. Ook op dit laatste punt verschilt de *Garage*-uitspraak met de jurisprudentie van de Hoge Raad. De vraag is niet – zoals in de jurisprudentie beschreven in hoofdstuk 3 – of de verdachte een bepaald voornemen (opzet) had – dat was in *Garage* reeds gebleken – maar of hij op enig moment van dat voornemen is afgestapt. Hoewel het verweer daar wel enigszins aan doet denken, ging het hier niet om een verweer dat sprake is van vrijwillige terugtred. Volgens zijn verweer heeft de verdachte zijn voornemen immers *voordat* hij was begonnen met de uitvoering van het misdrijf verlaten, terwijl op grond van artikel 46b Sr van vrijwillige terugtred pas sprake is op het moment dat de verdachte eenmaal een uitvoeringshandeling heeft verricht.

De uiterlijke verschijningsvorm wordt door de Hoge Raad al gebruikt in het kader van het opzet. Ik vind het niet onvoorstelbaar dat de uiterlijke verschijningsvorm ook wordt gebruikt om vast te stellen of de verdachte niet langer opzet had op een bepaald gevolg. De mate waarin de uiterlijke verschijningsvorm in dergelijke gevallen wordt toegepast zal echter ook afhangen van de vraag in hoeverre de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm in de toekomst zal toepassen bij andere opzetgradaties. Dat is op dit moment nog niet duidelijk, zo bleek in hoofdstuk 3, paragraaf 2.3.

3.2.3 Hevige gemoedsopwelling of kalm beraad

3.2.3.1 Arresten Bar en Pilaar
In de uitspraken die leiden tot de arresten *Sint Odolphusstraat* en *V.* (zie paragraaf 3.2.1) hadden de gerechtshoven veel moeite gedaan om het tijdsverloop tussen het nemen van het besluit het geven van uitvoering daaraan vast te stellen. Voor het bewijs van voorbedachte raad is echter niet per se vereist dat de rechter precies vaststelt wanneer het besluit om het misdrijf te plegen door de verdachte is genomen, zo kan uit de uitspraak *Pilaar* worden afgeleid. In de uitspraak *Bar* werd evenmin aandacht besteed aan het (precieze) tijdsverloop.

In de uitspraak *Bar* werd de uiterlijke verschijningsvorm door het gerechtshof gebruikt bij de vaststelling dat de verdachte *niet handelde in een hevige gemoedsopwelling*, maar dat sprake was van kalm beraad. In de *Pilaar*-uitspraak

12 Zie voor de enige (mogelijke) uitzondering hfdst. 3, par. 2.3.

leidde het gerechtshof uit de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging af dat sprake was van een 'tevoren beraamde aanslag' (en dus niet van een hevige gemoedsopwelling). Hoewel het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm in deze twee uitspraken doet denken aan het gebruik van de figuur in de uitspraken *Sint Odolphusstraat* en *V.*, is een verschil dat in die uitspraken specifiek werd verwezen naar het tijdsverloop, terwijl het daarom in de uitspraken *Bar* en *Pilaar* juist niet ging. Door de gerechtshoven werd niet vastgesteld op welk moment de verdachte precies zijn besluit nam. In de *Pilaar*-uitspraak lijkt deze benadering geen problemen op te leveren. In de uitspraak *Bar* werd gecasseerd, maar niet per se omdat de uiterlijke verschijningsvorm werd gebruikt, maar omdat het oordeel van het gerechtshof innerlijk tegenstrijdig was 'op een punt dat in het licht van de overwegingen van het Hof over uiterlijke aard en verschijningsvorm niet van ondergeschikte betekenis is'. De Hoge Raad wees het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm dus niet (expliciet) af.

3.2.3.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad?

Opvallend in de uitspraak *Bar* is dat de Hoge Raad ook in zijn eigen overweging (rechtsoverweging 2.4) de uiterlijke verschijningsvorm noemde. Mijns inziens moet daaraan evenwel niet te veel waarde worden gehecht, omdat de Hoge Raad slechts het gerechtshof parafraseert. Tegelijkertijd wijst de Hoge Raad dit gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm aldus ook niet (expliciet) af. In de *Pilaar*-uitspraak lijkt de Hoge Raad echter wat meer afstand te nemen van het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm. De Hoge Raad liet het oordeel van het gerechtshof in deze uitspraak in stand, maar 'herformuleerde' diens overwegingen wel en maakte daarbij geen gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm. Ik heb voor dit verschil geen verklaring kunnen vinden, anders dan dat de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm kennelijk nog niet nodig achtte. Dat de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm in de toekomst zal toepassen vind ik ook om twee andere redenen niet voor de hand liggen.

De eerste reden is dat het gebruik dat hier wordt gemaakt van de uiterlijke verschijningsvorm niet goed aansluit bij de toepassing die aan de uiterlijke verschijningsvorm wordt gegeven in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Anders dan bij de in de hoofdstukken 2-5 besproken leerstukken wordt de uiterlijke verschijningsvorm hier immers niet gebruikt om vast te stellen op welk doel of gevolg de gedraging is gericht (zie hierover hoofdstuk 7, paragraaf 2.2), maar om de gedraging te karakteriseren, te duiden. Ik kom hierop in paragraaf 5 nog terug.

De tweede reden is dat de Hoge Raad in beide uitspraken, voordat het de middelen bespreekt, zijn 'standaardoverweging' herhaalde, waarin het kader

dat geldt voor voorbedachte raad uiteen wordt gezet.[13] Dit geldt overigens ook voor de in de paragrafen 3.2.1 en 3.2.2 besproken arresten. In die standaardoverweging wordt de uiterlijke verschijningsvorm niet genoemd. In geen van de besproken arresten lijkt de Hoge Raad aan te dringen op het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm. De Hoge Raad noemde de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van de voorbedachte raad hooguit onder verwijzing naar hetgeen het gerechtshof daarover heeft opgemerkt en in de meeste gevallen liet de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm achterwege. Anders dan bij bijvoorbeeld de poging en het voorwaardelijk opzet, ben ik geen uitspraken tegengekomen waarin de Hoge Raad het gerechtshof 'corrigeerde' omdat het heeft nagelaten de uiterlijke verschijningsvorm te gebruiken. Ik leid hieruit af dat de uiterlijke verschijningsvorm in de rechtspraak van de Hoge Raad (in beginsel) geen (zelfstandige) rol heeft bij de voorbedachte raad. In plaats daarvan wordt gebruikgemaakt van het kader zoals dat uiteen is gezet in het *Standaardarrest* over voorbedachte raad.[14] Ik acht het dan ook niet waarschijnlijk dat de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm in de toekomst in het kader van voorbedachte raad gaat gebruiken.

3.2.4 Samenvattende bevindingen over de uiterlijke verschijningsvorm bij voorbedachte raad

In voorkomende gevallen wordt de uiterlijke verschijningsvorm door gerechtshoven gebruikt om vast te stellen op welk moment de verdachte het besluit heeft genomen om het misdrijf te plegen en/of om het moment te bepalen op welk moment de verdachte is aangevangen met het geven van uitvoering aan dit voornemen, om zo het voor voorbedachte raad relevante tijdsverloop te bepalen. De Hoge Raad wijst dit gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm in de hier besproken uitspraken niet (expliciet) af, maar lijkt dat gebruik ook niet te omarmen. Het gebruik dat hier wordt gemaakt van de uiterlijke verschijningsvorm vertoont op het eerste oog gelijkenissen met het gebruik dat van de uiterlijke verschijningsvorm wordt gemaakt door de Hoge Raad bij voorwaardelijk opzet en poging. Echter, anders dan bij poging en voorwaardelijk opzet wordt de uiterlijke verschijningsvorm hier niet gebruikt om een gedraging onder een delictsbestanddeel te plaatsen/juridisch te duiden, maar om een *moment* te bepalen. Dat is een andersoortig gebruik van de figuur. Om die reden acht ik het niet heel waarschijnlijk dat de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad op deze wijze toegepast zal worden.

De figuur van de uiterlijke verschijningsvorm wordt met enige regelmaat door gerechtshoven gebruikt om vast te stellen of bij de verdachte sprake was van kalm beraad dan wel een hevige gemoedsopwelling. Ik verwacht niet dat

13 De Hullu spreekt over 'een vast kader' voor voorbedachte raad; zie De Hullu 2018, p. 262. Bij de *Bar*-uitspraak (*r.o.* 2.3) heb ik deze standaardoverweging opgenomen.

14 HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:963, *NJ* 2014/156.

de uiterlijke verschijningsvorm in dit kader (op korte termijn) zal worden gebruikt door de Hoge Raad, ook omdat dit gebruik niet aansluit bij de toepassing die wordt gegeven aan de figuur bij andere leerstukken. De uiterlijke verschijningsvorm werd hier immers niet gebruikt om vast te stellen op welk doel of gevolg de gedraging was gericht, maar om die gedraging te karakteriseren (vlg. paragraaf 5 hierna). In plaats daarvan maakt de Hoge Raad gebruik van het kader zoals dat uiteen is gezet in het *Standaardarrest* over voorbedachte raad.

4 KWALIFICATIE-UITSLUITINGSGROND BIJ WITWASSEN (420BIS SR)

4.1 Jurisprudentie

HR 26 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2499, *NJ* 2019/102, m.nt. Reijntjes (*Witwassen*)

> '2.2.2.Het Hof heeft voorts het volgende overwogen:
> (…)
> Op grond van de hiervoor opgesomde feiten en omstandigheden, in hun onderlinge samenhang bezien, is het hof van oordeel dat de verdachte handelingen heeft verricht die er naar hun uiterlijke verschijningsvorm op gericht zijn geweest de criminele herkomst van de gelden te verbergen of te verhullen door die gelden niet te laten overboeken op zijn eigen rekening, maar op een rekening die niet op zijn naam stond maar waarover hij wel de beschikking had.
> 3.4. Het Hof heeft bewezenverklaard dat de verdachte tezamen en in vereniging met een ander in de periode van 11 tot en met 15 februari 2011 een geldbedrag van in totaal € 283.879 heeft verworven en voorhanden gehad. Blijkens de bewijsvoering bevond dat bedrag zich in die periode op de ten name van mededader [betrokkene 3] gestelde, doch feitelijk ter beschikking aan de verdachte staande bankrekeningen [0001], [0004], [0006] en [0003], terwijl de verdachte dat bedrag ten dele ook in contante vorm onder zich had. Het Hof heeft in dat verband vastgesteld dat:
> – de verdachte [betrokkene 3] heeft overgehaald om zijn bankrekening [0001] ter beschikking te stellen voor de storting van een groot geldbedrag,
> – de verdachte de beschikking heeft gekregen over de voornoemde bankrekeningnummers van [betrokkene 3] en de daarbij behorende bankpassen en inlogcodes,
> – door een medewerker van OHRA Levensverzekeringen NV een totaalbedrag van € 283.879 is overgeboekt op bankrekening [0001] van [betrokkene 3], terwijl die niet gerechtigd was tot ontvangst van die verzekeringssommen,
> – de verdachte onder gebruikmaking van op naam van zijn broer onderscheidenlijk van [betrokkene 5] gestelde IP-adressen een deel van het op bankrekening [0001] ontvangen geld heeft overgeboekt naar de bankrekeningen [0004] en [0003], alsook een overboeking heeft gedaan van bankrekening [0004] naar bankrekening [0006], en
> – [betrokkene 3] kort na het storten van gelden op die bankrekeningen een deel daarvan contant heeft opgenomen en heeft overhandigd aan de verdachte.

Het op die vaststellingen gebaseerde oordeel van het Hof dat de verdachte het in de bewezenverklaring bedoelde geldbedrag niet slechts tezamen en in vereniging met een ander heeft verworven en voorhanden heeft gehad, maar dat zijn gedragingen ook (kennelijk) gericht zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst daarvan, getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is toereikend gemotiveerd.'

4.2 Analyse

Van witwassen is (onder andere) sprake wanneer de verdachte een voorwerp voorhanden heeft of verwerft terwijl hij weet dat dat voorwerp middellijk of onmiddellijk afkomst is uit enig misdrijf (artikel 420bis Sr). Op het moment dat de verdachte een voorwerp voorhanden heeft dat *onmiddellijk* afkomstig is uit een *door hemzelf* begaan misdrijf, dan valt die gedraging weliswaar onder de delictsomschrijving van artikel 420bis Sr, maar wordt dat feit op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad niet gekwalificeerd als (schuld)witwassen wanneer de verdachte geen gedragingen heeft verricht die 'gericht zijn op het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het voorwerp'.[15] Omdat het feit niet kan worden *gekwalificeerd* als witwassen, wordt in dit verband over een kwalificatie-uitsluitingsgrond gesproken.[16]

4.2.1 De witwaszaak

In de hier beschreven witwaszaak werd de uiterlijke verschijningsvorm door het gerechtshof gebruikt om vast te stellen of sprake was van een gedraging gericht op het verhullen of verbergen van de criminele herkomst.[17] Daarmee werd de uiterlijke verschijningsvorm hier door het gerechtshof gebruikt bij de beoordeling of de kwalificatie-uitsluitingsgrond aan de orde was.

4.2.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad?

De uiterlijke verschijningsvorm werd in de witwaszaak door het gerechtshof gebruikt om vast te stellen of de gedragingen waren *gericht* op het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het voorwerp. Zoals in hoofd-

15 Zie bijv. HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:BX6910, *NJ* 2013/266 en HR 13 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2842, *NJ* 2017/218. In dat geval kan de verdachte sinds 1 januari 2017 wel strafbaar zijn op grond van het – met een lagere straf bedreigde – 'eenvoudig (schuld)witwassen' (artt. 420bis.1 en 420quater.1 Sr); zie hierover ook Arendse 2017(1).

16 Kooijmans 2014(2); Keulen 2016; Arendse 2017(1).

17 Zie in soortgelijke zin de overweging van hetzelfde gerechtshof aangehaald in de conclusie van AG Hofstee van 12 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:221. Het middel in deze zaak miste blijkens de conclusie feitelijke grondslag en werd door de Hoge Raad met artikel 81 RO afgedaan.

stuk 7, paragraaf 1.2 nog uitgebreider zal worden besproken, wordt de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad bij de leerstukken poging, (voorwaardelijk) opzet, strafbare voorbereiding en noodweer(exces) eveneens gebruikt om vast te stellen waarop de gedraging (bij strafbare voorbereiding: het voorwerp) was gericht. Net als bij poging is deze gerichtheid in deze zaak relevant in het kader van de kwalificatievraag. Net als bij noodweer(exces) gaat het evenwel niet om een positieve voorwaarde voor strafbaarheid, maar om een uitsluiting van strafbaarheid.

De hier opgenomen witwasuitspraak is de enige uitspraak van de Hoge Raad waarin ik dit gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm door een gerechtshof ben tegengekomen. De Hoge Raad liet het oordeel van het gerechtshof in deze uitspraak stand, maar noemde de uiterlijke verschijningsvorm zelf niet. Ook nu het slechts één uitspraak betreft, is daarmee niet duidelijk of de Hoge Raad hier wel of niet een rol ziet voor de uiterlijke verschijningsvorm. Gelet op de overeenkomsten met het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm bij andere leerstukken, acht ik het niet uitgesloten dat de uiterlijke verschijningsvorm in de toekomst toegepast zal worden in het kader van de kwalificatie-uitsluitingsgrond bij witwassen.

5 Aanduiding van voorwerp, toestand of gedraging

5.1 Jurisprudentie en analyse

5.1.1 Analyse van de jurisprudentie

In verschillende uitspraken is de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om vast te stellen of het daadwerkelijk gaat om een bepaald *voorwerp*. Zo is de uiterlijke verschijningsvorm bijvoorbeeld gebruikt om vast te stellen dat sprake was van krulsla,[18] een lasgenerator,[19] xtc[20] en hennep en hasjiesj.[21] In een aantal andere uitspraken is de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om een *toestand* te beschrijven. Zo is de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om vast te stellen dat niet aannemelijk was dat de woning in gebruik was bij een ander,[22] dat het veiligstellen van een vaartuig door de Dienst Binnenwaterbeheer en de gemeente Amsterdam niet kon worden beschouwd als inbeslagneming ten behoeve van strafvordering,[23] dat sprake was van een vervoermiddel dat kennelijk is ingericht of toegerust om goederen aan het ambtelijk toezicht te

18 HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7954, *NJ* 2001/14 (*Krulsla*).
19 HR 17 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF0625, *NJ* 2003/9.
20 HR 1 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1715, *NJ* 2008/408.
21 HR 11 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:902.
22 HR 18 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:663.
23 HR 22 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:964, *NJ* 2014/255.

onttrekken[24] en dat sprake is van een res nullius/res derelicta.[25] In weer andere uitspraken is de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt vast te stellen om wat voor *gedragingen* het ging. Zo werd de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om vast te stellen dat de verdachte zich een voertuig wederrechtelijk had toegeëigend[26] en dat de gedragingen seksueel van aard waren.[27]

5.1.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad?

Een overeenkomst tussen het hiervoor beschreven toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm en het gebruik dat van de uiterlijke verschijningsvorm wordt gemaakt bij de in de hoofdstukken 2-5 beschreven leerstukken, is dat de figuur wordt gebruikt om voorwerpen of gedragingen juridisch te duiden. Dat is – in de in onderhavige paragraaf beschreven gevallen – veelal nodig om een delictsbestanddeel te kunnen bewijzen. Een verschil is echter dat de uiterlijke verschijningsvorm in de hiervoor besproken uitspraken – anders dan bij de leerstukken beschreven in de hoofdstukken 2-5 – niet zozeer werd gebruikt om vast te stellen waarop een gedraging is gericht of waartoe een voorwerp is bestemd, maar om vast te stellen wat een voorwerp of gedraging 'is'. Het gaat er niet om om vast te stellen waarop de gedraging of het voorwerp (vanaf het moment van handelen bezien) in de toekomst is gericht, maar om een beschrijving (achteraf) van de staat waarin het voorwerp of de gedraging was op het moment dat het werd aangetroffen/onderzocht.

In de meeste van voornoemde uitspraken gebruikte de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm niet zelf. De term werd gebruikt door deskundigen die een verklaring afleggen, opsporingsambtenaren in hun proces-verbaal, gerechtshoven en AG's bij de Hoge Raad. De enige uitspraak waarin de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm zelf gebruikte, is de uitspraak over de lasgenerator uit 2002. Nadien heeft de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm niet meer in deze zin gebruikt. Ik leid hieruit af dat de Hoge Raad tot op heden geen (grote) rol ziet voor de uiterlijke verschijningsvorm bij de aanduiding van voorwerpen, toestanden en gedragingen. Ook gelet op de verschillen met de andere toepassingen van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad, acht ik het niet waarschijnlijk dat dit in de toekomst anders zal worden.

---

24 HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3632.
25 Conclusie van 10 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1356; conclusie van 28 mei 2019, ECLI:NL:PHR:2019:547.
26 HR 3 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1055.
27 Conclusie van 18 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1255.

5.2 Samenvattende bevindingen over de uiterlijke verschijningsvorm bij de aanduiding van voorwerp, toestand of gedraging

De uiterlijke verschijningsvorm is door gerechtshoven gebruikt om vast te stellen wat een voorwerp of gedraging 'is'. Het gaat er daarbij – anders dan in de jurisprudentie van de Hoge Raad beschreven in de hoofdstukken 2-5 – niet om om vast te stellen waarop de gedraging of het voorwerp (vanaf het moment van handelen bezien) in de toekomst is gericht, maar om een beschrijving (achteraf) van de staat waarin het voorwerp of de gedraging was op het moment dat het werd aangetroffen/onderzocht. De Hoge Raad heeft de uiterlijke verschijningsvorm in deze zin in één uitspraak uit 2002 gebruikt. Ik leid hieruit af dat de Hoge Raad tot op heden geen (grote) rol ziet voor de uiterlijke verschijningsvorm bij de aanduiding van voorwerpen, toestanden en gedragingen. Gelet op de verschillen met de huidige toepassingen van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad, acht ik het niet waarschijnlijk dat dit in de toekomst anders wordt.

6 Samenvattende bevindingen over de overige verschijningsvormen van de uiterlijke verschijningsvorm

Door lagere rechters, AG's bij de Hoge Raad en anderen, zoals opsporingsambtenaren in hun processen-verbaal, wordt de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt in het kader van medeplegen, voorbedachte raad, de kwalificatie-uitsluitingsgrond bij witwassen en de aanduiding van voorwerpen, toestanden en gedragingen. (Alleen) bij een aantal deelonderwerpen vertoont dit gebruik overeenkomsten met de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad bij de leerstukken, beschreven in de hoofdstukken 2-5. Nu de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van medeplegen, voorbedachte raad, de kwalificatie-uitsluitingsgrond en de aanduiding van voorwerpen, toestanden en gedragingen – op een enkele uitzondering na – niet zelf gebruikt en – ten aanzien van medeplegen en voorbedachte raad – andere beoordelingskaders in vaste jurisprudentie heeft uiteengezet, meen ik dat de Hoge Raad (voorlopig) geen (zelfstandige) rol ziet weggelegd voor de uiterlijke verschijningsvorm bij deze onderwerpen. Mogelijk is er wel een toekomstige rol voor de uiterlijke verschijningsvorm op kleine deelonderwerpen, zoals de vaststelling of de verdachte een uitvoeringshandeling heeft verricht (medeplegen).

Nu mijn onderzoek is gericht op de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm in de jurisprudentie van de Hoge Raad, laat ik deze onderwerpen, zoals reeds gezegd, in de volgende hoofdstukken buiten beschouwing. In de Slotbeschouwingen kom ik op dit onderwerp terug. Daar zal ik – in het licht van hetgeen in de volgende hoofdstukken aan de orde komt – aanbevelingen doen ten aanzien van de vraag of de uiterlijke verschijningsvorm in de toekomst

in de jurisprudentie van de Hoge Raad een rol zou moeten krijgen bij de hier besproken (en andere) onderwerpen.

7 De uiterlijke verschijningsvorm overkoepelend: vergelijking tussen de leerstukken

1 INLEIDING

In de hoofdstukken 2-5 heb ik per leerstuk in kaart gebracht hoe de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad wordt gebruikt, welke rol de uiterlijke verschijningsvorm heeft en hoe de uiterlijke verschijningsvorm wordt ingevuld. In dit hoofdstuk zal ik de toepassing van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm bij de verschillende leerstukken met elkaar vergelijken. Daarbij zullen zowel verschillen als overeenkomsten aan de orde komen.

Ik bespreek deze verschillen en overeenkomsten ten aanzien van de onderwerpen die ook in de hoofdstukken 2-5 steeds aan de orde zijn gekomen. Ik houd daarbij dezelfde volgorde van bespreking aan en hanteer dezelfde kopjes, zodat de lezer aan de hand daarvan de betreffende verhandeling per leerstuk in de hoofdstukken 2-5 gemakkelijk terug kan vinden. Dat wil zeggen dat ik begin met de bespreking van de verschillende aspecten van het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm en de daaruit af te leiden rol en vervolgens inga op de invulling die aan de figuur wordt gegeven.

De vergelijking die ik in de paragrafen 1 en 2 maak, is in hoofdzaak beschrijvend van aard. Dat neemt niet weg dat ik bij geconstateerde verschillen wel kort inga op waarom een dergelijk verschil (eventueel) problematisch kan zijn. In de paragrafen 3 en 4 zal ik de resultaten van mijn vergelijking van een nadere duiding voorzien en zal ik komen tot enkele leerstukoverstijgende eigenschappen van de uiterlijke verschijningsvorm. Ik zal daar de stelling betrekken dat die eigenschappen overeenkomen met de algemene kenmerken van de finale handelingsleer en zal die stelling vervolgens meteen weer problematiseren. Zo vormt dit hoofdstuk niet alleen een afsluiting van het eerste gedeelte van mijn onderzoek (de rechtspraakanalyse), maar ook een opmaat naar het tweede gedeelte van het onderzoek: de verificatie of de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm kan worden geplaatst in de finale handelingsleer.

Ik laat het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm bij de ondeugdelijke poging (hoofdstuk 2, paragraaf 2.2), de ondeugdelijke voorbereiding (hoofdstuk 4, paragraaf 3.3) en andere opzetgradaties dan voorwaardelijk opzet (hoofdstuk 3, paragraaf 2.3) in dit hoofdstuk buiten beschouwing, omdat uit de jurisprudentie geen eenduidig beeld ontstaat van de toepassing van die figuur door de Hoge Raad bij die onderwerpen. Eveneens laat ik de toepassingen door de lagere rechter beschreven in hoofdstuk 6 – zoals daar al aangekon-

digd – hier buiten beschouwing. Ik besteed aan de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm bij deze onderwerpen wel aandacht in (hoofdstuk 10 en) mijn Slotbeschouwingen.

2 GEBRUIK EN DE DAARUIT AF TE LEIDEN ROL VAN DE UITERLIJKE VERSCHIJNINGSVORM

2.1 De te beantwoorden vraag: objectieve en subjectieve zijde van het strafbare feit

2.1.1 Verschil

In de hoofdstukken 2-5 besprak ik per leerstuk bij de beantwoording van welke vraag de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt. Daarbij kwam aan de orde in het kader van welke onderwerpen de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt.

Bij poging heeft de uiterlijke verschijningsvorm een rol bij de beantwoording van de vraag of sprake is van 'begin van uitvoering' in de zin van artikel 45 Sr. De uiterlijke verschijningsvorm wordt hier dus gebruikt in het kader van wat als de objectieve zijde van het strafbare feit kan worden beschouwd (hierna: de objectieve zijde). Ook bij strafbare voorbereiding wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt in het kader van de objectieve zijde. De uiterlijke verschijningsvorm wordt daar immers gebruikt in het kader van het bestanddeel 'bestemd' (tot het begaan van dat misdrijf) van artikel 46 Sr.

Bij voorwaardelijk opzet wordt de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm daarentegen gebruikt in het kader van wat als de subjectieve zijde van het strafbare feit kan worden beschouwd (hierna: de subjectieve zijde). Opzet wordt immers zelf beschouwd als te behoren tot de subjectieve zijde van het strafbare feit. Binnen het voorwaardelijk opzet speelt de uiterlijke verschijningsvorm een rol bij de 'aanvaardingseis' (wilsaspect).

Bij noodweer(exces) (artikel 41 Sr) wordt in een 'noodweersituatie' in principe aangenomen dat de verdachte zich heeft willen verdedigen. Pas op het moment dat op basis van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging het vermoeden ontstaat dat de verdachte zich niet heeft willen verdedigen, maar in plaats daarvan het slachtoffer heeft willen aanvallen, wordt dit anders. De uiterlijke verschijningsvorm vormt op dat moment een vermoeden voor de *bedoeling* van de verdachte (zie hoofdstuk 5, paragrafen 3.1.5.2 en 3.1.5.3). Daarmee meen ik dat de uiterlijke verschijningsvorm hier eveneens een rol heeft in het kader van de subjectieve zijde.[1]

1 In de literatuur wordt gesproken over de 'verdedigingswil'. Zie o.a. Knigge & Wolswijk 2015, p. 191; De Hullu 2018, p. 322; Jansen 2015; Van Verseveld 2016.

2.1.2 Problematisering

Nu de subjectieve en objectieve zijde van het strafbare feit in het Nederlandse strafrecht van elkaar worden onderscheiden, roept de bevinding dat de uiterlijke verschijningsvorm zowel wordt gebruikt in het kader van de subjectieve als in het kader van de objectieve zijde vragen op.[2] Dat een onderscheid wordt gemaakt impliceert immers dat beide zijden een eigen invulling krijgen. Als beide zijden worden ingevuld aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm, dan roept dit de vraag op of beide zijden in de rechtspraak van de Hoge Raad nog wel van elkaar onderscheiden worden. Betekent de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm dat het onderscheid tussen de objectieve zijde en de subjectieve zijde gerelativeerd wordt? Het antwoord op deze vraag is mede afhankelijk van de gevallen waarin de figuur wordt toegepast (zie daarover paragraaf 2.4) en de invulling die eraan wordt gegeven (zie daarover paragraaf 3.1).

2.1.3 Bevinding: het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm relativeert het verschil tussen de subjectieve en de objectieve zijde van het strafbare feit

De uiterlijke verschijningsvorm speelt in de jurisprudentie van de Hoge Raad zowel een rol in het kader van de objectieve zijde van het strafbare feit (bij de leerstukken poging en strafbare voorbereiding) als in het kader van de subjectieve zijde (bij de leerstukken opzet en noodweer(exces)). Daardoor lijkt het onderscheid dat in het Nederlandse strafrecht wordt gemaakt tussen de objectieve zijde en de subjectieve zijde van het strafbare feit (enigszins) te worden gerelativeerd. Beide zijden kunnen immers uit de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging (bij strafbare voorbereiding: het voorwerp) worden afgeleid. Over of daadwerkelijk sprake is van een relativering kan evenwel pas een gefundeerde uitspraak worden gedaan als ook de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm en de gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm worden toegepast daarbij worden betrokken. Zie hierover de paragrafen 2.4 en 3.1.

2.2 Gedragingen en voorwerpen als object van de uiterlijke verschijningsvorm

2.2.1 Verschil

In de hoofdstukken 2-5 beschreef ik per leerstuk het object van de uiterlijke verschijningsvorm. In die hoofdstukken bleek dat bij poging, (voorwaardelijk) opzet en noodweer(exces) de uiterlijke verschijningsvorm betrekking heeft

2 Vgl. Van Kessel 2012, p. 313-316; Machielse 2006, p. 239-240.

op een gedraging. Het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm bij de strafbare voorbereiding wijkt op dit punt af van de andere besproken leerstukken. Bij strafbare voorbereiding heeft de uiterlijke verschijningsvorm namelijk betrekking op voorwerpen.[3]

2.2.2 *Relativering*

Er lijkt op dit punt sprake van een verschil tussen de leerstukken. Bij nadere beschouwing blijkt hier evenwel geen sprake te zijn van een verschil dat mijns inziens wezenlijk uitmaakt voor de duiding van de uiterlijke verschijningsvorm. Als ik kijk naar wat er gebeurt, dan wordt de uiterlijke verschijningsvorm namelijk bij alle leerstukken gebruikt om vast te stellen of sprake is van een bepaalde gerichtheid. Ik licht dit toe.

Bij poging en (voorwaardelijk) opzet wordt aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm (onder andere) vastgesteld of de gedraging was gericht op het in de tenlastelegging opgenomen (grond)misdrijf. Bij strafbare voorbereiding wordt aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm beoordeeld of het voorwerp dienstig kan zijn aan het misdadige doel dat de verdachte voor ogen stond, waarmee eveneens wordt verwezen naar het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf. Ik besprak dit al in de hoofdstukken 2-5. Bij al deze leerstukken wordt de uiterlijke verschijningsvorm dus gebruikt om vast te stellen wat de gerichtheid van het object was.

Bij noodweer staat niet de gerichtheid op het grondmisdrijf centraal, maar het karakter van de gedraging. Dat karakter wordt evenwel bepaald door de (wils)gerichtheid die daarin besloten ligt, namelijk de gerichtheid op het aanvallen van de ander. Ook hier wordt de uiterlijke verschijningsvorm dus gebruikt om vast te stellen wat de gerichtheid van het object (de gedraging) was.

Het gaat daarbij, bij alle vier de leerstukken, vanuit de gedraging bezien, om een gerichtheid op een doel/gevolg dat in de toekomst ligt.[4]

2.2.3 *Bevinding: de uiterlijke verschijningsvorm om de gerichtheid van het object vast te stellen*

Het object van de uiterlijke verschijningsvorm verschilt weliswaar per leerstuk, maar dat doet er niet aan af dat de uiterlijke verschijningsvorm zowel bij poging, als bij (voorwaardelijk) opzet, strafbare voorbereiding en noodweer-

3 Vgl. Van Kessel 2012, p. 311-313.

4 Dit is een verschil met het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm om voorwerpen, toestanden en gedragingen aan te duiden, zoals beschreven in hfdst. 6, par. 5. Daar gaat het niet om een toekomstige gerichtheid, maar om de duiding van de voorwerpen op het moment dat zij zijn aangetroffen.

(exces) door de Hoge Raad wordt gebruikt om de gerichtheid van dat object op een in de toekomst gelegen doel/gevolg vast te stellen.

2.3 Plaats in het beslissingsschema van artikel 350 Sv

2.3.1 Verschil

Ik besprak in de hoofdstukken 2-5 per leerstuk bij welke vraag uit het beslissingsschema van artikel 350 Sv de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt. Vergelijking tussen de leerstukken leert dat de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van verschillende vragen van dat beslissingsschema wordt gebruikt. Bij poging wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt in het kader van de kwalificatievraag (tweede vraag). Bij (voorwaardelijk) opzet en strafbare voorbereiding en speelt de uiterlijke verschijningsvorm daarentegen een rol bij de bewijsvraag (eerste vraag). Bij noodweer(exces) wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt in het kader van de vraag of sprake is van een strafuitsluitingsgrond (derde vraag).[5]

2.3.2 Relativering

Hoewel de uiterlijke verschijningsvorm bij verschillende vragen uit het beslissingsschema van artikel 350 Sv wordt gebruikt, is de rol van de uiterlijke verschijningsvorm steeds dezelfde: Bij alle vier de leerstukken wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt als een methode om feiten en omstandigheden onder een bestanddeel te brengen.[6] Dat gebeurt (zie paragraaf 2.2) door aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm van het object (de gedraging/ het voorwerp) vast te stellen waarop dat object was gericht. In dat opzicht lijkt dit door mij geconstateerde verschil dus niet van veel betekenis voor de duiding van de uiterlijke verschijningsvorm. Ik licht dit nog wat nader toe.

De belangrijkste reden dat de uiterlijke verschijningsvorm bij poging wordt gebruikt voor de kwalificatievraag en bij strafbare voorbereiding en (voorwaar-

---

5 In de (oudere) literatuur wordt nog wel eens een onderscheid gemaakt tussen rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden, waarbij de rechtvaardigingsgronden onder de tweede hoofdvraag worden geschaard en de schulduitsluitingsgronden onder de derde hoofdvraag. Ik volg hier de (inmiddels) in de literatuur heersende opvatting dat tussen de rechtvaardigingsgronden en de strafuitsluitingsgronden geen scherp onderscheid kan worden gemaakt en dat zij om die redenen gezamenlijk bij de derde hoofdvraag zouden moeten worden beantwoord. Zie o.a.: Koopmans 2017, p. 38-39; Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 911; De Hullu 2018, p. 297-299.

6 Vgl. Van Kessel 2012, die reeds opmerkte dat de omstandigheid dat de uiterlijke verschijningsvorm een rol heeft bij verschillende vragen in het beslissingsschema van artikel 350 Sv 'niet per se iets zegt over de uiteindelijke functie van de uiterlijke verschijningsvorm'.

delijk) opzet bij de bewijsvraag, lijkt te zijn dat bij deze twee laatste leerstukken de bewijs- en kwalificatievraag samenvallen, omdat de wettelijke termen 'opzet' en 'bestemd' voldoende feitelijk zijn en daarom in de tenlastelegging (mogen)-worden opgenomen (en daar worden geacht dezelfde betekenis hebben als in de wettelijke bepaling). Bij beide leerstukken heeft de uiterlijke verschijningsvorm – binnen de bewijsvraag – evenwel een rol bij de kwalificatie. Aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm wordt bepaald of de feiten en omstandigheden ook opzet respectievelijk voorbereiding 'opleveren'. De uiterlijke verschijningsvorm wordt, kortom, zowel bij poging, als bij (voorwaardelijk) opzet en strafbare voorbereiding gebruikt om de feiten en omstandigheden onder een delictsbestanddeel te brengen. Ook bij noodweer(exces) wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt bij de beantwoording van de vraag of de gedragingen onder een bestanddeel van noodweer(exces) ('verdediging') gebracht kan worden.[7] In alle gevallen wordt de uiterlijke verschijningsvorm dus gebruikt voor de juridische duiding van de gedraging. Het gaat om de stap van feit naar recht.

2.3.3 *Bevinding: de uiterlijke verschijningsvorm als methode om gedragingen onder een bestanddeel te brengen*

De uiterlijke verschijningsvorm wordt weliswaar gebruikt bij verschillende vragen uit het beslissingsmodel van artikel 350 Sv, maar de rol die de uiterlijke verschijningsvorm daarin heeft is steeds dezelfde: Bij zowel poging, als (voorwaardelijk) opzet, voorbereiding en noodweer(exces) wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt als een methode om feiten en omstandigheden al dan niet onder een delictsbestanddeel te brengen. Het gaat, met andere woorden, bij de uiterlijke verschijningsvorm, om de juridische duiding van de gedraging. Het gaat om de stap van feit naar recht. Dit is een procesrechtelijke rol.

2.4 Rol van de uiterlijke verschijningsvorm

In paragraaf 2.3 ging ik al in op de rol van de uiterlijke verschijningsvorm als methode om feiten en omstandigheden (gedragingen) al dan niet onder een delictsbestanddeel te brengen. Dat is de rol die de uiterlijke verschijningsvorm vanuit het beslissingsschema van artikel 350 Sv heeft en vormt dus de meer procesrechtelijke rol van de uiterlijke verschijningsvorm. In deze paragraaf sta ik stil bij de andere rollen die de uiterlijke verschijningsvorm speelt. Omdat bij bestudering van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm het materiële en formele recht moeilijk van elkaar te onderscheiden zijn, zal ik in het hiernavolgende dat onderscheid niet maken.

7 Zie hierover nader hfdst. 5, par. 3.1.1.

2.4.1 Verschil

Op basis van het gebruik dat van de uiterlijke verschijningsvorm wordt gemaakt, heb ik in de hoofdstukken 2-5 steeds per leerstuk beschreven wat de rol van de uiterlijke verschijningsvorm in de jurisprudentie van de Hoge Raad is. Een vergelijking tussen de leerstukken laat zien dat hier sprake is van een verschil. Als de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt, wordt deze weliswaar steeds gebruikt om vast te stellen waarop de gedraging is gericht (zie paragraaf 2.2), maar de gevallen (mate) waarin de uiterlijke verschijningsvorm hiervoor wordt gebruikt verschilt per leerstuk. Dit heeft tot gevolg dat er bij de verscheidene leerstukken sprake is van een andere rol voor de uiterlijke verschijningsvorm.

Bij poging en strafbare voorbereiding is de uiterlijke verschijningsvorm (onderdeel van) een criterium. Bij beide leerstukken moet de uiterlijke verschijningsvorm op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad altijd worden gebruikt voor de beantwoording van de vraag of sprake is van 'begin van uitvoering' in de zin van artikel 45 Sr respectievelijk of de voorwerpen 'bestemd' zijn tot begaan van het misdrijf in de zin van artikel 46 Sr. Blijkens de jurisprudentie (zie ook paragraaf 3.4) gaat het om een inhoudelijk criterium met een bepaalde drempel. De uiterlijke verschijningsvorm schrijft aldus een bepaald minimum voor. Op dit laatste punt is geen verschil met de uiterlijke verschijningsvorm bij het voorwaardelijk opzet en noodweer(exces). Ook daar schrijft de uiterlijke verschijningsvorm een bepaald minimum voor.

Echter, bij voorwaardelijk opzet wordt – anders dan bij poging en strafbare voorbereiding – pas teruggevallen op de uiterlijke verschijningsvorm op het moment dat (geloofwaardige) verklaringen die (voldoende) inzicht geven in hetgeen in de verdachte is omgegaan ten tijde van het feit, ontbreken. Om die reden noemde ik de uiterlijke verschijningsvorm bij het voorwaardelijk opzet een maatstaf. Omdat contra-indicaties mogelijk zijn, levert de uiterlijke verschijningsvorm echter (slechts) een vermoeden op dat sprake is van het voor voorwaardelijk opzet vereiste 'aanvaarden'.

Bij noodweer hoeft in beginsel niet getoetst te worden of de gedraging is gericht op 'verdediging'. Dat is pas anders als de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging erop wijst dat de verdachte zich niet heeft willen verdedigen, maar het slachtoffer heeft willen aanvallen. Pas wanneer de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging daartoe aanleiding geeft, hoeft de rechter te 'toetsen' of de verdachte wel de bedoeling had zich te verdedigen.[8] De rechter mag daarbij in principe uitgaan van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging, tenzij er contra-indicaties zijn. De uiterlijke verschijningsvorm van

8 Hier is dus sprake van een andere benadering dan bij voorwaardelijk opzet. Bij voorwaardelijk opzet wordt pas op de uiterlijke verschijningsvorm teruggevallen als ander bewijs (verklaringen) ontbreekt; bij noodweer(exces) is de uiterlijke verschijningsvorm het startpunt van de beoordeling. Zie hierover ook par. 2.5.

de gedraging vormt dus een vermoeden dat sprake is van een aanvallende gedraging.

De rol(len) van de uiterlijke verschijningsvorm lijken, opvallend genoeg, niet samen te hangen met de plaats in het beslissingsmodel waar de uiterlijke verschijningsvorm aan de orde is (zie paragraaf 2.3). Zowel bij (voorwaardelijk) opzet als bij strafbare voorbereiding is de uiterlijke verschijningsvorm bijvoorbeeld aan de orde bij de bewijsvraag, maar toch heeft de uiterlijke verschijningsvorm bij (voorwaardelijk) opzet een andere rol dan bij strafbare voorbereiding.

Wat opvalt is dat de uiterlijke verschijningsvorm bij de twee leerstukken waar de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de objectieve zijde van het strafbare feit – poging en strafbare voorbereiding – een rol speelt als criterium en dus eigenlijk altijd wordt toegepast. Daar waar de uiterlijke verschijningsvorm een rol speelt bij de subjectieve zijde – voorwaardelijk opzet en noodweer(exces) – wordt de uiterlijke verschijningsvorm minder standaard toegepast. De figuur speelt daar vooral een rol als (bewijs)-vermoeden en als maatstaf (dwingend minimum). Dit vormt een mogelijke aanwijzing dat het onderscheid dat in het Nederlandse strafrecht wordt gemaakt tussen de objectieve zijde en de subjectieve zijde van het strafbare feit toch niet zomaar wordt gerelativeerd door de Hoge Raad (vgl. paragraaf 2.1). Het laat ook zien dat in het kader van de subjectieve zijde van het strafbare feit niet zomaar vertrouwd mag worden op de uiterlijke verschijningsvorm. De uiterlijke verschijningsvorm is, met andere woorden, in het kader van de subjectieve zijde van het strafbare feit niet leidend.

2.4.2 Bevinding: De uiterlijke verschijningsvorm in verschillende rollen

De rol van de uiterlijke verschijningsvorm verschilt per leerstuk. Bij poging en strafbare voorbereiding – waar de uiterlijke verschijningsvorm een rol speelt bij de objectieve zijde van het strafbare feit – heb ik de uiterlijke verschijningsvorm aangemerkt als een criterium. Bij (voorwaardelijk) opzet en noodweer-(exces) – waar de figuur een rol speelt bij de subjectieve zijde – heeft de uiterlijke verschijningsvorm een rol als (bewijs)vermoeden. Deze bevinding duidt erop dat het onderscheid dat in het Nederlandse strafrecht wordt gemaakt tussen de objectieve zijde en de subjectieve zijde van het strafbare feit niet zomaar wordt gerelativeerd door de Hoge Raad (vgl. paragraaf 2.1). Het laat ook zien dat in het kader van de subjectieve zijde van het strafbare feit niet zomaar vertrouwd mag worden op de uiterlijke verschijningsvorm.

3 INVULLING VAN DE UITERLIJKE VERSCHIJNINGSVORM

In de hoofdstukken 2-5 bleek dat de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm per delict(soort) en zelfs per feitencomplex verschilt. Ik constateerde daar echter ook dat als op een iets hoger abstractieniveau naar de omstandigheden wordt gekeken, er delictoverstijgende omstandigheden zijn aan te wijzen en bepaalde overkoepelende noties geformuleerd kunnen worden over de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm. In deze paragraaf zal ik deze delictoverstijgende omstandigheden en overkoepelende noties met elkaar vergelijken.

3.1 Objectieve en subjectieve omstandigheden

3.1.1 Verschil

Over het algemeen worden, zo blijkt uit mijn analyse, objectieve omstandigheden bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken. Kijkend naar om wat voor omstandigheden het gaat, kan geconstateerd worden dat bij veel leerstukken dezelfde (soort) omstandigheden worden betrokken. Zo wordt bij meerdere leerstukken bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken of de verdachte middelen bij zich heeft waarmee hij het strafbare feit kan plegen[9] en of de verdachte het slachtoffer benaderde.[10]

In de gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm speelt bij de subjectieve zijde van het strafbare feit – bij het voorwaardelijk opzet en noodweer-(exces) – worden in beginsel alleen objectieve omstandigheden bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken.[11]

Bij de leerstukken waarbij de uiterlijke verschijningsvorm speelt bij de objectieve zijde van het strafbare feit – poging en strafbare voorbereiding – zijn subjectieve omstandigheden naast objectieve omstandigheden daarentegen juist van groot belang voor de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm. De door de rechter vastgestelde intentie (voornemen (poging)/misdadige doel (strafbare voorbereiding)) van de verdachte speelt bij zowel poging als strafbare voorbereiding een belangrijke rol bij de interpretatie (en kwalificatie) van de gedragingen.[12]

---

9 Zie hfdst. 2, par. 3.12.1.2, hfdst. 3, par. 3.7.1 en hfdst. 4, par. 4.1.3.

10 Zie hfdst. 2, par. 3.12.2.3, hfdst. 3, par. 3.7.3 en hfdst. 5, par. 4.1.2.

11 Dit ligt op zichzelf voor de hand, aangezien de uiterlijke verschijningsvorm nu juist wordt gebruikt omdat ander bewijs van hetgeen in de verdachte is omgegaan ten tijde van het feit ontbreekt.

12 Vgl. Pelser 2004; Machielse 2008.

3.1.2 *Relativering*

Dat er bij het ene leerstuk vooral objectieve omstandigheden bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken, terwijl bij het andere leerstuk de intentie van de verdachte van groot belang is, vormt op het eerste oog een verschil. Het kan vanuit de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm bezien echter ook worden gezien als een overeenkomst. In beide gevallen wordt de uiterlijke verschijningsvorm immers gebruikt om objectieve omstandigheden (gedragingen, voorwerpen, context) en de intentie van de verdachte (opzet, voornemen, misdadige doel) met elkaar te verbinden. Dit leidt ertoe dat er – door toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm – een verbinding tussen de objectieve en de subjectieve zijde van het strafbare feit ontstaat. Zo ontstaat in alle gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast een wisselwerking tussen de gedraging en de intentie van de verdachte.

3.1.3 *Bevinding: de uiterlijke verschijningsvorm als verbinding tussen de objectieve en subjectieve zijde van het strafbare feit*

In gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast, wordt een verbinding gelegd tussen de subjectieve en de objectieve zijde van het strafbare feit. Immers, in gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast bij de objectieve zijde van het strafbare feit (bij poging en strafbare voorbereiding) wordt de gedraging/het voorwerp geïnterpreteerd in het licht van de intentie van de verdachte, terwijl in gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast bij de subjectieve zijde de wil (opzet/bedoeling) van de verdachte wordt afgeleid uit de (gerichtheid van de) gedraging. Dit ondersteunt mijn bevinding in paragraaf 2.1 dat de uiterlijke verschijningsvorm het onderscheid tussen de objectieve en de subjectieve zijde van het strafbare feit relativeert.

3.2 Relevantie van de context

Bij alle vier de leerstukken wordt niet alleen naar de uiterlijke verschijningsvorm van de fysieke gedraging/het voorwerp gekeken. In vrijwel alle uitspraken die ik ben tegengekomen werd de context waarbinnen de gedraging werd verricht/het voorwerp werd aangetroffen betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. In veel gevallen was deze context juist van groot belang voor de beantwoording van de vraag waarop de gedraging/het voorwerp was gericht. Doordat, naast de fysieke gedraging/het voorwerp (en, bij poging en strafbare voorbereiding: de intentie), ook overige omstandigheden bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken, wordt de gedraging/het voorwerp geplaatst in de context waarin zij wordt gepleegd/aangetroffen.

3.3 Omstandigheden die bij de rechter bekend zijn

De term 'uiterlijk' in uiterlijke verschijningsvorm wekt de verwachting dat alleen zichtbare omstandigheden worden betrokken bij het oordeel. Veel omstandigheden die ik ben tegengekomen zijn inderdaad zichtbaar voor een ter plaatse aanwezige (deskundige) waarnemer.[13] Dit is, zo blijkt uit mijn analyse, evenwel niet juist. In de jurisprudentie over de uiterlijke verschijningsvorm ben ik, naast ter plaatse zichtbare omstandigheden, bij alle leerstukken, ook omstandigheden tegengekomen die niet (direct) zichtbaar zijn. Deze omstandigheden zijn onder te verdelen in vier categorieën:

- niet direct zichtbare omstandigheden, die wel ter plekke geconstateerd kunnen worden;
- omstandigheden die niet kunnen worden gezien, maar wel (ter plekke) kunnen worden gehoord, gevoeld of geroken;
- pas achteraf vast te stellen (objectieve) omstandigheden;
- omstandigheden het innerlijk van de verdachte betreffende (zie over dit laatste paragraaf 3.1).

Het gaat er uiteindelijk dan ook niet om wat een toeschouwer ter plekke kan waarnemen; het gaat om wat de rechter achteraf, op basis van het dossier en het onderzoek ter terechtzitting, aan feiten en omstandigheden kan vaststellen. Er is dus geen dwingende relatie tussen de uiterlijke verschijningsvorm en zichtbaarheid.

3.4 De drempel

3.4.1 De drempel van de uiterlijke verschijningsvorm: verschil of overeenkomst?

Bij alle leerstukken ben ik ook ingegaan op de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm. Bij het voorwaardelijk opzet hoofdstuk 3 merkte ik al op dat de *HIV I*-formule de indruk wekt dat de drempel daar behoorlijk hoog ligt. Dit roept de vraag op of de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm bij voorwaardelijk opzet hoger ligt dan bij de andere leerstukken en – meer algemeen – of de ondergrens van de uiterlijke verschijningsvorm tussen de verschillende leerstukken verschilt. Het antwoord op deze beide vragen is zowel ja als nee. Ik licht dit toe door de ondergrens van de uiterlijke verschijningsvorm bij de verschillende leerstukken met elkaar te vergelijken. Ik vind het daarbij van belang te benadrukken dat uit mijn analyse van de jurisprudentie blijkt dat de uiterlijke verschijningsvorm bij alle leerstukken een bepaalde drempel opwerpt, die moet worden gehaald. Hoewel die drempel misschien

13 In de literatuur is die waarnemer als 'criteriumfiguur' voor de uiterlijke verschijningsvorm aangewezen; zie hfdst. 1, par. 3.1.1 en 3.2.

niet bij alle leerstukken even hoog ligt, is er wel steeds een ondergrens, die door de Hoge Raad bewaakt wordt. Bij alle leerstukken ben ik voorbeelden van uitspraken tegengekomen waarin de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm niet werd gehaald. De uiterlijke verschijningsvorm is dus zeker geen lege huls.

Ik begin met een vergelijking tussen poging en voorbereiding, omdat ik hetgeen ik daar uiteenzet ook nodig heb voor de vergelijkingen met/tussen voorwaardelijk opzet en noodweer(exces).

3.4.1.1 Een vergelijking tussen poging en strafbare voorbereiding

In hoofdstuk 2 constateerde ik dat bij poging een onderscheid kan worden gemaakt tussen (1) omstandigheden die betrekking hebben op de vraag of de gedraging is gericht op het *grondmisdrijf* en (2) omstandigheden die betrekking hebben op de vraag of de gedraging gericht is op de *voltooiing* van dat misdrijf. De omstandigheden die bij poging worden betrokken bij de beantwoording van de eerste vraag komen grosso modo overeen met de omstandigheden die bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken bij strafbare voorbereiding. De drempel van de uiterlijke verschijningsvorm ligt desalniettemin hoger bij poging dan bij strafbare voorbereiding, omdat blijkens de *Cito*-formule voor poging niet alleen is vereist dat sprake is van gerichtheid op het grondmisdrijf, maar ook dat sprake is van gerichtheid op voltooiing. Dit laatste vereiste geldt niet bij strafbare voorbereiding. Ik ga hierop in hoofdstuk 8 nader in.

In principe komt de invulling die aan de uiterlijke verschijningsvorm wordt gegeven bij poging en strafbare voorbereiding dus overeen, met dien verstande dat bij poging ook omstandigheden aanwezig moeten zijn waaruit blijkt dat de gedraging gericht was op *voltooiing*. Dit laatste maakt dat de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm bij poging hoger ligt dan bij strafbare voorbereiding.

3.4.1.2 Een vergelijking tussen poging en voorwaardelijk opzet

Wanneer alleen wordt gekeken naar de omstandigheden die bij de poging worden betrokken bij de beantwoording van de vraag of de gedraging was gericht op het grondmisdrijf (en ik de vastgestelde intentie als omstandigheid buiten beschouwing laat), dan constateer ik dat de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm bij het voorwaardelijk opzet hoger ligt dan bij poging (en dus ook hoger dan bij voorbereiding). Dat blijkt ook uit de verschillen tussen de *HIV I*-formule (voorwaardelijk opzet) enerzijds en de *Cito*-formule (poging) en de *Samir A.*-formule (strafbare voorbereiding) anderzijds. Wordt in de *Cito*-formule immers gesproken over 'gericht op (voltooiing van) het misdrijf' en in de *Samir A.*-formule over 'kennelijk bestemd zijn tot het begaan van het misdrijf', in de *HIV I*-formule wordt gesteld dat de gedraging 'zozeer' moet zijn gericht op het gevolg 'dat het niet anders kan zijn' dan dat de verdachte dat gevolg heeft aanvaard. Deze hogere drempel, zo blijkt uit mijn analyse

van de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm bij voorwaardelijk opzet, wordt over het algemeen pas gehaald wanneer sprake is van een zekere nabijheid tot de voltooiing van de gedraging. Ook bij poging wordt een zekere nabijheid tot voltooiing vereist (tweede vereiste), maar ook als de omstandigheden die bij het voorwaardelijk opzet bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken worden gelegd naast de omstandigheden die bij de poging worden betrokken bij het 'gerichtheid op voltooiingsvereiste', dan nog blijkt de drempel bij het voorwaardelijk opzet hoger te liggen. Voorwaardelijk opzet wordt op grond van de uiterlijke verschijningsvorm in de door mij bestudeerde jurisprudentie eigenlijk alleen aangenomen in gevallen waarin sprake is van een voltooid misdrijf of een voltooide poging. Ik kom hier op in hoofdstuk 8, paragraaf 2.1 terug. De drempel bij voorwaardelijk opzet ligt hoger wanneer de verdachte (op gevaarlijke wijze) 'alledaagse gedragingen'[14] heeft verricht dan wanneer de verdachte gedragingen heeft verricht die geen ander doel dan een misdadig doel kunnen hebben.[15] Wanneer sprake is van 'alledaagse gedragingen' wordt de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm alleen gehaald in bijzondere gevallen. Dat laat zien dat er een bepaalde mate van terughoudendheid is om het bewijs van voorwaardelijk opzet zomaar uit een (gevaarlijke) gedraging af te leiden.

Kort samengevat ligt de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm bij het voorwaardelijk opzet hoger dan bij poging en strafbare voorbereiding als alleen wordt gekeken naar de objectieve omstandigheden die worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm.[16]

Echter, bij poging en strafbare voorbereiding speelt ook de door de rechter vastgestelde intentie een belangrijke rol.[17] Het lijkt er daardoor op dat het ontbreken van kennis over wat er (daadwerkelijk) in de verdachte is omgegaan bij het voorwaardelijk opzet wordt 'gecompenseerd' door de Hoge Raad door een extra hoge drempel op te werpen, die eigenlijk alleen wordt gehaald als sprake is van een voltooid misdrijf of een voltooide poging.

3.4.1.3 De drempel bij noodweer(exces)

Bij noodweer(exces) laat de ondergrens van de uiterlijke verschijningsvorm zich wat moeilijker vergelijken met de ondergrens bij de andere leerstukken. De vraag naar noodweer(exces) is immers pas aan de orde *nadat* is vastgesteld dat de gedraging van de verdachte voldoet aan een delictsomschrijving (waar-

---

14 Bijv. het deelnemen aan het verkeer, het hebben van seks of het uitlaten van honden.

15 Zoals het schieten met een vuurwapen op een huis.

16 Daarmee is niet gezegd dat bij poging en strafbare voorbereiding niet ook een ondergrens geldt ten aanzien van de objectieve omstandigheden. De aanwezigheid van alleen een voornemen en een gedraging is niet voldoende. Zie hierover nader hfdst. 2, par. 3.12.3.6, hfdst. 4, par. 4.1.8 en hfdst. 8, par. 2-4.

17 Op zichzelf is natuurlijk begrijpelijk dat de rechter deze intentie niet in het kader van het voorwaardelijk opzet betrekt, hij probeert deze intentie nu net vast te stellen. Maar het heeft (blijkbaar) wel gevolgen voor de drempel die de uiterlijke verschijningsvorm opwerpt.

onder de bestanddelen 'begin van uitvoering (poging), 'bestemd (strafbare voorbereiding) en opzet). Bij noodweer(exces) wordt aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm dan ook niet beoordeeld of de gedraging bijvoorbeeld was gericht op het geven van een klap aan een ander (dat is zo), maar of de verdachte daarmee al dan niet een verderliggend doel nastreefde, te weten (niet) de verdediging van lijf of goed. Dat betekent dat andersoortige omstandigheden worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm dan bij de andere leerstukken. Ik ga hierop in hoofdstuk 8, paragraaf 5 nog wat uitgebreider in. Hoewel deze drempel zich moeilijk laat vergelijken met de drempel bij de andere leerstukken, blijkt uit de jurisprudentie wel dat de uiterlijke verschijningsvorm een drempel opwerpt, anders gezegd, een bepaalde ondergrens stelt. Waar de ondergrens precies ligt is op grond van door mij bestudeerde jurisprudentie echter niet (precies) aan te geven (zie hoofdstuk 5, paragraaf 4.1.8).

3.4.2 *Bevinding: de ondergrens van de uiterlijke verschijningsvorm ligt hoger bij het voorwaardelijk opzet(?)*

Wanneer bij poging alleen wordt gekeken naar het 'gerichtheid op het misdrijfvereiste' dan ligt de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm bij poging ongeveer even hoog als bij strafbare voorbereiding. Omdat bij poging tevens – anders dan bij strafbare voorbereiding – het 'gerichtheid op voltooiingsvereiste' geldt, ligt de drempel bij poging hoger dan bij strafbare voorbereiding.

Als alleen wordt gekeken naar de objectieve omstandigheden die worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm, dan ligt de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm in de jurisprudentie van de Hoge Raad bij het voorwaardelijk opzet hoger dan bij strafbare voorbereiding en poging (zelfs inclusief het 'gerichtheid op voltooiingsvereiste'). Echter, bij poging en strafbare voorbereiding wordt ook de door de rechter vastgestelde intentie van de verdachte betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Het lijkt er daardoor op dat het ontbreken van kennis over wat er (daadwerkelijk) in de verdachte is omgegaan bij het voorwaardelijk opzet wordt 'gecompenseerd' door de Hoge Raad door een extra hoge drempel op te werpen ten aanzien van de objectieve omstandigheden, die eigenlijk alleen wordt gehaald als sprake is van een voltooid misdrijf of een voltooide poging. Ik vat de hogere drempel voor voorwaardelijk opzet – evenals de terughoudendheid die er bestaat om bij (gevaarlijk uitgevoerde) 'alledaagse gedragingen' voorwaardelijk opzet uit de gedraging af te leiden – op als een aanwijzing dat er (toch) behoefte blijft bestaan om de zelfstandige inhoud van de subjectieve zijde (ten opzichte van de objectieve zijde) te bewaken.[18] Dit ondersteunt dus niet mijn bevinding in paragraaf 2.1.

18 Ik kom hierop in de hoofdstukken 8 en 10 nog terug.

3.5 Contra-indicaties

3.5.1 Alleen bij voorwaardelijk opzet en noodweer(exces) contra-indicaties

Bij alle leerstukken geldt dat er zowel omstandigheden zijn die bijdragen aan het oordeel dat de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm wordt gehaald ('positieve omstandigheden') als omstandigheden die juist maken dat die drempel niet wordt gehaald ('negatieve omstandigheden'). In de jurisprudentie van de Hoge Raad over (voorwaardelijk) opzet en noodweer(exces) is daarnaast nog expliciet aandacht voor contra-indicaties, omstandigheden die buiten de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging zijn gelegen, en die maken dat – ondanks de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging – toch niet kan worden aangenomen dat de verdachte een bepaald gevolg had aanvaard/de bedoeling had de ander aan te vallen. In gevallen, waarin, met andere woorden, de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de subjectieve zijde van het strafbare feit, wordt expliciet aandacht besteed aan contra-indicaties, in gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de objectieve zijde niet.[19] Ik leid hieruit een bepaalde terughoudendheid af ten aanzien van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging bij de subjectieve zijde van het strafbare feit. In het kader van de subjectieve zijde mag niet zomaar worden vertrouwd op de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging.

Ik teken bij bovenstaande wel aan dat bij voorwaardelijk opzet de contra-indicaties in de praktijk meerwaarde blijken te hebben. Hoewel beperkt in aantal, ben ik in de jurisprudentie voorbeelden tegengekomen waarin contra-indicaties in de weg stonden aan het aannemen van voorwaardelijk opzet (hoofdstuk 3, paragraaf 3.8.2). Bij noodweer(exces) ben ik niet één uitspraak tegengekomen waarin de bedoeling van de verdachte als contra-indicatie in de weg stond aan het oordeel dat was gebaseerd op de uiterlijke verschijningsvorm (hoofdstuk 5, paragraaf 4.1.7).

3.5.2 Vergelijking tussen voorwaardelijk opzet en noodweer(exces)

Ook los van het praktische belang in de rechtspraak (zie hiervoor), is de wijze waarop de contra-indicaties zich verhouden tot de uiterlijke verschijningsvorm bij voorwaardelijk opzet en noodweer(exces) niet (volledig) gelijk.

Bij voorwaardelijk opzet wordt, zo kwam in hoofdstuk 2, paragraaf 2.1.5, aan de orde, teruggevallen op de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging als er geen ander bewijs is van hetgeen er ten tijde van de gedraging in de

---

19 In hfdst. 3, par. 3.8.2 is aan de orde gekomen dat het onderscheid tussen 'negatieve omstandigheden' en contra-indicaties niet altijd goed te maken is. Dat doet er niet aan af dat juist in de gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de subjectieve zijde expliciet aandacht wordt gevestigd op contra-indicaties.

verdachte is omgegaan. Blijkens de *HIV I*-formule mag, wanneer sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm zozeer is gericht op een bepaald gevolg dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte die gevolgen heeft aanvaard, toch niet zonder meer worden aangenomen dat de verdachte die gevolgen bewust heeft aanvaard. Er kunnen contra-indicaties zijn op grond waarvan moet worden geoordeeld dat toch geen sprake van 'aanvaarden' is.

Zoals in hoofdstuk 5, paragraaf 3.1.5 aan de orde is gekomen, wordt bij noodweer(exces) in beginsel aan de bedoeling van de verdachte geen aandacht besteed. Dat is pas anders als door de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging het vermoeden ontstaat dat de verdachte de bedoeling had de ander aan te vallen. Op dat moment kan in beginsel worden volstaan met de beoordeling van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. Dat is anders als er contra-indicaties zijn, omstandigheden waaruit, ondanks de uiterlijke verschijningsvorm, blijkt dat de verdachte niet de bedoeling had het slachtoffer aan te vallen.

De overeenkomst tussen beide benaderingen is dat niet zonder meer kan worden volstaan met de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging.
Een verschil is echter de volgorde waarin een en ander aan de orde komt. Bij voorwaardelijk opzet wordt eerst gekeken of er (geloofwaardige) verklaringen zijn waaruit blijkt wat er in de verdachte is omgegaan. Pas als die verklaringen ontbreken of onvoldoende inzicht geven, wordt teruggevallen op de uiterlijke verschijningsvorm. Vervolgens kunnen er nog contra-indicaties aan de orde zijn. Bij noodweer(exces) zijn daarentegen niet verklaringen, maar de uiterlijke verschijningsvorm het startpunt. De rechter gaat de bedoeling van de verdachte pas onderzoeken op het moment dat op grond van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging het vermoeden ontstaat dat de verdachte het slachtoffer had willen aanvallen. Vervolgens kunnen er contra-indicaties aan de orde zijn, waaronder verklaringen waaruit blijkt wat er in de verdachte is omgegaan ten tijde van het feit.

Een verklaring voor dit verschil in benadering is dat bij noodweer(exces), blijkens de jurisprudentie, in beginsel niet wordt gekeken wat de bedoeling van de verdachte was. Bij het voorwaardelijk opzet is daarentegen de kern van de beoordeling wat de bedoeling (het (voorwaardelijk) opzet) van de verdachte was.

3.5.3 Bevinding: bij de subjectieve zijde zijn contra-indicaties ten opzichte van de uiterlijke verschijningsvorm (in theorie) mogelijk

In de gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt bij de subjectieve zijde van het strafbare feit (bij voorwaardelijk opzet en noodweer(exces)), kan op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad niet zonder meer worden uitgegaan van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. Er kunnen contra-indicaties aan de orde zijn, omstandigheden die zijn gelegen buiten de uiterlijke verschijningsvorm en die nopen tot een ander

oordeel. Wanneer de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de objectieve zijde van het strafbare feit (poging en strafbare voorbereiding) wordt niet (expliciet) aandacht besteed aan contra-indicaties. Wel kunnen daar – net als overigens bij voorwaardelijk opzet en noodweer(exces) 'negatieve omstandigheden' aan de orde zijn.

Hoewel het onderscheid tussen negatieve omstandigheden en contra-indicaties op grond van de jurisprudentie niet helder is en ik slechts een beperkt aantal uitspraken ben tegengekomen waarin contra-indicaties (expliciet) een rol spelen, kan uit de omstandigheid dat er in het kader van de subjectieve zijde expliciet aandacht wordt gevraagd voor contra-indicaties door de Hoge Raad mijns inziens worden afgeleid dat er bij de subjectieve zijde een grotere terughoudendheid is om op (alleen) de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging te vertrouwen. Dit zie ik als een aanwijzing dat er (toch) behoefte blijft bestaan om de subjectieve zijde van de objectieve zijde te blijven onderscheiden. Dit ondersteunt dus niet mijn bevinding in paragraaf 2.1.

4 Leerstukoverstijgende eigenschappen van de uiterlijke verschijningsvorm, maar ook blijvende verschillen

Hiervoor beschreef ik de overeenkomsten en verschillen tussen de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm bij de verschillende leerstukken. Naast een aantal overeenkomsten (met name ten aanzien van de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm), bleek er echter ook een aantal verschillen te bestaan (met name bij het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm). Bij nadere beschouwing van de verschillen bleek evenwel dat die verschillen gerelativeerd konden worden. Dit maakt dat ik op basis van mijn vergelijking kom tot een aantal eigenschappen die de uiterlijke verschijningsvorm – leerstukoverstijgend – heeft. Het gaat om de volgende eigenschappen:

Eigenschap 1

De uiterlijke verschijningsvorm verbindt de objectieve zijde van het strafbare feit met de subjectieve zijde. Er ontstaat daardoor een wisselwerking tussen objectieve en subjectieve zijde. Zie de paragrafen 2.1 en 3.1.

Eigenschap 2

De uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt om de (in de toekomst gelegen) gerichtheid van de gedraging vast te stellen. Zie paragraaf 2.2.

Eigenschap 3

De uiterlijke verschijningsvorm is een methode om feiten en omstandigheden onder een bestanddeel te brengen. Zie paragraaf 2.3.

Eigenschap 4

De uiterlijke verschijningsvorm plaatst de gedraging in zijn context. Zie paragraaf 3.2.

In alle door mij bestudeerde uitspraken van de Hoge Raad heeft de uiterlijke verschijningsvorm deze eigenschappen (cumulatief). Dit ondersteunt dat sprake is van een eenduidige, onderliggende systematiek.

Er bleek echter ook een aantal verschillen te bestaan tussen de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm bij de verschillende leerstukken, die niet gerelativeerd konden worden of (op het eerste oog) leken te duiden op een bepaalde eigenschap van de figuur. Het ging om de volgende verschillen:

Verschil 1

De uiterlijke verschijningsvorm heeft in de gevallen waarin de figuur wordt gebruikt in het kader van de *objectieve zijde* van het strafbare feit (poging, strafbare voorbereiding) een rol als criterium, dat standaard wordt toegepast. In het kader van de *subjectieve zijde* van het strafbare feit (voorwaardelijk opzet, noodweer(exces)) heeft de uiterlijke verschijningsvorm echter (slechts) een rol als (bewijs)vermoeden en wordt aldus (slechts) in bepaalde gevallen gebruikt. Zie paragraaf 2.4.

Verschil 2

De drempel van de uiterlijke verschijningsvorm verschilt afhankelijk van het leerstuk. De drempel ligt bij poging hoger dan bij strafbare voorbereiding (omdat bij poging anders dan bij voorbereiding ook het 'gerichtheid op voltooiingvereiste' geldt). Als alleen naar de objectieve omstandigheden wordt gekeken ligt de drempel bij voorwaardelijk opzet hoger dan bij strafbare voorbereiding en poging (zelfs met het 'gerichtheid op voltooiingvereiste'). Bij strafbare voorbereiding en poging wordt echter, anders dan bij voorwaardelijk opzet, naast objectieve omstandigheden, ook de door de rechter vastgestelde intentie van de verdachte betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Zie paragraaf 3.4.

Verschil 3

Wanneer de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de *subjectieve zijde* (voorwaardelijk opzet, noodweer(exces)) wordt expliciet aandacht besteed aan eventuele contra-indicaties. Dit gebeurt niet in gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de *objectieve zijde* van het strafbare feit. Zie paragraaf 3.5.

Wat opvalt bij de door mij geconstateerde verschillen is dat er in de jurisprudentie toch, ondanks de overeenkomsten, een bepaald onderscheid gemaakt wordt tussen (de uiterlijke verschijningsvorm bij) de objectieve en (de uiterlijke verschijningsvorm bij) de subjectieve zijde van het strafbare feit. Hoewel, door de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm, een wisselwerking ontstaat tussen de objectieve en de subjectieve zijde van het strafbare feit (zie eigenschap 1), is er blijkbaar een behoefte bestaan om een onderscheid te (blijven) maken tussen die twee zijdes. In ieder geval blijkt van een bepaalde terughoudendheid om in het kader van de subjectieve zijde van het strafbare feit de

uiterlijke verschijningsvorm toe te passen. Daaruit kan worden afgeleid dat de klassieke tweedeling die in het strafrecht wordt gemaakt tussen de objectieve en de subjectieve zijde toch niet (helemaal) is losgelaten. Met de introductie van de uiterlijke verschijningsvorm bij verschillende leerstukken is deze basis van de Nederlandse strafrechtsdogmatiek dus niet (helemaal) verlaten.

5 De uiterlijke verschijningsvorm en de finale handelingsleer: een opmaat

Ik heb me afgevraagd of de door mij gevonden eigenschappen van de uiterlijke verschijningsvorm geplaatst kunnen worden in de dogmatiek. Daarbij ben ik terechtgekomen bij de finale handelingsleer.[20] De door mij gevonden eigenschappen 1 en 2 sluiten aan bij de centrale stelling van de finale handelingsleer dat opzet onderdeel uitmaakt van de handeling. Opzet en handeling kunnen niet los van elkaar worden gezien. Een (strafrechtelijk relevante) handeling is volgens die leer gericht op een gevolg, op een doel. Ook eigenschap 4 sluit aan bij de finale handelingsleer. Dat de uiterlijke verschijningsvorm het object plaatst in de context doet in het bijzonder denken aan het pleidooi van Peters – die in de Nederlandse literatuur wordt beschouwd als de belangrijkste 'vertegenwoordiger' van de finale handelingsleer in de Nederlandse strafrechtwetenschap[21] – om de sociale betekenis van de gedraging centraal te stellen: de gedraging moeten worden bezien binnen de context waarin hij is gepleegd. Bij een eerste beschouwing lijkt de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad dus kenmerken te hebben van de finale handelingsleer.

Ik constateerde in paragraaf 4 echter ook dat er bepaalde verschillen tussen de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm bij de verschillende leerstukken bestaat. Met name lijkt er een bepaalde terughoudendheid te bestaan om de uiterlijke verschijningsvorm toe te passen bij de subjectieve zijde van het strafbare feit. Dit roept de vraag op of, als de uiterlijke verschijningsvorm al

---

20 Ook in de bestaande literatuur is de uiterlijke verschijningsvorm in verband gebracht met de finale handelingsleer. Zie over poging: de noot van Mulder bij HR 23 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9921, *NJ* 1988/420; Nieboer 1991, p. 191; Rozemond 1994. Zie over voorwaardelijk opzet: Buruma in zijn noot bij 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003/552 (*HIV I*); Reijntjes 2003, p. 477; F. de Jong 2004; F. de Jong e.a. 2007; F. de Jong 2009, p. 364. Zie over strafbare voorbereiding: Rozemond 1994, p. 667-673; Pelser 2004, p. 191; Buruma 2006. Zie nader hfdst. 1, par. 3.1.1, 3.2 en 3.3.1.

21 De finale handelingsleer heeft in de Nederlandse literatuur weinig voorstanders. Peters is een van de weinige uitzonderingen. Peters bouwt in zijn proefschrift – naast op het werk van Welzel – overigens voort op het werk van een aantal andere Nederlandse auteurs, waaronder Glastra van Loon. In de Nederlandse literatuur wordt in het kader van de finale handelingsleer vrijwel steeds verwezen naar Welzel en Peters (en soms Glastra van Loon). Zie voor een onderbouwing van de keuze om (naast Welzel) Peters te bespreken: hfdst.1, par. 6.

past binnen een finale handelingsleer, die finale handelingsleer dan wel volledig is omarmd. De terughoudendheid om de uiterlijke verschijningsvorm toe te passen, vormt immers een aanwijzing dat de Hoge Raad de zelfstandige positie van de subjectieve zijde wil (blijven) benadrukken. De vraag is hoe dat zich verhoudt tot de hiervoor reeds genoemde centrale stelling van de finale handelingsleer dat opzet deel uitmaakt van de handeling.

Dit brengt mij ertoe om in het hiernavolgende (hoofdstukken 9 en 10) nader te onderzoeken in hoeverre de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de finale handelingsleer en in hoeverre de Hoge Raad die leer met zijn jurisprudentie volledig heeft omarmd. De door mij gevonden eigenschap 3 laat ik in die hoofdstukken buiten beschouwing, nu die eigenschap meer processueel dan inhoudelijk van aard is. Ik kom er op terug in de Slotbeschouwingen.
Voordat ik inga op de finale handelingsleer wil ik echter nog wat verder inzoomen op de door mij geconstateerde verschillen. Dat doe ik in hoofdstuk 8.

8 Verdieping: problematisering vanuit andere perspectieven

1 INLEIDING

De vergelijking tussen de verschillende leerstukken in hoofdstuk 7 leverde naast een aantal leerstukoverstijgende eigenschappen van de uiterlijke verschijningsvorm ook drie verschillen op, waarvoor – vanuit de uiterlijke verschijningsvorm bezien – geen verklaring kan worden gegeven.[1] Deze drie verschillen laten, in de kern, zien dat de Hoge Raad wanneer de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast in het kader van de objectieve zijde van het strafbare feit (poging, strafbare voorbereiding) een andere benadering kiest dan wanneer de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt bij de subjectieve zijde ((voorwaardelijk) opzet, noodweer(exces)). Uit deze verschillen kan worden afgeleid dat de Hoge Raad terughoudender is met het toepassen van de uiterlijke verschijningsvorm bij de subjectieve zijde. In dit hoofdstuk wil ik wat verder uitdiepen wat dit verschil in benadering betekent. Ik doe dat vanuit een andere benadering dan in de hoofdstukken 2-7. In dit hoofdstuk kijk ik niet vanuit de individuele leerstukken, maar overzie ik meer van boven het slagveld. Ik wil dat doen door te verkennen of er gevallen (denkbaar) zijn waarin de uiterlijke verschijningsvorm in één zaak zowel voor de objectieve (poging, strafbare voorbereiding) als de subjectieve zijde (opzet) wordt gebruikt, welke gevallen dat zijn en wat dat betekent (paragrafen 2 en 3). Op deze wijze onderzoek ik de doorwerking van de uiterlijke verschijningsvorm op het onderscheid tussen de objectieve en de subjectieve zijde van het strafbare feit en de verhouding tussen deze twee. Ik betrek daarbij ook de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm, waardoor ik niet alleen vanuit de invalshoek objectief-subjectief, maar ook vanuit de invalshoek van het bewijs naar de verschillen kijk. Vanuit de invalshoek van het bewijs zal ik ook een vergelijking maken tussen de drempels die voor de uiterlijke verschijningsvorm gelden in het kader van de poging en strafbare voorbereiding (paragraaf 4) en opzet en noodweer(exces) (paragraaf 5).

Net als de voorgaande hoofdstukken is dit hoofdstuk beschrijvend van aard en gericht op het blootleggen van (in)consistenties bij de toepassing van

---

1 Zoals in hfdst. 7, par. 4 aan de orde is gekomen, kan dit wel worden verklaard vanuit de klassieke tweedeling die in de Nederlandse strafrechtdogmatiek wordt gemaakt tussen de objectieve zijde en de subjectieve zijde van het strafbare feit. Blijkbaar heeft de Hoge Raad deze tweedeling niet (helemaal) willen verlaten.

de uiterlijke verschijningsvorm. Ik vel dus (nog) geen oordeel. Dat bewaar ik tot mijn Slotbeschouwingen. Over het algemeen bouw ik voort op mijn bevindingen in de voorgaande hoofdstukken. In de paragrafen 3 en 5 zal ik echter een aantal aanvullende uitspraken opvoeren, die meer licht werpen het 'samenvallen' van de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm bij verschillende leerstukken.

2 Opzet en poging

2.1 Voornemen (opzet) en begin van uitvoering

2.1.1 Analyse

Van strafbare poging is blijkens artikel 45 Sr sprake op het moment dat het voornemen van de dader zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard. In de literatuur wordt aangenomen dat voornemen gelijk is aan opzet. Tenzij op basis van het grondmisdrijf een strenger opzetvereiste geldt,[2] omvat dit opzet alle opzetgradaties, dus ook voorwaardelijk opzet.[3] Dit betekent dat het (in theorie) mogelijk is dat in bepaalde zaken de uiterlijke verschijningsvorm zowel wordt gebruikt in het kader van het bestanddeel 'voornemen' ((voorwaardelijk) opzet) als het bestanddeel 'begin van uitvoering' van artikel 45 Sr.[4]

Bij de bestudering van de rechtspraak van de Hoge Raad ben ik echter geen uitspraken tegengekomen waarin sprake was van een dergelijk 'samenvallen' van de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm. In uitspraken die ik in hoofdstuk 2 (poging) heb besproken was het voornemen steeds op grond van ander bewijs vastgesteld.[5] De uiterlijke verschijningsvorm werd dan ook alleen gebruikt om vast te stellen of sprake was van 'begin van uitvoering'.[6] In de uitspraken die ik hoofdstuk 3 (opzet) besprak waarin een poging ten laste was gelegd, was telkens sprake van een voltooide poging. Daardoor speelde in die zaken (in cassatie) de vraag of sprake was van 'begin van uitvoering' niet. De uiterlijke verschijningsvorm werd dan ook alleen gebruikt om vast te stellen of sprake was van (voorwaardelijk) opzet op een bepaald gevolg.[7]

---

2 Als het grondmisdrijf bijvoorbeeld een oogmerk vereist, zal de poger ook het oogmerk moeten hebben gehad.
3 Zie De Hullu 2018, p. 401. De verschillende uitspraken die in hfdst. 3 zijn opgenomen waarin een poging ten laste was gelegd illustreren dit laatste.
4 Zie in soortgelijke zin Machielse 2008, p. 239-240.
5 In veel uitspraken die zijn opgenomen in hfdst. 3 ontkende de verdachte (in cassatie) niet dat hij het voornemen had gehad met misdrijf te plegen.
6 Zie hfdst. 2, par. 2.3 en 3.12.1.1.
7 Zie hfdst. 3, par. 3.7.10.

Mijn bevindingen ten aanzien van het *gebruik* dat wordt gemaakt van de uiterlijke verschijningsvorm, verklaren deels waarom van een dergelijk 'samenvallen' geen sprake is. Anders dan bij 'begin van uitvoering' – waar de uiterlijke verschijningsvorm een standaardcriterium is (zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.1) – wordt de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van het opzet lang niet altijd gebruikt. De uiterlijke verschijningsvorm wordt (voorlopig) immers alleen gebruikt bij het voorwaardelijk opzet en zelfs bij voorwaardelijk opzet wordt de figuur lang niet altijd toegepast. Er wordt pas teruggevallen op de uiterlijke verschijningsvorm als ander bewijs (verklaringen) ontbreekt of onvoldoende inzicht geeft (zie hoofdstuk 3, paragraaf 2.1).

Ook mijn bevindingen ten aanzien van de *invulling* die de uiterlijke verschijningsvorm bij poging en voorwaardelijk opzet heeft gekregen, nopen mijns inziens tot de conclusie dat zich niet vaak situaties zullen voordoen waarin in één zaak de uiterlijke verschijningsvorm zowel in het kader van het bestanddeel 'begin van uitvoering' als het bestanddeel 'voornemen' wordt gebruikt.

Een eerste relevante bevinding in dit verband is dat bij de poging in het kader van het bestanddeel 'begin van uitvoering' van artikel 45 Sr het voornemen van de verdachte bij de interpretatie (en kwalificatie) van de gedraging een belangrijke rol speelt. Met andere woorden: de gedraging wordt bezien vanuit het perspectief van het voornemen. Een heel aantal gedragingen krijgt pas betekenis op het moment dat duidelijk is wat het voornemen van de verdachte was, ofwel omdat de gedragingen er alledaags uitzien ofwel omdat zij een aanzet kunnen zijn tot verschillende misdrijven.[8] Dat betekent dat in gevallen waarin het voornemen van de verdachte niet anderszins bekend is, lang niet altijd (ondubbelzinnig) kan worden vastgesteld waarop de gedraging was gericht.[9] Alleen al daarom zal het in veel gevallen niet mogelijk zijn om het (voorwaardelijk) opzet van de verdachte uit uitsluitend de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging af te leiden. Dit laatste vormt de kern van de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm bij voorwaardelijk opzet. De uiterlijke verschijningsvorm wordt daar ingevuld aan de hand van de gedraging (fysieke gedraging en omstandigheden waaruit blijkt van de context). Het voornemen – om in de termen van artikel 45 Sr te spreken – wordt bezien vanuit het perspectief van de gedraging.

Wat hier ten tweede relevant is, is dat in zowel de *Cito*-formule bij poging als de *HIV I*-formule bij voorwaardelijk opzet weliswaar wordt verwezen naar de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging, maar dat die formules voor het overige niet gelijkluidend zijn. Een verschil tussen de *Cito*- en de *HIV I*-formule is dat de *Cito*-formule niet alleen gerichtheid op het *misdrijf* (en dus op een bepaald gevolg), maar ook gerichtheid op *voltooiing* van dat misdrijf

8 Zie hfdst. 2, par. 3.12.1.1.

9 Illustratief in dit verband is HR 1 juli 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0511, *NJ* 1997/427 (*Het Trefpunt*); zie hfdst. 2, par. 3.12.1.1.

omvat.[10] Dit betekent dat bij poging niet alleen wordt beoordeeld op welk gevolg een gedraging is gericht, maar ook in welk stadium die gedraging zich bevindt. Dit wekt de verwachting dat zich gevallen voordoen waarin het voornemen – via het voorwaardelijk opzet – wél op basis van de uiterlijke verschijningsvorm kan worden vastgesteld, maar waarin op grond van de *Cito*-formule niet kan worden vastgesteld dat sprake is van 'begin van uitvoering', omdat de gedragingen nog niet een stadium hebben bereikt waarin sprake is van gerichtheid op voltooiing.[11] Deze (op zichzelf logische) veronderstelling wordt echter niet bevestigd door mijn analyse. Uit mijn analyse volgt immers dat – voor zover wordt gekeken naar de objectieve omstandigheden – de drempel bij het voorwaardelijk opzet hoger ligt (vgl. hoofdstuk 7, paragraaf 3.4).

Dit laatste hangt samen met een ander verschil tussen de *Cito*-formule en de *HIV I*-formule. Op grond van de *Cito*-formule moet worden getoetst of de gedraging *gericht* is op het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf. Op grond van de *HIV I*-formule moet – om voorwaardelijk opzet aan te kunnen nemen – de gedraging echter *zozeer zijn gericht* op een bepaald gevolg dat het *niet anders kan zijn* dan dat de verdachte dat gevolg heeft aanvaard. In hoofdstuk 3 constateerde ik al dat de drempel bij voorwaardelijk opzet eigenlijk alleen gehaald wordt in gevallen waarin sprake is van een voltooid delict of een voltooide poging. Dit hangt er waarschijnlijk mee samen dat, zoals hiervoor al aan de orde kwam, dezelfde gedragingen op meerdere gevolgen gericht zijn. Zeker wanneer net een aanvang wordt gemaakt met de gedraging, zal niet altijd duidelijk zijn waarop de gedraging precies was gericht. Naarmate de verdachte verder komt in zijn uitvoering, zal steeds duidelijker worden waarop zijn gedraging (precies) is gericht.[12] Wanneer sprake is van een voltooid misdrijf of een voltooide poging zal de vraag of sprake is van 'begin van uitvoering' niet spelen. Ook om deze reden zal het dus niet snel gebeuren dat de uiterlijke verschijningsvorm in één zaak zowel voor het vaststellen van 'begin van uitvoering' als van 'voornemen' wordt gebruikt.

10 Zie hfdst. 2, par. 2.1 en 3.12.1.2.

11 Zie in deze zin Machielse 2008, p. 240.

12 Zo is wanneer een verdachte een ander met een mes heeft gestoken, afhankelijk van de volgende omstandigheden of de gedraging kan worden aangemerkt als te zijn gericht op levensberoving, zwaar lichamelijk letsel of letsel: (de aard van) het voorwerp dat wordt gebruikt; of de verdachte een slaande of een stekende beweging heeft gemaakt; de frequentie waarmee is gestoken; in de richting van welk lichaamsdeel de verdachte het voorwerp heeft bewogen. Zie hfdst. 3, par. 3.1.2 en 3.2.1. Dit zijn omstandigheden die pas kunnen worden vastgesteld in de (laatste) fase van de daadwerkelijke uitvoering van het voornemen.

2.1.2 *Bevindingen en duiding daarvan: de gedraging vanuit het perspectief van het opzet en het opzet vanuit het perspectief van de gedraging (wanneer dat vanuit het perspectief van bewijs niet anders kan)*

Bij het bestanddeel 'begin van uitvoering' wordt de gedraging bezien vanuit het perspectief van het vastgestelde voornemen (opzet) van de verdachte. In gevallen waarin bij voorwaardelijk opzet de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast, is sprake van de spiegelbeeldige situatie: het opzet wordt bezien vanuit het perspectief van de gedraging. Deze twee spiegelbeeldige perspectieven maken het op zichzelf al minder goed denkbaar dat in een zaak de uiterlijke verschijningsvorm zowel in het kader van het bestanddeel 'begin van uitvoering' als het bestanddeel 'voornemen' van artikel 45 Sr wordt bezien. Daar komt bij dat de uiterlijke verschijningsvorm bij het opzet alleen wordt gebruikt in het kader van het voorwaardelijk opzet, en dan nog alleen als ander bewijs ontbreekt. Het opzet wordt dus alleen bezien vanuit het perspectief van de gedraging als dat – in verband met het (ontbreken van ander) bewijs – niet anders kan. Vanuit het perspectief van bewijs is verder relevant dat de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm bij het voorwaardelijk opzet over het algemeen pas wordt gehaald als sprake is van een voltooide poging of een voltooid misdrijf. Nu bij een voltooid misdrijf of een voltooide poging de vraag of sprake is van 'begin van uitvoering' niet speelt, betekent het vorenstaande dat het in de praktijk niet (snel) zal voorkomen dat de uiterlijke verschijningsvorm in dezelfde zaak zowel voor het bestanddeel 'begin van uitvoering' als – via het voorwaardelijk opzet – voor het bestanddeel 'voornemen' wordt gebruikt.

De hoge drempel die – blijkens deze vergelijking –de uiterlijke verschijningsvorm opwerpt bij voorwaardelijk opzet laat zien dat niet zomaar op de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging wordt vertrouwd.

2.2 Contra-indicaties voor voorwaardelijk opzet en vrijwillige terugtred

2.2.1 *Analyse*

In hoofdstuk 3, paragraaf 3.7.9 beschreef ik een aantal omstandigheden die in het kader van het voorwaardelijk opzet (mogelijk) gelden als een contra-indicatie en die dus kunnen bijdragen aan het oordeel dat de gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm *niet* was gericht op voltooiing van het misdrijf. Het ging onder meer om de omstandigheid dat de verdachte de gedraging tijdig en (volledig) uit zichzelf staakt en de omstandigheid dat de verdachte maatregelen heeft genomen om de gevolgen te voorkomen. Dit zijn ook omstandigheden die, in het kader van de poging, worden betrokken bij de vraag of de verdachte vrijwillig is teruggetreden (artikel 46b Sr). Zij doen daar zelfs zozeer aan denken dat AG Machielse bij de *Stiefmoeder*-uitspraak – waarin de

verdachte er een beroep op deed dat zij de hulpdiensten had gebeld om te voorkomen dat het slachtoffer zou overlijden – concludeerde dat de Hoge Raad in deze zaak ambtshalve zou moeten casseren wegens een 'rechtstreeks en ernstig vermoeden (…) dat artikel 46b Sr hier van toepassing is'.[13] Ondanks dat de omstandigheden erg op elkaar lijken, betekent dit niet dat de vraag van vrijwillige terugtred via het voorwaardelijk opzet kan worden geadresseerd of dat – andersom – de vrijwillige terugtred ertoe kan leiden dat wordt aangenomen dat geen sprake was van voorwaardelijk opzet.[14] Het belangrijkste verschil tussen beide is het 'tijdsaspect'. Ik licht dit toe.

Van vrijwillige terugtred kan pas sprake zijn nadat de verdachte eerst is begonnen met de uitvoering van het misdrijf. Dat betekent dat de verdachte aanvankelijk wel een voornemen had en daar met zijn gedraging uitvoering aan gaf. Bij voorwaardelijk opzet, daarentegen, is het verweer dat de verdachte vanaf het eerste begin bepaalde gevolgen niet beoogde (aanvaardde). Dat betekent dat de tegenmaatregelen ofwel vanaf het eerste begin moeten zijn genomen, ofwel – als zij pas later worden genomen – dusdanig moeten zijn dat daaruit kan worden afgeleid dat de verdachte vanaf het eerste begin bepaalde gevolgen niet beoogde of aanvaardde. De door mij bestudeerde jurisprudentie bevestigt dit beeld. In de (enige) gevallen waarin werd aangenomen dat de verdachte de gevolgen van zijn gedragingen niet aanvaardde omdat hij tegenmaatregelen had genomen (de uitspraken *Veiligheidspal* en *Vuurpijl*), had de verdachte deze tegenmaatregelen vanaf het eerste begin genomen.[15]

De uitspraak *Lekkanaal* illustreert dat tegenmaatregelen – ook als zij pas later zijn genomen – in de weg kunnen staan aan het aannemen van voorwaardelijk opzet, maar wel alleen als zij zo sterk zijn dat daaruit kan worden afgeleid dat de verdachte het gevolg vanaf het allereerst begin niet heeft gewild.[16]

Ik merk daarbij op dat het gegeven dat de tegenmaatregelen onvoldoende zijn om als contra-indicatie te dienen voor het voorwaardelijk opzet, niet betekent dat, als de gevolgen niet zijn ingetreden, die tegenmaatregelen niet

13 De Hoge Raad reageerde hierop (*r.o.* 3.2) door voorop te stellen dat ambtshalve cassatie bijzonder spaarzaam wordt toegepast. Daarbij kwam, volgens de Hoge Raad, dat de beoordeling of sprake was van vrijwillige terugtred afhankelijk is van de bijzondere omstandigheden van geval en daarmee verband houdende feitelijke vaststellingen en waarderingen. Dat oordeel kon, aldus de Hoge Raad, niet voor het eerst in cassatie aan de orde komen.

14 Dat zou betekenen dat vrijwillige terugtred een opzetverweer zou worden, maar daarvan is in de jurisprudentie van de Hoge Raad geen sprake.

15 Zie hfdst. 3, par. 3.1.2 en 3.3.

16 Zie hfdst. 3, par. 3.1.3. In de uitspraak *Lekkanaal* had was de verdachte met zijn voertuig met daarin zijn ex-echtgenote en zijn dochtertje het kanaal ingereden. Hij had vooraf geen maatregelen genomen om te voorkomen dat zijn dochtertje zou verdrinken. Hij had zijn dochtertje echter wel meteen uit het voertuig gered. Daaruit kon worden afgeleid dat hij nooit (vanaf het begin af aan niet) had gewild dat zijn dochtertje zou overlijden.

alsnog zouden kunnen bijdragen aan het oordeel dat sprake was van vrijwillige terugtred. Zo had in de hiervoor al genoemde *Stiefmoeder*-uitspraak mogelijk nog wel sprake kunnen zijn van vrijwillige terugtred, ook al waren de genomen tegenmaatregelen onvoldoende en te laat genomen om nog als contra-indicatie voor (voorwaardelijk) opzet te dienen. Of de genomen maatregelen daarvoor voldoende waren, weten we niet. De Hoge Raad ging er, ondanks het pleidooi van de AG, niet op in.

Niet alleen op het punt van het tijdsaspect verschillen de mogelijkheden om een beroep te kunnen doen op het hebben genomen van tegenmaatregelen in het kader van voorwaardelijk opzet en vrijwillige terugtred van elkaar. Vrijwillige terugtred kan slechts aan de orde kan zijn als de gevolgen uitblijven.[17] Een verweer ten aanzien van het opzet kan evenwel ook gevoerd worden als de gevolgen wél intreden. Illustratief zijn hier opnieuw de uitspraken *Vuurpijl* en *Veiligheidspal*. Het gevolg – de brand respectievelijk de dood van het slachtoffer – was in beide zaken wel degelijk ingetreden. Toch werd geen voorwaardelijk opzet aangenomen, omdat de verdachte vanaf het eerste begin maatregelen had genomen om dat gevolg te voorkomen.

2.2.2 *Bevindingen en duiding daarvan: het opzet gaat aan de gedraging vooraf, de gedraging is niet zonder meer leidend*

Een aantal door mij gevonden contra-indicaties voor voorwaardelijk opzet doen denken aan omstandigheden die worden betrokken bij vrijwillige terugtred. Toch bestaan er verschillen. Om als contra-indicatie te dienen voor voorwaardelijk opzet, moeten de tegenmaatregelen die door de verdachte worden genomen in een zodanig stadium aanwezig zijn genomen (vanaf het eerste begin) of zo sterk zijn, dat daaruit kan worden afgeleid dat de verdachte vanaf het allereerste moment het gevolg niet heeft beoogd/aanvaard. Bij vrijwillige terugtred beoogde of aanvaardde de verdachte het gevolg daarentegen aanvankelijk wel, maar is hij op enig moment tijdens de uitvoering van het misdrijf tot inkeer gekomen en heeft hij vervolgens (helpen) voorkomen dat het misdrijf werd voltooid. Er is dus een verschil ten aanzien van het tijdsaspect. Het opzet, zo kan hieruit worden afgeleid, gaat (bij poging) aan de gedraging vooraf.

Een tweede verschil is dat op vrijwillige terugtred op grond van artikel 46b Sr slechts een geslaagd beroep kan worden gedaan als het misdrijf niet is voltooid. Contra-indicaties ten aanzien van het voorwaardelijk opzet kunnen evenwel ook bij een voltooid misdrijf worden ingeroepen. De gedraging is, zo blijkt hieruit, ten aanzien van het opzet dus niet (zonder meer) leidend.

---

17 Op grond van artikel 46b Sr kan uitsluitend sprake zijn van vrijwillige terugtred zolang het misdrijf niet is voltooid.

3 Opzet en voorbereiding

3.1 Jurisprudentie (aanvullend)

HR 7 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH9025, *NJ* 2009/401 (*Bestorming ADO-home*)
Voorbereiding zware mishandeling (artikel 302 Sr)

De verdachte was, samen met anderen, met een voertuig vol met wapens (waaronder honkbalknuppels, boksbeugels, ploertendoders) aangehouden. Zij waren Ajax-supporters onderweg naar ADO-Den Haag met als doel verhaal te halen, omdat ADO-supporters het Ajax-home twee keer in de brand hadden gestoken. Het was de bedoeling om te gaan vechten met de ADO-supporters. De verdachte had dit zelf verklaard. Hij had eveneens verklaard dat hij wist dat er een baksteen, een houten knuppel en twee paraplu's in de auto lagen. Zelf had hij een gummiknuppel en vier tentstokken meegenomen, naar eigen zeggen om te gebruiken tegen mensen die hem iets wilden aandoen. Hij had geweten dat een van de medeverdachten een gummiknuppel bij zich had. Volgens het gerechtshof had de verdachte

> 'welbewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat in elk geval de door hem meegebrachte wapens zouden worden gebruikt om mee te vechten en dat – gelet op de aard van deze wapens, die daartoe in ieder geval in hun gezamenlijkheid beoordeeld kennelijk bestemd waren – aan de in het ADO-home aanwezige supporters zwaar lichamelijk letsel zou worden toegebracht'.

In cassatie werd gesteld dat het gerechtshof ten onrechte voorwaardelijk opzet toereikend had geacht voor de bewezenverklaring. Dit middel steunde, volgens de Hoge Raad, op een onjuiste opvatting.

3.2 Analyse

Het opzet van de verdachte moet bij strafbare voorbereiding op grond van artikel 46 Sr niet alleen zijn gericht op de gedraging (het voorhanden hebben van de voorwerpen), maar ook op de bestemming van de voorwerpen. Blijkens het *Bestorming ADO-home*-arrest van de Hoge Raad kan voorwaardelijk opzet – ook in het kader van de (kennelijke) bestemming – voldoende zijn. Dat zou betekenen dat het ook in het kader van strafbare voorbereiding kan voorkomen dat in dezelfde zaak de uiterlijke verschijningsvorm zowel voor het bestanddeel 'opzet'[18] als het bestanddeel 'bestemd' van artikel 46 Sr wordt gebruikt. De uiterlijke verschijningsvorm zou dan in één zaak zowel voor de objectieve als de subjectieve zijde van het strafbare feit worden gebruikt.

18 Het opzet op het voorhanden hebben van het voorwerp laat ik hier verder buiten beschouwing, omdat in het kader van dat bestanddeel de uiterlijke verschijningsvorm in de jurisprudentie geen rol heeft.

Een vraag die de jurisprudentie van de Hoge Raad echter bij mij oproept is of de Hoge Raad in het kader van strafbare voorbereiding wel daadwerkelijk genoegen neemt met voorwaardelijk opzet (in dezelfde zin als bij voltooide misdrijven en pogingen). Dat sprake kan zijn van voorwaardelijk opzet, lijkt zich immers moeilijk te verhouden tot mijn bevinding in hoofdstuk 4, paragraaf 4.1.2 dat het misdadige doel voldoende concreet moet worden bepaald en dat in ieder geval bekend moet zijn welke objecten de verdachte (mogelijk) op het oog had. Hoe moet dit worden gezien? Ik meen dat er in het kader van het bestanddeel 'bestemd' geen sprake is van voorwaardelijk opzet, maar van een 'voorwaardelijke bestemming'.[19] Ik licht dit toe.

In zowel de uitspraak *Bestorming ADO-home* als in het *Prinsjesdag*-arrest[20] was een concreet object in beeld (het ADO-home in Den Haag respectievelijk een aantal locaties in Den Haag). In beide zaken was ook duidelijk dat de verdachte een misdadig doel had. In *Bestorming ADO-home* was de verdachte, zo blijkt ook uit de door hemzelf afgelegde verklaring, immers onderweg naar Den Haag om daar 'met een grote groep te gaan vechten met ADO-supporters'. Dat gedrag zal – op zijn minst – mishandeling of openlijke geweldpleging opleveren. In de *Prinsjesdag*-uitspraak was duidelijk dat de verdachte een gewapende overval aan het plannen was. In beide uitspraken was dan ook niet de vraag óf de verdachte een misdadig doel had. Wat de vraag wel was, was of ook een aantal (mogelijke) verderstrekkende gevolgen van het toekomstige misdrijf betrokken konden worden bij de tenlastelegging van voorbereiding. Zo was in de *Bestorming ADO-home*-uitspraak de vraag aan de orde of de verdachte niet alleen mishandeling, maar ook *zware* mishandeling had voorbereid. In de *Prinsjesdag*-uitspraak was het de vraag of de verdachte niet alleen diefstal met geweld, maar – nu hij riskeerde in een vuurgevecht te geraken – ook *moord* had voorbereid.

De redenering in de *Prinsjesdag*-uitspraak lijkt te zijn dat nu de verdachte vuurwapens en een kogelwerend vest onder zich had, hij rekening had gehouden met de mogelijkheid dat het tot een vuurgevecht zou komen, met eventueel dodelijke slachtoffers tot gevolg.[21] Annotator Rozemond spreekt in dit verband over een 'voorwaardelijke bestemming'. In de *ADO home*-uitspraak lijkt een soortgelijke redenering te zijn toegepast door het gerechtshof. Er werd aangenomen dat de verdachte er rekening mee had gehouden dat de voorwerpen ingezet zouden worden tijdens het gevecht (waarom zou hij ze anders meenemen?). De voorwerpen waren van zodanige aard dat daarmee zwaar lichamelijk letsel zou worden toegebracht als ze zouden worden ingezet. Ook hier waren de voorwerpen dus voorwaardelijk – voor het geval het zou komen tot een gevecht – bestemd tot het plegen van zware mishandeling. Ik blijf dan ook bij mijn bevinding uit hoofdstuk 4 dat het misdadige doel behoorlijk

19 Ik ontleen deze term aan Rozemond. Zie diens noot bij het *Prinsjesdag*-arrest.
20 Zie voor deze laatste uitspraak hfdst. 4, par. 2.
21 Vgl. de conclusie van AG Hofstee, onder 36.

concreet moet komen vast te staan. Voor de vaststelling van het *misdadige doel* is voorwaardelijk opzet *niet* voldoende. Dat betekent dat in de praktijk geen sprake zal zijn van het samenvallen van het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm bij de bestanddelen 'opzet' en 'bestemd' uit artikel 46b Sr. Ik ben dergelijke uitspraken ook niet tegengekomen.

Dat neemt, zo blijkt uit bovenstaande eveneens, niet weg dat in een aantal gevallen dat wat de verdachte beoogt (zijn misdadige doel) nog andere (verdergaande) gevaren in het leven kan roepen. In dergelijke gevallen is de vraag of de verdachte op de koop toeneemt dat die gevaren zich zullen verwezenlijken. In zoverre kan worden gesproken van 'voorwaardelijk opzet' op die gevolgen of, in de woorden van Rozemond, een 'voorwaardelijke bestemming' van voorwerpen. Uit voornoemde uitspraken volgt dat de 'voorwaardelijke bestemming' uit de voorwerpen zelf kan worden afgeleid. Een voorwaardelijke bestemming kan worden aangenomen op het moment dat uit de voorwerpen blijkt dat de verdachte rekening hield met bepaalde gevolgen en zich daarop had voorbereid. Hoewel de uiterlijke verschijningsvorm in de uitspraken *ADO-home* en *Prinsjesdag* niet (expliciet) wordt genoemd, wordt de voorwaardelijke bestemming (en dus het voorwaardelijk opzet op bepaalde nevengevolgen) in deze uitspraken dus wel degelijk uit de uiterlijke verschijningsvorm van de voorwerpen afgeleid. Een vraag is wel waarom dit niet expliciet wordt gemaakt. Is hier toch sprake van enige aarzeling dan wel terughoudendheid om in het kader van het misdadige doel de uiterlijke verschijningsvorm te noemen? Dat zou in mijn ogen bevestigen dat de Hoge Raad eraan hecht dat het misdadige doel zelfstandig wordt vastgesteld en wil voorkomen dat daarover misverstanden ontstaan. Dit zou – opnieuw – een aanwijzing vormen dat de Hoge Raad nog altijd hecht aan het maken van een onderscheid tussen de objectieve en de subjectieve zijde van het strafbare feit.

3.3 Bevindingen en duiding daarvan: het perspectief van de intentie of het perspectief van de gedraging?

De jurisprudentie van de Hoge Raad over strafbare voorbereiding laat een enigszins diffuus beeld zien. Enerzijds wordt benadrukt dat het misdadige doel afzonderlijk moet worden vastgesteld. Voor dit misdadige doel lijkt voorwaardelijk opzet niet voldoende. Dit vormt een signaal dat de Hoge Raad bij strafbare voorbereiding waarde hecht aan het onderscheid tussen de subjectieve en de objectieve zijde van het strafbare feit. Anderzijds geldt dat als het misdadig doel eenmaal afzonderlijk is vastgesteld, blijkens de uitspraken *ADO-home* en *Prinsjesdag*, uit de uiterlijke verschijningsvorm van de voorwerpen wel mag worden afgeleid met welke nevengevolgen van zijn handelen de verdachte rekening hield en op de koop toe nam. In zoverre wordt het onderscheid tussen de objectieve en de subjectieve zijde van het strafbare feit toch

weer iets gerelativeerd. De intentie mag immers (deels) uit de uiterlijke verschijningsvorm worden afgeleid.

Alles overziend meen ik dat de zelfstandige rol die het misdadige doel op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad heeft nog steeds overeind staat. Het misdadige doel is leidend. Daarmee worden de voorwerpen – in de eerste plaats – bezien vanuit het perspectief van de intentie van de verdachte. Dit misdadige doel zal voldoende concreet moeten zijn vastgesteld. Pas in tweede instantie kan uit de voorwerpen worden afgeleid met welke nevengevolgen van zijn gedraging de verdachte verder nog rekening hield (opzet vanuit perspectief gedraging).

4 POGING EN VOORBEREIDING

4.1 Afbakening poging en voorbereiding

4.1.1 Analyse

De uiterlijke verschijningsvorm wordt bij poging gebruikt om vast te stellen of sprake is van 'begin van uitvoering'. Daardoor heeft de uiterlijke verschijningsvorm een rol bij de afbakening van poging (begin van uitvoering) en voorbereiding ((nog) geen begin van uitvoering).[22] Tegelijkertijd wordt de uiterlijke verschijningsvorm als criterium gebruikt om vast te stellen of sprake is van strafbare voorbereiding. Dit roept vragen op. Hoe kan hetzelfde criterium zowel worden gebruikt voor de vaststelling dat sprake is van poging (en dus niet (meer) van voorbereiding) als voor de vaststelling dat sprake is van strafbare voorbereiding? Het antwoord op deze vraag is dat het *Cito*-criterium bij poging uiteenvalt in twee 'vereisten': er moet sprake zijn van (1) gerichtheid op het misdrijf en (2) gerichtheid op voltooiing van dat misdrijf.

Met de zinsnede in de *Samir A.*-formule bij strafbare voorbereiding dat de voorwerpen 'naar uiterlijke verschijningsvorm dienstig kunnen zijn voor het misdadige doel dat de verdachte met het gebruik voor ogen stond' lijkt in de kern hetzelfde tot uitdrukking te worden gebracht als met het vereiste van gerichtheid op het misdrijf bij poging. In beide gevallen is de vraag of er sprake was van een gerichtheid op het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf. De omstandigheden die daarvoor relevant zijn, zijn bij poging en strafbare voorbereiding vergelijkbaar. Zowel bij poging als bij strafbare voorbereiding speelt de intentie van de verdachte (voornemen/misdadige doel) een belangrijke rol. De gedragingen worden geïnterpreteerd in het licht van de misdadige intentie. Eveneens is zowel bij poging als bij strafbare voorbereiding relevant of de verdachte middelen voorhanden had die dienstig kunnen

22 Zie nader hfdst. 2, par. 2.1.1.

zijn bij de uitvoering van het misdrijf en kan het gebruik dat van de voorwerpen is gemaakt betrokken worden bij de uiterlijke verschijningsvorm.[23]

Het verschil tussen poging en voorbereiding is dat bij strafbare poging, anders dan bij de strafbare voorbereiding op grond van de *Cito*-formule, ook de *gerichtheid op voltooiing* van het misdrijf is vereist. Ik ging hierop in hoofdstuk 7, paragraaf 2.4 al in. Juist deze gerichtheid op voltooiing markeert het onderscheid tussen strafbare voorbereiding en poging. De omstandigheden die worden betrokken bij de gerichtheid op voltooiing (zie hoofdstuk 2, paragraaf 3.12.2) zijn doorslaggevend bij het antwoord op de vraag of nog slechts sprake is van voorbereiding of dat al sprake is van begin van uitvoering (poging). Dit bevestigt mijns inziens mijn eerdere bevinding dat bij de poging een onderscheid kan worden gemaakt tussen het 'gerichtheid op het misdrijfvereiste' en het 'gerichtheid op de voltooiingsvereiste'. Anders dan bij de gerichtheid op het misdrijf, speelt bij de gerichtheid op voltooiing de intentie van de verdachte geen centrale rol. In de jurisprudentie kunnen objectieve omstandigheden worden aangewezen op basis waarvan wordt vastgesteld of aan het vereiste van gerichtheid op voltooiing is voldaan.

4.1.2 Bevindingen en duiding daarvan: gerichtheid op het misdrijf (intentie leidend) vs. gerichtheid op voltooiing (objectieve omstandigheden leidend)

Zowel bij poging als bij strafbare voorbereiding wordt beoordeeld of sprake is van een gerichtheid op het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf. Bij poging en strafbare voorbereiding worden vergelijkbare omstandigheden betrokken bij de beoordeling – aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm – of sprake is van een dergelijke gerichtheid. Op dit punt is er in de praktijk dan ook geen (wezenlijk) verschil. Wat wel verschilt is dat bij strafbare poging, anders dan bij de strafbare voorbereiding, daarnaast nog moet zijn voldaan aan het vereiste dat de gedraging gericht was op *voltooiing* van het grondmisdrijf. Juist deze gerichtheid op voltooiing markeert het onderscheid tussen strafbare voorbereiding en poging. De omstandigheden die worden betrokken bij de gerichtheid op voltooiing zijn doorslaggevend bij het antwoord op de vraag of nog slechts sprake is van voorbereiding of dat al sprake is van begin van uitvoering (poging). Anders dan bij de gerichtheid op het misdrijf, speelt de intentie van de verdachte bij de gerichtheid op voltooiing geen leidende rol. De gerichtheid op voltooiing wordt afgeleid uit objectieve omstandigheden. Het (enkele) verrichten van een gedraging ter uitvoering van het voornemen is, met andere woorden, niet voldoende voor strafrechtelijke aansprakelijkheid op grond van *poging*.[24]

---

23 Zie hfdst. 2, par. 3.12.1 en hfdst. 4, par. 4.1.

24 Dit is in lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad dat voor strafbaarheid op grond van poging een uitvoeringshandeling van het *misdrijf* (en niet slechts van het voornemen) is vereist.

4.2 De ondeugdelijke poging of voorbereiding

4.2.1 Analyse

Poging of voorbereiding kan zowel ondeugdelijk zijn omdat het middel dat wordt gebruikt ondeugdelijk is, als omdat het object van het misdrijf ondeugdelijk is. Ik bespreek de ondeugdelijkheid van het middel en object hier afzonderlijk. Hoewel de benadering van de Hoge Raad bij poging niet afhankelijk leek te zijn van of sprake is van een ondeugdelijk middel of een ondeugdelijk object, bleek de benadering van de Hoge Raad ten aanzien van ondeugdelijke middelen en ondeugdelijke objecten bij strafbare voorbereiding dat wel degelijk.[25]

Ondeugdelijk middel
Voor zover er vanuit wordt gegaan dat in het *Samir A.*-arrest (strafbare voorbereiding) de vraag wordt beantwoord in hoeverre de voorbereidingsmiddelen (de voorwerpen) absoluut ondeugdelijk waren,[26] kan worden aangenomen dat de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt als *criterium* om die vraag te beantwoorden. Bij poging is minder duidelijk wat de rol is van de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van de ondeugdelijkheid is. Eén van de benaderingen die ik in de jurisprudentie ben tegengekomen is dat de uiterlijke verschijningsvorm als *criterium* wordt gebruikt.[27] Als dat zo is, dan sluiten de benaderingen bij poging en strafbare voorbereiding ten aanzien van de ondeugdelijkheid op dit punt bij elkaar aan. Zowel bij poging als voorbereiding bleek de objectieve ondeugdelijkheid van het middel leidend, niet de beleving van de verdachte.

Ondeugdelijk object
In gevallen waarin het object van het misdrijf ondeugdelijk is – de minderjarige waarmee de verdachte contact heeft en die hij wil bewegen tot ontucht is bijvoorbeeld een verzinsel van een journalist[28] of is eigenlijk een meerderjarige[29] – lijkt de benadering van de Hoge Raad ten aanzien van poging en strafbare voorbereiding uiteen te lopen.

Bij poging staat de absolute ondeugdelijkheid van het object in beginsel in de weg aan strafbaarheid. Hierop moeten evenwel twee nuanceringen worden aangebracht. De eerste nuancering volgt uit het *Kinderdoodslag*-arrest.

---

25 Zie hfdst. 2, par. 2.2 en hfdst. 4, par. 3.3.
26 De uitspraak kan zo worden begrepen, maar een andere lezing is ook mogelijk, zie hierover hfdst. 3, par. 3.3.
27 Zie hfdst. 2, par. 2.2.3. Ik ben echter ook andere benaderingen tegengekomen. Zie daarover samenvattend hfdst. 2, par. 2.2.6.
28 Zie de *Richard*-uitspraak, beschreven in hfdst. 4, par. 2 en 3.3.3.
29 Zie de *Ponypark*-uitspraak, beschreven in hfdst. 2, par. 2.2.2.1 en 3.11.

In dat arrest (zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.3) was aan de verdachte poging tot doodslag op haar pasgeboren baby's ten laste gelegd. Het gerechtshof had de verdachte vrijgesproken omdat niet duidelijk was of de baby's nog leefden tijdens/kort na de geboorte. Dit oordeel hield in cassatie evenwel geen stand. Volgens de Hoge Raad

> 'doet de enkele omstandigheid dat *onzekerheid bestaat* [cursivering: SA] 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* [cursivering: SA] dat de baby's dood ter wereld zijn gekomen'.

Een lijk is in beginsel een absoluut ondeugdelijk object. Dat wordt in dit arrest door de Hoge Raad niet weersproken. Ik begrijp de overweging van de Hoge Raad zo dat pas op het moment dat *aannemelijk is* dat het object absoluut ondeugdelijk was ten tijde van het handelen, de absolute ondeugdelijkheid in de weg staat aan strafbaarheid. De enkele onzekerheid over de (on)deugdelijkheid staat niet in de weg aan strafbaarheid.

De tweede nuancering volgt uit het *Ponypark*-arrest.

In dit arrest (zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.2) had de verdachte – via een website voor minderjarigen onder de twaalf jaar – contact gezocht met een minderjarig meisje. Aanvankelijk had hij met haar gesproken, maar op een gegeven moment was de vader van het meisje achter de computer gaan zitten. Desalniettemin werd de verdachte veroordeeld voor een poging tot verleiding van een minderjarige.

In principe is een meerderjarige een absoluut ondeugdelijk object bij het misdrijf 'verleiding van een minderjarige' (artikel 248a Sr). Dat werd in deze uitspraak door de Hoge Raad erkend (rechtsoverweging 2.3.2). In dit geval deed dat evenwel niet af aan het oordeel dat sprake was van een strafbare poging, omdat het object pas *gedurende de uitvoering* absoluut ondeugdelijk was geworden.[30]

Kortom, de absolute ondeugdelijkheid staat bij poging aan strafbaarheid in de weg, maar dan moet de absolute ondeugdelijkheid wel vastgesteld zijn (nuancering 1) en vanaf het moment dat de uitvoering van het misdrijf aanving aanwezig zijn (nuancering 2). Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt niet (eenduidig) of de uiterlijke verschijningsvorm een rol heeft bij de vaststelling van de ondeugdelijkheid van het object, en zo ja, wat die rol inhoudt.

Anders dan bij poging lijkt de absolute ondeugdelijkheid van het object bij strafbare voorbereiding niet in de weg te staan aan de strafbaarheid, ook niet als het object al vanaf het eerste moment absoluut ondeugdelijk was en

30 De Hoge Raad benadrukt in zijn overwegingen dat, ondanks dat er wat tijd zat tussen het moment waarop de verdachte met de minderjarige had gesproken en het moment waarop hij met haar vader sprake, er sprake was van één feitelijke constellatie.

over die absolute ondeugdelijkheid geen twijfels bestaan. Dit kan worden afgeleid uit het arrest *Richard*.

In dit arrest (zie hoofdstuk 4, paragrafen 2 en 3.3.3) had een tv-presentator een 10-jarig meisje verzonnen om zo iemand te ontmaskeren als pedofiel. Dat het meisje fictief was, stond evenwel niet aan strafbaarheid in de weg.

Bij het vaststellen van de ondeugdelijkheid van het object bij strafbare voorbereiding, speelt de uiterlijke verschijningsvorm in de jurisprudentie van de Hoge Raad geen rol.

Relevant voor voornoemd verschil in benadering tussen poging en strafbare voorbereiding lijkt mij (opnieuw) dat bij voorbereiding, anders dan bij poging, de eis dat de gedraging moet zijn gericht op *voltooiing* niet wordt gesteld. Ik ging op dit verschil al in paragraaf 4.1 in. Dat dit relevant is, leid ik mede af uit de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest *Richard*. In die overwegingen stelt de Hoge Raad dat de eis dat de misdrijven moeten kunnen worden voltooid 'een eis [is] die de wet niet kent en die ook niet bij het karakter van strafbare voorbereiding past'. Bij strafbare voorbereiding is het object verder in de toekomst gelegen dan bij poging. Dat maakt wellicht dat er ten aanzien van het object meer ruimte is voor de voorstelling die de verdachte zich maakte, waardoor de omstandigheden, zoals die achteraf zijn gebleken, minder bepalend worden.[31] Zoals ik in hoofdstuk 2, paragraaf 3.12.2.3 beschreef geldt bij poging, in het kader van de gerichtheid op voltooiing, dat over het algemeen het object van het misdrijf reeds moet zijn benaderd. Dit is bij strafbare voorbereiding geen relevante omstandigheid. Het object moet in beeld zijn (zie hoofdstuk 4, paragraaf 4.1.2), maar er hoeven door de verdachte nog geen concrete stappen te zijn ondernomen om dat object te benaderen.

Zoals ik in hoofdstuk 4, paragraaf 3.3.3 beschreef, kan de omstandigheid dat het object bij de strafbare voorbereiding verder in de toekomst ligt, ook verklaren waarom de ondeugdelijkheid van het object niet, maar de ondeugdelijkheid van de middelen wel in de weg staat aan strafbare voorbereiding. Hoewel de middelen misschien nog niet in alle opzichten geschikt zijn om het misdrijf te plegen, heeft de verdachte van strafbare voorbereiding de middelen op het moment dat wordt ingegrepen wel al voorhanden. Het voorhanden hebben van de middelen vormt bovendien de kern van de strafbaarstelling van voorbereiding. Het object, daarentegen, is nog (volledig) in de toekomst gelegen.

31 Vgl. de conclusie van AG Vegter, onder 11.

4.2.2 *Bevindingen en duiding daarvan: objectieve omstandigheden leidend, behalve bij ondeugdelijk object bij voorbereiding*

De jurisprudentie van de Hoge Raad over de ondeugdelijke poging en de ondeugdelijke voorbereiding is niet eenduidig. Het is mogelijk die jurisprudentie zo te lezen dat de uiterlijke verschijningsvorm zowel bij poging als bij strafbare voorbereiding wordt gebruikt als criterium om vast te stellen of een middel absoluut ondeugdelijk is. In dat geval verschilt de benadering van de Hoge Raad ten aanzien van poging en strafbare voorbereiding op dit punt niet. Hoe dan ook is duidelijk dat zowel bij poging als bij voorbereiding ten aanzien van de ondeugdelijkheid van de middelen de objectieve ondeugdelijkheid centraal staat, niet de beleving van de verdachte. De objectiviteit wordt dus bezien vanuit het perspectief van de gedraging.

Ten aanzien van de ondeugdelijkheid van het object verschilt de benadering van de Hoge Raad bij poging en strafbare voorbereiding echter. Bij poging staat de absolute ondeugdelijkheid van het object in de weg aan strafbaarheid wanneer (1) de absolute ondeugdelijkheid is vastgesteld en (2) het middel absoluut ondeugdelijk was vanaf het moment dat de verdachte aanving met zijn uitvoering. Op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad is niet duidelijk of de uiterlijke verschijningsvorm een rol heeft bij de vaststelling van deze ondeugdelijkheid en zo ja, wat die rol inhoudt.
Bij strafbare voorbereiding staat de absolute ondeugdelijkheid, anders dan bij poging, niet in de weg aan strafbaarheid. Er is bij strafbare voorbereiding daardoor meer ruimte voor de voorstelling die de verdachte zich maakte, waardoor de omstandigheden, zoals die achteraf zijn gebleken, minder bepalend worden. Bij de voorbereiding wordt, met andere woorden, bij de ondeugdelijkheid van het object (mede) vanuit het perspectief van de intentie geoordeeld. Bij poging daarentegen is de objectieve ondeugdelijkheid bepalend. De ondeugdelijkheid van het object wordt, met andere woorden, bij poging vanuit het perspectief van de gedraging bezien.

5 Opzet en noodweer

5.1 Jurisprudentie

HR 30 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:973, *NJ* 2017/250 (*Stiefvader*)
Poging doodslag (287 Sr)

In deze uitspraak – die ten aanzien van slachtoffer 2 aan de orde is gekomen in hoofdstuk 3, paragraaf 3.1.2 – had de verdachte voorwaardelijk opzet gehad op de dood van slachtoffer 1. Slachtoffer 1 en 2 waren de woning van de verdachte binnen gedrongen. Zij wilden geld zien, goedschiks of kwaadschiks. De verdachte had daarop in een nabijgelegen kamer een vuurwapen gehaald. De verdachte had, teruggekomen in de woonkamer, het wapen op slachtoffer 1 gericht en gezegd hij dat hij wilde dat slacht-

offer 1 en 2 zijn woning zouden verlaten. Slachtoffer 1 was op verdachte afgelopen. De verdachte had daarop gericht op de schouder van slachtoffer 1 geschoten. Bewezen werd verklaard dat de verdachte – gelet op de uiterlijke verschijningsvorm van zijn gedraging – voorwaardelijk opzet had op de dood van slachtoffer 1. Zijn beroep op noodweer(exces) werd door het gerechtshof afgewezen, omdat zijn gedraging niet in redelijke verhouding zou hebben gestaan tot de ernst van de aanranding. De Hoge Raad oordeelde dat dit oordeel, gelet op de vaststelling van het gerechtshof, niet zonder meer begrijpelijk was.

HR 14 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:715, *NJ* 2019/218 (*Schietincident in Almere*)
Poging doodslag (287 Sr)

In deze uitspraak – die reeds aan de orde is gekomen in hoofdstuk 5 ten aanzien van het beroep op *noodweer(exces)* – waren de verdachten op drie verschillende plaatsen in Almere in een vuurgevecht geraakt met twee anderen. Volgens het gerechtshof hadden de verdachten *voorwaardelijk opzet* gehad op het van het leven beroven van die twee anderen:

> 'Het hof concludeert op grond van al deze feiten en omstandigheden, zoals hiervoor vastgesteld, dat er sprake is geweest van een nauwe en bewuste samenwerking tussen verdachte en [medeverdachte] bij het schieten op [slachtoffer 1] in de zin van medeplegen. Onder de gegeven omstandigheden is het immers slechts toeval dat het wapen van [medeverdachte] niet en het wapen van verdachte wel goed functioneerde. Hun gezamenlijke opzet was gericht op dit schieten op PD 2, waarbij op zijn minst een aantal kogels op een zodanige plaats en hoogte terecht zijn gekomen, dat het slechts aan toeval te danken is dat de inzittende van de Fiat 500 niet dodelijk door die kogels is getroffen. Dat daarmee de aanmerkelijke kans heeft bestaan dat [slachtoffer 1] fataal letsel zou oplopen behoeft geen betoog. Verdachte heeft door zo met zijn medeverdachte [medeverdachte] te handelen op zijn minst willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaard dat [slachtoffer 1] door hun schoten gedood zou worden.'

Dit oordeel werd in cassatie niet bestreden. Het cassatieberoep richtte zich tegen de afwijzing van het gerechtshof van het beroep op noodweer(exces).

5.2 Analyse

De uitspraken *Stiefvader* en *Schietincident in Almere* illustreren dat wanneer de verdachte voorwaardelijk opzet heeft gehad op een bepaald gevolg (in deze beide casus: de dood van het slachtoffer) dat niet in de weg hoeft te staan aan een beroep op noodweer(exces). Daaruit kan worden afgeleid dat het oordeel dat een gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm zozeer is gericht op een bepaald gevolg dat het niet anders kan zijn dan dat dat gevolg is aanvaard, nog niet betekent dat die gedraging ook naar uiterlijke verschijningsvorm een aanvallend karakter had. Dit heeft er mijns inziens mee te maken dat bij noodweer(exces) niet wordt beoordeeld of de gedraging van de verdachte was

gericht op het misdrijf (dat is immers zo), maar met welk (achterliggende) doel de verdachte dit misdrijf heeft gepleegd. Heeft hij het misdrijf gepleegd ter verdediging van lijf of goed of juist om een ander aan te vallen? Dit betekent dat andere omstandigheden van belang zijn dan wanneer de vraag wordt beantwoord of de gedraging van de verdachte was gericht op het plegen van het misdrijf. Bij noodweer(exces) is (daardoor) bijvoorbeeld ook relevant wat het slachtoffer deed. Dit is voor de gerichtheid op het misdrijf – waarnaar wordt gekeken bij voorwaardelijk opzet – niet (direct) relevant. Hoewel het kan voorkomen dat de uiterlijke verschijningsvorm in een zaak zowel in het kader van voorwaardelijk opzet als in het kader van noodweer(exces) wordt gebruikt – zo illustreren de hier opgenomen zaken – dan zal de invulling die in die gevallen aan de uiterlijke verschijningsvorm wordt gegeven dus niet hetzelfde zijn. Bij het voorwaardelijk opzet staat immers centraal of de gedraging gericht was op het misdrijf, terwijl bij noodweer(exces) het plegen van het misdrijf eerder een middel is om een ander doel te bereiken (verdediging).

In de praktijk zal het, zo is mijn verwachting, overigens niet vaak voorkomen dat in een uitspraak de uiterlijke verschijningsvorm voor zowel voorwaardelijk opzet als noodweer(exces) wordt gebruikt. Ik ben dit zelf alleen in de twee hiervoor genoemde uitspraken tegengekomen. Een verklaring waarom een dergelijke samenloop niet in veel gevallen voorkomt, is dat de uiterlijke verschijningsvorm bij zowel (voorwaardelijk) opzet als noodweer(exces) lang niet in alle zaken wordt gebruikt. De uiterlijke verschijningsvorm wordt bij opzet immers slechts gebruikt in het kader van het voorwaardelijk opzet, en dan nog slechts in gevallen waarin ander bewijs ontbreekt. Lang niet in alle zaken wordt ook een beroep op noodweer(exces) gedaan. Wanneer daarop wel een beroep wordt gedaan, geldt dat in geval van een noodweersituatie in beginsel wordt aangenomen dat de verdachte verdedigend handelde. Pas wanneer uit de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging het vermoeden rijst dat dit anders is, zal de rechter hiernaar kijken. Daar komt bij dat zelfs als de gedraging mogelijk wel een aanvallend karakter heeft, daaraan niet per se aandacht wordt besteed door de rechter. Als het beroep op noodweer(exces) al om een andere reden faalt (bijvoorbeeld omdat geen sprake was van een 'noodweersituatie' of vanwege culpa in causa), dan komt de rechter niet meer toe aan de beoordeling of de gedraging was gericht op de aanval of op verdediging. De kans dat in een zaak de uiterlijke verschijningsvorm zowel in het kader van het opzet als in het kader van noodweer(exces) wordt gebruikt, is dus niet zo groot, maar het kan voorkomen.

5.3 Bevindingen en duiding daarvan: één gedraging, meerdere gerichtheden

Het is mogelijk, zo illustreren de uitspraken *Stiefvader* en *Schietincident in Almere*, dat de uiterlijke verschijningsvorm in een zaak zowel in het kader van voorwaardelijk opzet als in het kader van noodweer(exces) wordt gebruikt.

Omdat in het kader van voorwaardelijk opzet wordt beoordeeld of sprake is van een gedraging die is gericht op het misdrijf en in het kader van noodweer(exces) of de gedraging is gericht op de aanval, verschillen de omstandigheden die bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken. Er is dus sprake van twee afzonderlijke beoordelingen van de gedraging. Wat dit samenvallen laat zien is dat één gedraging op meerdere doelen gericht kan zijn (het misdrijf én (zelf)verdediging). Daarbij is de verdediging in dit geval het hoofddoel en het plegen van het misdrijf eerder een middel om dat doel te bereiken.

In de praktijk is van het samenvallen van het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van voorwaardelijk opzet en noodweer(exces) overigens niet vaak sprake, omdat (1) beide leerstukken op zichzelf al niet in iedere zaak aan de orde zijn en (2) bij beide leerstukken het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm in de rechtspraak van de Hoge Raad is beperkt tot bepaalde gevallen.

6 Overkoepelend: de uiterlijke verschijningsvorm gaat over het opzet, de gedraging en bewijs

Door de bestudering van het 'samenvallen' van leerstukken, heb ik in dit hoofdstuk een verdieping aangebracht ten opzichte van de door mij in hoofdstuk 7 gevonden verschillen bij de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm.

Vanuit het *perspectief objectieve zijde-subjectieve zijde* is in dit hoofdstuk gebleken dat wanneer de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de objectieve zijde het perspectief van de intentie (het opzet) leidend is (paragrafen 2.1 en 3). Het opzet gaat in die gevallen vooraf aan de gedraging. Dit bleek ook vanuit het gezichtspunt van de contra-indicaties (paragraaf 2.2). Op het uitgangspunt dat het perspectief van de intentie leidend is bij de objectieve zijde, bestaat een uitzondering in die zin dat bij de ondeugdelijke poging en voorbereiding het perspectief van de gedraging leidend is, behalve wanneer het gaat om een ondeugdelijk object bij strafbare voorbereiding. In dat laatste geval speelt ook het perspectief van de intentie (opzet) een rol. *Als* de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de subjectieve zijde is het perspectief van de gedraging leidend.

Vanuit het *perspectief van bewijs* valt echter op dat de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van de subjectieve zijde lang niet altijd wordt gebruikt, terwijl de figuur bij de objectieve zijde standaard als criterium wordt toegepast (paragraaf 2.1). Bovendien ligt – als alleen wordt gekeken naar de objectieve omstandigheden die worden betrokken – de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm hoger bij de subjectieve zijde (voorwaardelijk opzet) dan bij de objectieve zijde (poging, voorbereiding) (paragraaf 2.1). Bovendien spelen, anders dan bij de objectieve zijde, bij de subjectieve zijde contra-indicaties

expliciet een rol (paragraaf 2.2). Hieruit kan worden afgeleid dat in het kader van de subjectieve zijde de uiterlijke verschijningsvorm niet zonder meer leidend is. Er mag niet zomaar worde vertrouwd op de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. Dat het eigenlijk niet voorkomt dat de uiterlijke verschijningsvorm in dezelfde zaak zowel voor de objectieve als de subjectieve zijde wordt gebruikt (paragrafen 2.1 en 3.1) ondersteunt, net als de bevinding dat in het kader van de subjectieve zijde niet zomaar op de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging vertrouwd mag worden, mijn bevindingen in hoofdstuk 7 dat het (klassieke) onderscheid dat tussen de objectieve en de subjectieve zijde wordt gemaakt niet is verlaten met de introductie van de uiterlijke verschijningsvorm.

Ik kom op basis van bovenstaande tot de bevinding dat het bij de uiterlijke verschijningsvorm in de kern draait om de gedraging, het opzet (de intentie) van de verdachte en de verhouding daartussen, en bewijs. Dit zijn ook de drie kernelementen van de finale handelingsleer.

9 De finale handelingsleer: Welzel, Peters en finale bewijsvoering

1 INLEIDING

Voordat ik de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad zal toetsen aan de finale handelingsleer (hoofdstuk 10), zal ik in dit hoofdstuk eerst ingaan op wat die leer eigenlijk inhoudt, omdat hierover in de Nederlandse literatuur niet altijd een goed beeld lijkt te bestaan.[1] Zoals in hoofdstuk 1, paragraaf 6, uiteengezet, is het doel van mijn onderzoek niet om de finale handelingsleer op al zijn merites te beoordelen. Mijn doel is om te onderzoeken of de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm binnen die leer kan worden geplaatst, om zo een bijdrage te leveren aan de systematisering van de uiterlijke verschijningsvorm. Om die reden ligt de nadruk op de beoordeling of de toepassing van de figuur aansluit bij de finale handelingsleer en niet op de verschillende opvattingen, lezingen en waarderingen die dienaangaande bestaan in de literatuur. Dat leidt ertoe dat ik in dit hoofdstuk geen uitputtende beschrijving zal geven van de literatuur over de finale handelingsleer, maar mij zal beperken tot het geven van een globale beschrijving. Ik zal mij daarbij concentreren op de finale handelingsleren van Welzel en Peters. Ik beperk me tot deze auteurs om een twee redenen. De eerste reden is dat in de (beperkte) Nederlandse literatuur steevast naar hun werk wordt verwezen. Zij gelden als de 'grondleggers' van de finale handelingsleer (in Nederland) en hun werk is in Nederland op dit punt het invloedrijkst geweest. De tweede reden is dat binnen de finale handelingsleer verschillende 'stromingen' bestaan, die door beschrijving van het relevante werk van Welzel en Peters inzichtelijk worden gemaakt. Want hoewel beide auteurs (in de Nederlandse literatuur) vaak in één adem worden genoemd (en de leer van Peters op een aantal punten voortbouwt op de leer van Welzel), zijn hun leren in zekere zin elkaars tegengestelde. In de leer van Welzel is het opzet leidend. In de leer van Peters staat daarentegen de gedraging centraal. Deze twee leren sluiten in dat opzicht – en dat is de derde reden waarom ik voor de beschrijving van deze leren kies – aan bij mijn bevindingen in hoofdstuk 8. Daar beschreef ik immers dat bij de leerstukken poging en strafbare voorbereiding de gedraging wordt bezien vanuit het perspectief van het opzet (vgl. Welzel), terwijl bij het voorwaardelijk opzet (in gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt

1 Zie hfdst. 1, par. 6.

toegepast) het opzet wordt bezien vanuit het perspectief van de gedraging (vgl. Peters). In hoofdstuk 10 ga ik hierop nader in. In hoofdstuk 8 noemde ik naast het perspectief objectief-subjectief ook nog het perspectief van het bewijs. Vanuit dat oogpunt besteed ik in dit hoofdstuk eveneens aandacht aan 'finale bewijsvoering'. Finale bewijsvoering is een formeelrechtelijk concept dat, voortbouwend op de (materieelrechtelijke) leer van Peters, in Nederland is ontwikkeld en – zo zal in hoofdstuk 10 nog blijken – in de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt toegepast.

Bij de beschrijving van de leren houd ik een chronologische volgorde aan. Dat wil zeggen dat ik eerst de leer van Welzel bespreek (paragraaf 2), dan de leer van Peters, wiens leer voortbouwt op de leer van Welzel (paragraaf 3), en eindig met een beschrijving van finale bewijsvoering, een concept dat weer voortbouwt op de leer van Peters (paragraaf 4).

2 De finale handelingsleer van Welzel: de gedraging vanuit het perspectief van het opzet

De finale handelingsleer is met name in Duitsland ontwikkeld. De Duitse hoogleraar Welzel wordt in de Nederlandse literatuur als de grondlegger van de finale handelingsleer beschouwd.[2] Welzel publiceerde voor het eerst over de finale handelingsleer in 1931. Daarna heeft hij, mede naar aanleiding van publicaties van anderen, zijn leer in verschillende publicaties verder uitgewerkt, aangepast en verfijnd. Ik baseer mij bij de beschrijving van de finale handelingsleer van Welzel op later werk van zijn hand, waarin deze verfijningen zijn verwerkt.

De finale handelingsleer heeft, zoals de naam zegt, betrekking op het strafrechtelijk handelingsbegrip. Voor een begrip van de handelingsleer van Welzel is het evenwel van belang eerst een beschrijving te geven van het opzetbegrip waarvan Welzel uitgaat. In het kader van het handelingsbegrip van Welzel speelt het opzet (de 'finale wil') namelijk een belangrijke rol.

2.1 De finale wil: het perspectief van de verdachte

Volgens Welzel omvat opzet een intellectueel moment ('weten') en een voluntatief moment ('willen'). Alleen een op de *vervulling van delictsbestanddele*n gericht zijnde 'Handlungswille' is, aldus Welzel, strafrechtelijk relevant.[3]

De intellectuele zijde van opzet ziet op de kennis bij de verdachte van de objectieve omstandigheden van het geval ('Tatümstände'). Volgens Welzel volstaat niet dat de verdachte die omstandigheden had kunnen kennen ('poten-

2 Peters 1966, p. 51; vgl. F. de Jong 2004, p. 701 en F. de Jong 2009, p. 24.
3 Welzel 1965, p. 59.

tiell kantte'). Hij moet zich van die omstandigheden tijdens de daad werkelijk bewust zijn geweest, 'sie vorgehstellt, wahrgenommen, an sie gedacht haben,' waarbij de intensiteit waarmee de verdachte zich daarvan bewust was kan verschillen afhankelijk van of het om het doel van de verdachte gaat, om de middelen of om begeleidende omstandigheden.[4] Ik kom verderop op de opzetgradaties die Welzel onderscheidt terug.

Het voluntatieve moment bestaat uit de wil om de delictsbestanddelen te verwerkelijken ('Wille zur Tatbestandsverwircklichung'). Het gaat daarbij niet alleen om wat de verdachte wilde bereiken, maar ook of hij de mogelijkheid reëel achtte dat dit zou lukken.

> 'Als Verwirklichungswille stetzt der Vorsatz voraus, daß der Täter sich eine Einwirkungsmöglichkeit auf das reale Geschehen zuschreibt. Was nach der eigenen Ansicht des Täters außerhalb seiner Einwirkungsmöglichkeit liegt, das kann er als zufällige Verknüpfung mit seiner Handlung wohl erhoffen oder wünschen, aber nicht verwirklichen wollen.'[5]

Binnen het opzet valt allereerst het doel dat de verdachte wil bereiken ('das Ziel'). Volgens Welzel moet onder 'willen' niet worden verstaan hopen, wensen of streven, maar 'willen verwerkelijken'. Welzel spreekt dan ook over een 'Verwirklichungswille'. Daaronder vallen zowel doelen ten aanzien waarvan de verdachte het zeker acht dat hij die zal bereiken als doelen ten aanzien waarvan de verdachte het mogelijk acht dat hij die zal bereiken. Ook als de verdachte de mogelijkheid klein acht dat hij zijn doel zal bereiken, valt dit onder de finale wil. Anders is het wanneer de verdachte het bereiken van het doel slechts als toeval beschouwt. Dan is, aldus Welzel, sprake van hopen of wensen, niet van willen verwerkelijken.[6]

Naast het doel, maken ook de middelen die de verdachte wil inzetten om dat doel te bereiken onderdeel uit van de 'finale wil'. Het gaat bij middelen niet alleen om voorwerpen die het handelend subject in wil zetten (denk aan een wapen of een voertuig), maar ook (juist) om de lichaamsbewegingen ('Körperbewegung') die hij van plan is te verrichten om een causaal proces in gang te zetten dat – gebaseerd op *zijn* kennis over causale processen ('seines Kausalwissens')[7] – (naar verwachting) zal leiden tot het nagestreefde doel. Naast het doel en de middelen, kunnen ook nevengevolgen onderdeel uitmaken van de 'finale wil'. Van belang is dat volgens Welzel het doel en de middelen 'primär und unmittelbar' (primair en direct) onderdeel uitmaken van de finale wil. De nevengevolgen maken echter slechts 'sekundär und nur mittelbar' (secundair en niet rechtstreeks) onderdeel uit van de finale wil, en

4 Welzel 1965, p. 59.
5 Welzel 1965, p. 60.
6 Welzel 1965, p. 60-61.
7 Zoals hiervoor al aan de orde kwam, gaat het om wat de individuele verdachte verwachtte.

slechts voor zover de dader ze als onderdeel van zijn handelingscomplex erkent.[8] Binnen de finale wil vallen volgens Welzel in potentie (1) nevengevolgen ten aanzien waarvan de dader (praktisch) zeker is dat zij zullen intreden bij het aanwenden van de middelen of het bereiken van het doel en (2) nevengevolgen die niet noodzakelijkerwijs, maar wel mogelijkerwijs zijn verbonden aan het inzetten van bepaalde middelen of het bereiken van het doel. In het eerste geval vallen de nevengevolgen volgens Welzel altijd binnen de finale wil. In het tweede geval is dat afhankelijk van of de verdachte rekening houdt met het intreden van de nevengevolgen of er juist op vertrouwt dat zij zullen uitblijven. Alleen in het eerste geval – de verdachte houdt er rekening mee dat zij zullen intreden – vallen de nevengevolgen binnen de finale wil. Welzel spreekt in dit verband over 'dolus eventualis' en 'bedingter Vorsatz' (voorwaardelijk opzet): de dader wil deze gevolgen 'eventualiter mitverwirklichen wollen'.[9]

Samenvattend omvat de finale wil dus zowel het doel van de handeling en de ingezette middelen als de *ingecalculeerde* nevengevolgen, maar *niet* de nevengevolgen die zich mogelijk kunnen voordoen, maar ten aanzien waarvan de verdachte erop vertrouwt dat zij niet zullen intreden.[10] Evenmin valt onder de finale wil, zoals hiervoor aan de orde kwam, een doel (of een nevengevolg) waarvan de dader alleen maar hoopt dat het wordt bereikt, maar waarvan dat bereiken in de ogen van de dader slechts toeval is, noch een gevolg waaraan de verdachte in het geheel niet heeft gedacht. De voorstelling van de dader is hierbij leidend:

> 'Was nach der eigenenen Ansicht des Täters außerhalb seiner Einwirkungsmöglichkeit liegt, das kann er als zufällige Verknüpfung mit seiner Handlung wohl erhoffen oder wünschen, aber nicht verwirklichen wolllen.[11]
> (…) so umfaßt sein Verwirklichungswille auch diese Folge, weil und soforn sie – *nach der Vorstellung des Täters* [cursivering: SA] – mit dem Ziel oder dem Mittel notwendig verknüpft ist (…)
> Ist nach *der Vorstellung des Täters* [cursivering: SA] der Eintritt der Nebenfolge mit dem Ziel oder den Mitteln nicht notwendig, sondern nur möglicherwiese verknüpft, so kommt es darauf an, ob er mit ihrem Eintritt rechnet oder umgekehrt auf ihr ausbleiben vertraut. Folgen, bei denen er damit rechnet, daß sie bei Vornahme seiner Handlung eintreten, muß er, wenn er die Handlung vornimmt, eventualiter mitverwirklichen wollen (sg. Dolus eventualis oder – mißverständlich – "bedingter

8 Welzel 1965, p. 61.
9 Welzel 1965, p. 62; Vgl. Smidt I, p. 87: '[H]et [SA: voorwaardelijk opzet] bestaat wanneer wij niet regtstreeks den wil hadden gerigt op het misdrijf, doch, de mogelijkheid voorziende dat ons handelen of niet handelen (…) zeker gevolg zal hebben of met zekere omstandigheden gepaard zal gaan, toch handelen of niet handelen zonder ons door die voorziene mogelijkheid te laten weerhouden. Dat gevolg of die omstandigheden heeft men dan eventueel in zijn wil opgenomen.'
10 In Nederland valt dit onder bewuste schuld. Welzel heeft het over 'Fahrlässigkeit'.
11 Welzel 1965, p. 60.

> Vorsatz"). Umgekehrt erstreckt sich der Verwirklichungswille nicht auf mögliche Folgen, bei denen der Täter gerade darauf vertraut, daß sie nicht eintreten werden; denn wer bei seiner Handlung auf das Ausbleiben von Folgen vertraut, will diese ebensowenig verwircklichen wie Folgen, an die er nicht denkt (hier kommt nur Fahrlässigkeit in Betracht).'[12]

2.2 De handeling

De handeling is volgens Welzel de verwerkelijking van de finale wil in een uiterlijke daad. De gedraging is daardoor niet 'vrij' van de finale wil.[13] De handeling is een 'intentioneel gebeuren'. Wat slechts causaal, en niet ook intentioneel is bepaald, onttrekt zich volgens Welzel aan de strafrechtelijke beoordeling. Bepalend voor de handeling is wat het handelend subject heeft gewild. Een handeling is bewust, door de op bepaalde gevolgen gerichte wil, bestuurd gedrag. Dit betekent dat het opzet tot de handeling behoort.

> 'Da die Finalität auf der Fähigkeit des Willens beruht, in bestimmtem Umfange die Folgen des kausalen Eingreifens vorauszusehen und dadurch dieses zur Zielerreichnung hin planvoll zu steuern, is der zielbewußte, das kausale Geschehen lenkende Wille das Rückgrat der finalen Handlung. Er is der Steuerungsfaktor, der das äußere Kausalgeschehen überdeteriminiert und es dadurch zur zielgelenkten Handlung macht. Ohne ihn würde diese, in ihrer sachlichen Struktur zerstört, zu einem blinden Kausalprozeß herabsinken. Darum gehört der finale Wille, da und soweit er das äußere Geschehen objektiv gestaltet, als integrierender Faktor zur Handlung hinzu.'[14]

Volgens Welzel voltrekt een handeling zich in twee stappen.[15] In de praktijk vallen deze twee stappen (bij eenvoudige handelingen) vaak samen. Het gaat in die gevallen om een theoretisch onderscheid. De eerste stap wordt gevormd door het denken: het uitdenken van een handelingsontwerp (bepalen van de finale wil). De verdachte kiest een doel ('Vorwegnahme des Zieles') en kiest middelen om dat doel te bereiken ('Auswahl der zur Zielerreichnung erforderlichen Handlungsmittel'). Bij de keuze voor het doel en de in te zetten middelen houdt de verdachte ook rekening met eventuele andere gevolgen die de verwerkelijking van dat doel of de middelen teweeg kunnen brengen ('Berücksichtigung der Nebenfolgen'). Dit kan ertoe leiden dat hij andere middelen kiest of tegenmaatregelen neemt om bepaalde nevengevolgen te voorkomen. Doet hij dat niet, dan kunnen de nevengevolgen onderdeel uitmaken van de 'finale wil' (zie paragraaf 2.1). Na deze eerste stap – het uitdenken van een

12 Welzel 1965, p. 62; zie tevens p. 30-31.
13 Welzel 1965, p. 57.
14 Welzel 1965, p. 30.
15 Welzel 1965, p. 30-33, 58, 61-65.

handelingsplan – is de tweede stap de verwezenlijking van het handelingsontwerp in de werkelijkheid. Slechts gedragingen (en gevolgen) die worden beheerst door de finale wil, leveren een door het strafrecht te beoordelen gedraging op.[16]

Dat de handeling de verwezenlijking is van de finale wil, betekent dat de betekenis van de handeling niet los kan worden gezien van de finale wil, van het subjectieve/psychische dat daaraan vooraf is gegaan.[17] Gallas – zoals aangehaald door Peters – stelt het zo dat het er bij de vraag, of er een bepaalde finale handeling is, om gaat

> 'den subjektiven Sinn der Handlung, das, was sie zur Willensverwircklichung und persönlichen Leistung des Täters macht, zu erfassen'.[18]

De finale wil is dus leidend. De handeling kan daardoor, zoals hiervoor aangegeven, niet los worden gezien van de finale wil. Daarmee is geen sprake van de klassieke tweedeling (zoals die in het Nederlandse strafrecht wordt gemaakt) tussen de objectieve en de subjectieve zijde van het strafbare feit, in die zin dat het bij Welzel niet gaat om twee zijden die los van elkaar moeten worden bezien.[19] De finale wil en de handeling vallen in de leer van Welzel echter ook niet (volledig) samen. Het bepalen van de finale wil gaat immers (in theorie) vooraf aan de handeling. Daarbij ligt bij Welzel de nadruk op wat de dader (persoonlijk) wist, verwachtte en wilde (zie paragraaf 2.1). De finale handelingsleer van Welzel is zo bezien een subjectieve leer.

Gelet op de kritiek in de (oudere) Nederlandse literatuur dat de finale handelingsleer van Welzel vooral de slechte gezindheid wil treffen,[20] vind ik het van belang te benadrukken dat de finale handelingsleer van Welzel, ondanks de nadruk op de finale wil, (ook) een *handelings*leer is. Er moet zich ook altijd een gedraging hebben voorgedaan. Het enkele uitdenken van een handelingsplan is volgens Welzel niet strafbaar.

> 'Vorsatz als bloße Tatentschlossenheit ist strafrechtlich irrelevant, da das Strafrecht die bloße Gesinnung nicht treffen kan. Nur da, wo er zur Wirklichen Tat führt und sie beherrscht, wird er strafrechtlich erheblich.'[21]

16 Welzel 1965, p. 59-62, 66.
17 Welzel 1965, p. 27-30 en 57.
18 Peters 1966, p. 91.
19 Peters 1966, p. 87-88; Politoff & Koopmans 1988, p. 23.
20 Politoff & Koopmans 1988, p. 62.
21 Welzel 1965, p. 59.

3 De finale leer van Peters: het opzet bezien vanuit het perspectief van de gedraging

In de Nederlandse strafrechtelijke literatuur wordt, als het gaat om de finale handelingsleer vaak, naast naar Welzel, verwezen naar Peters.[22] Peters wordt gezien als de Nederlandse vertegenwoordiger van de finale handelingsleer en heeft in zijn proefschrift voor een daarop gebaseerde (normatieve) opzetleer in Nederland gepleit. De finale handelingsleer van Welzel en de leer waarvoor Peters pleit kunnen echter niet zomaar op één lijn worden geplaatst. Peters neemt weliswaar de stelling uit de finale handelingsleer van Welzel over dat opzet tot de handeling behoort,[23] maar verzet zich in zijn dissertatie over opzet en schuld in het strafrecht tegen de

> '(…) al te grote plaats die de finale handelingsleer voor de betekenis van de handeling toekent aan het subjectieve psychische gebeuren dat aan het handelen voorafgaat en begeleidt, zodat niet voldoende wordt gelet op de sociale betekenis van de handeling'.[24]

Peters combineert de stelling dat opzet tot de handeling behoort, dan ook met het werk van Glastra van Loon (de betekenis van de handeling wordt normatief bepaald), Van Bemmelen (opzet is een normatief begrip) en Buytendijk (de handeling is psycho-fysisch neutraal) en komt zo tot een nieuwe *opzet*leer, waarin de sociale betekenis van de gedraging centraal staat.[25]

Volgens Peters hebben handelingen een sociale betekenis. Die betekenissen zijn zodanig dat zij in principe door iedereen, binnen het patroon waarin die betekenissen bestaan, prima facie kunnen worden gekend. Het opzet heeft dan ook geen betrekking op het bewuste (of onbewuste) willen van de verdachte, maar heeft een normatief bepaalde betekenis binnen het kader van de handeling zoals die in principe door iedereen kan worden 'waargenomen'. Het is slechts nodig dat de waarnemer de sociale normen kent die binnen een bepaald verband de betekenissen van de handelingen bepalen, om zo de in die handeling gelegen, de uit die handelingen sprekende intenties, te kennen. Het opzet wordt, met andere woorden, bezien vanuit het perspectief van de gedraging. Het is niet nodig om vast te stellen wat zich daadwerkelijk in het hoofd van het handelend subject heeft afgespeeld. De subjectieve bedoeling

---

22 Peters 1966; zie o.a. de noot van Mulder bij HR 23 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9921, *NJ* 1988/420 (*Wurging*); Rozemond 1994; Reijntjes 2003, p. 476-477; F. de Jong 2004; F. de Jong 2009, p. 24-29.

23 Volgens Peters is opzet een 'kleurloos begrip dat thuis hoort in de leer van de handeling en dat met schuld niets te maken heeft'; zie Peters 1966, p. 99 en 144.

24 Peters 1966, p. 53.

25 Zie Glastra van Loon 1956; (o.a.) Van Bemmelen 1955, p. 75-117; Buytendijk 1957; Peters, p. 25-31, 87-88, 97-98, 114-123; zie ook Vellinga 1982, p. 76; Van Dijk 2008, p. 243 en F. de Jong 2009, p. 24-25 en 35.

van het handelend subject is niet relevant. Opzet is, aldus Peters, 'psychofysisch neutraal'. Dat betekent niet dat de bedoeling niet relevant is, die is volgens Peters wel degelijk doorslaggevend. 'Maar deze bedoeling moet niet in psychologische zin worden opgevat.'[26]

Evenmin is de subjectieve bedoeling van het handelend subject volgens Peters volledig irrelevant. Veel handelingen ontlenen hun (sociale) betekenis immers aan de bedoelingen die uit die handelingen spreken. Deze bedoelingen vallen, aldus Peters, echter niet samen met het hoogst subjectieve opzet van degene die handelt (hoewel in de praktijk wel mogelijk is dat zij samenvallen).[27] De handeling wordt gekenmerkt door een intentionele betrokkenheid op een bepaald doel, maar deze intentionele betrokkenheid wordt normatief bepaald en kan slechts worden waargenomen wanneer men de normen kent die de betekenis van het gedrag bepalen.[28]

De sociale betekenis van de handeling kan alleen kan worden begrepen vanuit het verband, vanuit de situatie, waarin de gedraging voorkomt. Dit betekent dat niet alleen de fysieke gedraging relevant is, maar dat ook de context waarin en de omstandigheden waaronder die gedraging plaatsvond moeten worden betrokken bij de interpretatie daarvan. Het gaat om de contextueel bepaalde betekenis van het gedrag.[29] Daarbij kunnen ook omstandigheden worden betrokken die niet (direct) zichtbaar waren:

> 'Het spreekt natuurlijk vanzelf, dat de betekenis van de handeling niet alleen behoeft te worden bepaald (…) naar wat tijdens het handelen voor een toeschouwer onmiddellijk evident is. (…) Wanneer iemand bijvoorbeeld een plan beraamt om een ander uit de weg te ruimen en hij ensceneert daartoe een verkeersongeval zo kunstig, dat alle rechtstreekse toeschouwers inderdaad in een ongeluk geloven, kan dit "ongeval" toch heel goed de betekenis krijgen van "moord" wanneer het gedrag van de dader wordt gereconstrueerd met behulp van tekeningen of aantekeningen van de dader of verklaringen van getuigen aan wie hij zijn plan had verteld of die hem bij de voorbereiding of de uitvoering ervan hadden geholpen.'[30]

Wat uit dit citaat verder blijkt is dat de plannen van de verdachte wel degelijk betrokken kunnen worden bij de beantwoording van de vraag hoe de gedraging geduid moet worden. Uit die plannen kan immers blijken wat het doel van de gedragingen was. Het gaat hier echter nog steeds om het doel, de

---

26 Peters 1966, p. 96.
27 Peters 1966, p. 114.
28 Peters 1966, p. 116-117; Vgl. de noot van 't Hart bij het *Porsche*-arrest. Volgens 't Hart gaat het niet om de individuele psyche van de specifieke verdachte, maar 'om een algemene veronderstelling van de rechter omtrent de wijze waarop mensen over het algemeen in elkaar steken, naar aanleiding van en aansluitend bij andere aspecten van het rijgedrag van de verdachte'. Het *Porsche*-arrest is opgenomen in hfdst. 3, par. 3.1.3. Ik kom op deze stelling van 't Hart nog terug in hfdst. 10.
29 Peters 1966, p. 31-34.
30 Peters 1966, p. 143.

gerichtheid, van de *gedraging*, begrepen in zijn context, niet om de subjectieve bedoeling van het *handelend subject*. De finale handelingsleer van Peters is dus geen subjectieve, maar een normatieve leer, waarin de gedraging en diens sociale betekenis leidend zijn.

Opzetgradaties: onderscheid niet relevant

Volgens Peters is voor het voorwaardelijk opzet geen plaats in zijn leer, omdat de psychologie van de dader onberoerd wordt gelaten.[31] Volgens Peters wordt bij het voorwaardelijk opzet de vraag gesteld of de verdachte, als hij zeker zou hebben geweten dat een bepaald gevolg intreedt, ook zou hebben gehandeld. Dit is, aldus Peters,

> 'Een prognostische vraag, die inderdaad slechts beantwoord kan worden op grond van het karakter van de dader of zijn meer permanente innerlijk of zoiets. Het voorwaardelijk opzet verwijst dus duidelijk naar de in de daad tot uiting komende (schuldige) mentaliteit van de dader, welke schuldige mentaliteit dan mede de betekenis van de daad (als "doodslag", "diefstal", etc.) bepaalt.'[32]

Hij zet zich daarmee af tegen Van Bemmelen, die bij een normatief opzetbegrip wel degelijk ruimte zag voor voorwaardelijk opzet. Volgens Van Bemmelen kan uit een gedraging blijken van 'een dergelijke onverschilligheid' ten aanzien mogelijke gevolgen 'dat wij alsnog van opzet spreken'.[33] Van Bemmelen neemt een normaal mens tot uitgangspunt. Wanneer een normaal mens zich in het algemeen bewust zal zijn geweest van bepaalde gevolgen en omstandigheden, dan mag volgens hem in beginsel (voorwaardelijk) opzet aangenomen worden:

> 'En alleen wanneer duidelijk blijkt, dat de verdachte zich om welke reden dan ook, in het geheel niet bewust is geweest of kon zijn van de gevolgen of omstandigheden aan zijn daad verbonden, zullen wij hem als op dat moment "niet normaal" beschouwen en dus zijn toerekeningsvatbaarheid ten aanzien van zijn opzetvorming opgeheven achten.'[34]

Overigens maak ik uit de dissertatie van Peters op, dat zijn standpunt *niet* is dat bepaalde nevengevolgen van een gedraging niet onder het opzet zouden vallen. Volgens Peters kunnen ook gevallen waarin de dader niet geheel willens en wetens heeft gehandeld, 'opzettelijk handelen' opleveren. In dat geval zal er een discrepantie bestaan tussen de objectieve, sociale betekenis van een handeling en de subjectieve, persoonlijke betekenis van de gedraging. Dergelij-

---

31 Peters 1966, p. 123; F. de Jong legt eveneens een link tussen de opzetschakeringen en bepaalde geestesgesteldheden (F. de Jong 2004, p. 700 en 706).

32 Peters 1966, p. 114. Hiermee zet Peters zich dus (opnieuw) af tegen de opvatting van Welzel dat de psychische gesteldheid leidend is.

33 Van Bemmelen 1955, p. 123.

34 Van Bemmelen 1955, p. 123.

ke discrepanties tussen de sociale en de persoonlijke betekenis van de gedragingen moeten volgens Peters echter niet bij het opzet, maar bij de schuldvraag worden geadresseerd.[35] Verder hebben diverse voorbeelden uit de rechtspraak die hij aanhaalt betrekking op wat destijds en tegenwoordig 'voorwaardelijk opzet' werd en wordt genoemd. Peters lijkt daarnaast de waarschijnlijkheidstheorie van Pompe[36] binnen zijn leer te vinden passen, althans daar sympathie voor te voelen voor zover daarin niet het waarschijnlijkheids*bewustzijn* van de dader tot uitgangspunt wordt genomen, maar slechts de objectieve waarschijnlijkheid.[37] Ook dat vormt een aanwijzing dat Peters ook gevallen waarin geen 'vol' opzet aan de orde is, onder de reikwijdte van zijn opzetbegrip schaart. In de finale leer van Peters is dus wel plaats voor wat onder het voorwaardelijk opzet wordt verstaan, maar Peters acht het onderscheid tussen die opzetgradaties (voor de vaststelling van het opzet) niet relevant. Of sprake is van opzet wordt door de sociale betekenis van de gedraging bepaald, waarbij (ten aanzien van nevengevolgen) de objectieve waarschijnlijkheid dat een gevolg intreedt centraal staat, niet het waarschijnlijkheidsbewustzijn van het handelend subject.

4 Finale bewijsvoering

De (subjectieve) finale handelingsleer van Welzel en de (normatieve) finale leer van Peters hebben betrekking op de inhoud van het opzetbegrip en het handelingsbegrip in het strafrecht. Het gaat hier dus om de invulling van het materiële strafrecht.

Welzel laat zich niet uit over het bewijs van opzet. Weliswaar stelt Welzel dat de gedraging de verwezenlijking is van de finale wil in de werkelijkheid, maar hij gaat daarbij niet in op het bewijs van het opzet. Dat volgens zijn stappenplan eerst de finale wil wordt bepaald en dat de finale wil leidend is impliceert wel dat de vaststelling van de finale wil aan de kwalificatie van de gedraging vooraf gaat.

Peters maakt wel enige opmerkingen over het bewijs van opzet.[38] Tegelijkertijd benadrukt hij dat zijn leer een bredere strekking heeft dan alleen het bewijs van opzet. Peters zet zich af tegen wat hij de 'fictie van psychisch opzet' noemt. In de praktijk wordt veelal gebruikgemaakt van objectieve gegevens om het opzet te bewijzen, het wordt mede afgeleid uit uiterlijke omstandighe-

35 Peters 1966, p. 90-91. Hij doelt daarmee, zo begrijp ik hem althans, met name op een verdiscontering van een eventuele beperktere psychische betrokkenheid in de strafmaat.
36 Zie voor deze leer in een notendop de noot van Pompe bij HR 23 juli 1937, ECLI:NL:HR:1937:287, *NJ* 1938/869.
37 Peters 1966, p. 123.
38 Zie in het bijzonder Peters 1966, p. 143.

den, maar daarbij wordt vastgehouden aan het uitgangspunt dat opzet psychisch is. Volgens Peters heeft

> 'de praktijk echter aan deze fictie géén behoefte, alleen de theorie eist haar, maar ten onrechte. Voor de vraag of iemand "doodslag" gepleegd heeft is immers diens subjectieve psychische instelling (of de betekenis die de handeling voor hem persoonlijk heeft) niet doorslaggevend. De fictie van het psychisch opzet moet daarom worden verworpen'.[39]

Peters stelt zijn normatieve leer hiermee (volledig) in de plaats van de leer van het psychisch opzet.[40] Ook zijn leer is in de eerste plaats dan ook materieelrechtelijk van aard. Dat neemt niet weg dat Peters (eveneens) stelt dat het opzet kan worden 'waargenomen'. Wie de sociale normen kent die binnen een bepaald verband de betekenis der handelingen bepalen, kan de 'uit de handelingen sprekende intenties' kennen.

Op dat laatste punt lijkt in de latere Nederlandse literatuur te zijn voortgebouwd. Daarmee is naast de (materieelrechtelijke) finale leren, het concept van de 'finale bewijsvoering' ontwikkeld. Deze houdt in dat, nu het opzet besloten ligt in de handeling, je het opzet uit de gedraging kunt afleiden. Je kunt door de gedraging waar te nemen 'zien' met welk opzet de verdachte handelde. Zo kan opzet worden bewezen. Volgens Rozemond is het mogelijk dat 'uit de aard van de handeling in de gegeven omstandigheden de intentie van de dader kan worden afgeleid'. De handeling is, aldus Rozemond, 'krachtens haar aard geschikt om het voornemen te openbaren'.[41] Buruma verstaat onder finale bewijsvoering 'de uit de gedraging zelf sprekende doelgerichtheid'.[42] Volgens F. de Jong wordt onder gebruikmaking van de finale bewijsmethode

> 'ten bewijze van het opzet voornamelijk acht geslagen op de doelgerichtheid (finaliteit) die uit de litigieuze handeling zelf "spreekt", oftewel op datgene wat in het algemeen bij een dergelijke handeling voorzienbaar is. De intentie van de dader wordt derhalve niet, zoals in de intersubjectieve bewijsvoering, eerst gereconstrueerd aan de hand van verschillende voor strafrechtelijke beoordeling in aanmerking komende uitwendigheden, om vervolgens met de desbetreffende handeling in verband te worden gebracht. In de finale bewijsvoering wordt daarentegen bij uitstek naar die handeling zelf gekeken, terwijl men aan de psyche van de dader als afzonderlijke problematiek niet toekomt.'[43]

---

39 Peters 1966, p. 117-119.
40 Vgl. Nieboer 1978, p. 27.
41 Rozemond 1994, p. 656.
42 Zie diens noot bij het *HIV I*-arrest. Dit arrest is besproken in hfdst. 3, par. 3.1.1.
43 F. de Jong 2004, p. 699-700. In deze passage betoogt F. de Jong in wezen dat toepassing van de finale bewijsmethode ook gevolgen heeft voor de materiële inhoud van het opzetbegrip. Zoals hierna nog aan de orde komt, wil ik deze twee liever scheiden, waarbij ik

Finale bewijsvoering is volgens F. de Jong een objectiverende methode, waarbij objectivering betekent:

> 'het bepalen van het al of niet opzettelijke karakter van een handeling, overeenkomstig díe objectieve, in de zin van betekenisbepalende, sociale normen, die de situationele context van de desbetreffende handeling reguleerden'.[44]

Hoewel de finale bewijsvoering voortbouwt op de finale leer van Peters, is het belangrijk de finale bewijsvoering te onderscheiden van de (materieelrechtelijke) finale leer van Peters (en Welzel). Dat wordt gebruikgemaakt van finale bewijsvoering, betekent immers nog niet dat ook wordt uitgegaan van een finale leer.[45] Dat gebruik wordt gemaakt van finale bewijsvoering staat er immers niet aan in de weg dat wordt uitgegaan van psychisch opzet. Zo neemt Reijntjes psychisch opzet tot uitgangspunt, maar stelt hij dat uiterlijk waarneembare kenmerken een methode kunnen zijn om opzet te bewijzen. Hij verwijst daarbij naar de finale handelingsleer:

> 'Aansluitend op de in Duitsland ontwikkelde finale handelingsleer liet hij [SA: Peters] het opzet door de gedraging absorberen, om vervolgens vast te stellen: wat er uitziet als opzettelijk begaan, is opzettelijk begaan. Opzet wordt daardoor waarneembaar (…) De afleiding van opzet uit waarneembare feiten is toegelaten, doch niet voorgeschreven. (…) Dit alles onderstreept dat het slechts gaat om een methode om opzet te bewijzen, en niet om een verruiming van het opzetbegrip zelf.'[46]

Dat gebruikt wordt gemaakt van 'finale bewijsvoering' zegt dus nog weinig over welke opzetleer wordt gevolgd.[47] Dat neemt overigens niet weg dat de gekozen bewijsvoering gevolgen kan hebben voor de materiële inhoud van het opzetbegrip. De gekozen wijze van bewijsvoering kan immers gevolgen

---

niet ontken dat toepassing van een bepaalde bewijsmethode (uiteindelijk) gevolgen voor de materiële inhoud van een leerstuk kan hebben.

44 F. de Jong 2004, p. 701.

45 Hoewel dat natuurlijk wel kan. Zie in deze zin de noot van Buruma het *HIV I*-arrest, onder 5 en F. de Jong 2004, p. 698 en 670.

46 Reijntjes 2003, p. 476-477. Volgens F. de Jong blijft het 'strafrechtelijk opzetbegrip uit de heersende leer nochtans de pretentie voeren uiteindelijk juist naar dit subjectieve aspect te verwijzen'; zie F. de Jong 2009, p. 321-322.

47 Vgl. Van Dijk 2008, p. 235-236. Volgens Van Dijk betekent het gebruik van uiterlijke gegevens om opzet te bewijzen nog niet dat dat opzet wordt 'genormativeerd'. Vlg. de noot van Mevis bij HR 24 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1498, *NJ* 2004/375 (*Drugsroof*). Volgens Mevis moeten uit de aandacht die de Hoge Raad besteedt aan het bewijs van opzet 'niet te vlug conclusies worden getrokken omtrent veranderende opvattingen over de inhoud van dit leerstuk'.

hebben voor hoe snel strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt aangenomen.[48] De mate waarin de gekozen bewijsmethode invloed heeft op de materiële inhoud van het opzetbegrip, zal mede afhankelijk zijn van de wijze waarop en de mate waarin de methode wordt toegepast. Ik kom hierop in hoofdstuk 10 terug.

5 BEVINDINGEN

De finale handelingsleren van Welzel en Peters hebben met elkaar gemeen dat zij beide stellen dat opzet onderdeel uitmaakt van de handeling. Om die reden kunnen het opzet en de gedraging niet los van elkaar worden gezien. Ondanks deze overeenkomst, verschillen de leren van Welzel en Peters wezenlijk van elkaar. Zij zouden zelfs als elkaars tegengestelde kunnen worden gezien. In de finale handelingsleer van Welzel komt betekenis toe aan de persoonlijke betekenis van de gedraging, aan dat wat de individuele verdachte heeft geweten en gewild. De handeling ontleent zijn betekenis aan deze (persoonlijke) finale wil. De gedraging wordt, met andere woorden, bezien vanuit het perspectief van het opzet. In de handelingsleer van Peters staat daarentegen de objectieve, sociale betekenis van de handeling voorop. Niet van belang is wat zich in het hoofd van de verdachte heeft afgespeeld, maar wat de betekenis van de gedraging is in de context waarin hij is gericht. Het opzet wordt bezien vanuit het perspectief van de gedraging. Ik noemde de leer van Peters om die reden een normatieve finale leer. Van deze (materieelrechtelijke) finale handelingsleren moet de 'finale bewijsvoering' worden onderscheiden. 'Finale bewijsvoering' is een bewijsmethode waarbij uit de gedraging wordt afgeleid waarop het opzet van de verdachte was gericht. Finale bewijsvoering heeft dus vooral een formeelrechtelijke achtergrond. Van finale bewijsvoering kan in beginsel zowel bij een psychisch als bij een normatief opzetbegrip worden gebruikgemaakt.

48 Vgl. Reijntjes 2003, p. 488; Pelser 2004; F. de Jong 2009, p. 322. Volgens Van Dijk (Van Dijk 2008, p. 235-236) moeten bewijs en inhoud strikt van elkaar worden gescheiden. Hoewel ik het uitgangspunt onderschrijf dat bewijs en inhoud niet met elkaar verward moeten worden, kan moeilijk ontkend worden dat de wijze waarop tot het bewijs van een bepaald delictsbestanddeel wordt gekomen gevolgen heeft voor (de reikwijdte van) het materiële recht.

10 De uiterlijke verschijningsvorm: de finale handelingsleer omarmd?

1 INLEIDING

In hoofdstuk 7 kwam ik tot de bevinding dat de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm enkele eigenschappen heeft die aansluiten bij de centrale stelling van de finale handelingsleer dat 'opzet tot de handeling behoort'. In hoofdstuk 8 constateerde ik dat het bij de uiterlijke verschijningsvorm in de kern draait om de gedraging, het opzet (de intentie) van de verdachte en de verhouding daartussen. Precies deze verhouding vormt ook de kern van de finale handelingsleer. Op grond van de finale handelingsleer kunnen opzet en gedraging immers niet los van elkaar worden gezien; tussen opzet en gedraging bestaat – volgens de finale handelingsleer – een wisselwerking.
In hoofdstuk 9 liet ik zien dat er binnen de finale handelingsleer twee verschillende 'stromingen' bestaan, waarin anders wordt gedacht over hoe deze verhouding in elkaar steekt. In de finale handelingsleer van Welzel is het opzet (door hem ook wel de 'finale wil' genoemd) leidend. In de finale leer van Peters is daarentegen de gedraging leidend. Het opzet kan worden afgeleid uit de gedraging. Daarnaast ging ik in hoofdstuk 9 in op 'finale bewijsvoering'. Finale bewijsvoering is, kort gezegd, een bewijsmethode waarbij uit de gedraging wordt afgeleid waarop het opzet van de verdachte was gericht, en is dus (in de eerste plaats) formeelrechtelijk van aard. Dit sluit aan bij het andere perspectief dat ik in hoofdstuk 8 besprak, het perspectief van het bewijs.

Op het eerste gezicht lijken mijn bevindingen er dus op te duiden dat de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de finale handelingsleer, zij het dat het er op lijkt dat niet altijd dezelfde finale handelingsleer wordt gevolgd.[1] Daarmee ondersteunen mijn bevindingen – op het eerste gezicht – bijdragen in de literatuur[2] waarin de uiterlijke verschijningsvorm in verband is gebracht

---

1 In hfdst. 8 beschreef ik dat bij de leerstukken poging en strafbare voorbereiding wordt de gedraging bezien vanuit het perspectief van het opzet (vgl. Welzel). Bij het voorwaardelijk opzet wordt – als de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast – het opzet echter bezien vanuit het perspectief van de gedraging (vgl. Peters).

2 Zie over poging: de noot van Mulder bij HR 23 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9921, *NJ* 1988/420 (*Wurging*); Nieboer 1991, p. 191; Rozemond 1994. Zie over voorwaardelijk opzet: Buruma in zijn noot bij 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003/552 (*HIV I*); Reijntjes 2003, p. 477; F. de Jong 2004; F. de Jong e.a. 2007; F. de Jong 2009, p. 364. Zie over strafbare voorbereiding: Rozemond 1994, p. 667-673; Pelser 2004, p. 191; Buruma 2006. Zie nader hfdst. 1, par. 3.1.1, 3.2 en 3.3.1.

met deze leer. Ik constateerde echter ook een aantal verschillen bij de toepassing van de figuur, die de vraag oproepen of de jurisprudentie van de Hoge Raad wel volledig aansluit bij die leer. Dit geldt in het bijzonder ten aanzien van de terughoudendheid waarmee de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van het opzet (subjectieve zijde van het strafbare feit) wordt toegepast (zie de hoofdstukken 7 en 8). Dit alles vormt voor mij aanleiding om nader te onderzoeken in hoeverre de jurisprudentie van de Hoge Raad daadwerkelijk aansluit bij de finale handelingsleer (en welke). Daarmee hoop ik een bijdrage te leveren aan de systematisering van de figuur. Ik meen daarmee te voorzien in een leemte. In de hiervoor genoemde literatuur is weliswaar een verband gelegd tussen de uiterlijke verschijningsvorm en de finale handelingsleer, maar de betreffende bijdragen zien over het algemeen slechts op een bepaald leerstuk en van een volledige toetsing aan de kenmerken van de finale handelingsleer is geen sprake. Dit laatste is wel van belang om de betekenis van de toepassing van de figuur voor de uitleg die aan een aantal kernleerstukken van het materiële strafrecht wordt gegeven en de gevolgen van de toepassing van de figuur voor strafrechtelijke aansprakelijkheid te kunnen duiden. Ook kan de plaatsing in de dogmatiek bijdragen aan een consistent(ere) toepassing van de figuur.[3]

In het onderhavige hoofdstuk beantwoord ik de vraag of de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de finale handelingsleer (verificatie van die stelling). Voor de volledigheid merk ik daarbij op dat het niet mijn doel is de finale handelingsleer op zijn merites te beoordelen. Ik bespreek slechts – vanuit een oogpunt van systematisering – in hoeverre de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de finale handelingsleer. Het gaat mij er daarbij om in hoeverre de feitelijke toepassing aansluit bij die leer. Ik bekommer me dus niet om in hoeverre de Hoge Raad zelf ook expliciet refereert aan (elementen van) deze leer.[4]

Omdat de uiterlijke verschijningsvorm bij ieder leerstuk een andere rol heeft (zie hoofdstuk 7, paragraaf 1.4), zal ik eerst per leerstuk bespreken in hoeverre de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de finale handelingsleer. Ik zal bij ieder leerstuk steeds beginnen met de invulling die aan de uiterlijke verschijningsvorm wordt gegeven. Als de invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm al niet aansluit bij de finale handelingsleer, heeft het immers geen zin om nog naar het gebruik en de rol van de uiterlijke verschijningsvorm te kijken. Ik zal bespreken of de invulling die door de Hoge Raad wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de leer van Welzel of Peters. Dit doe ik niet om die leren inhoudelijk tegen elkaar af te wegen en tot een (eigen) voorkeur te komen, maar om de betekenis, rol en inhoud van de uiterlijke verschijningsvorm – en daarmee

3 Zie ook hfdst. 1, par. 4.

4 Alleen in het *Samir A.*-arrest (zie hfdst. 4, par. 2) wordt in het arrest van de Hoge Raad gerefereerd aan finaliteit, maar dan nog slechts in citaten uit de wetsgeschiedenis.

de eventuele onderliggende systematiek en eventuele (in)consistenties – zo scherp mogelijk te krijgen. Vervolgens zal het gebruik dat wordt gemaakt van de uiterlijke verschijningsvorm en de rol die de figuur bij het betreffende leerstuk heeft – voor zover mogelijk[5] – worden besproken. Ik zal me daarbij concentreren op de rol van de uiterlijke verschijningsvorm, omdat in die rol alle (relevante) aspecten van het gebruik dat wordt gemaakt van de uiterlijke verschijningsvorm samenkomen (de rol vloeit voort uit het gebruik). De plaats in het beslissingsschema van artikel 350 Sv laat ik hier buiten beschouwing, omdat, zoals in hoofdstuk 7, paragraaf 1.3 aan de orde kwam, de plaats in het beslissingsschema geen gevolgen heeft voor de rol van de uiterlijke verschijningsvorm. Aangezien het opzet in de finale handelingsleer van Welzel een belangrijke plaats inneemt, en de finale handelingsleer van Peters zelfs eerder een *opzet*leer dan een *handelings*leer te noemen is, zal ik bij de bespreking van de leerstukken beginnen met het voorwaardelijk opzet. Nadat ik de verschillende leerstukken heb besproken (paragrafen 2-5), zal ik overkoepelend ingaan op de vraag in hoeverre de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad aansluit bij de finale handelingsleer (paragraaf 6).

2 De uiterlijke verschijningsvorm bij voorwaardelijk opzet

2.1 Inleiding

In deze paragraaf bespreek ik in hoeverre de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm bij voorwaardelijk opzet aansluit bij de finale leer van Welzel dan wel Peters, en dan in het bijzonder bij hun opzetbegrip. Omdat dit onderzoek zich richt op de uiterlijke verschijningsvorm zal ik me daarop ook hier concentreren (paragrafen 2.2-2.4). Het (voorwaardelijk) opzet kent echter meer aspecten. Voor zover relevant in het licht van de toets aan de finale handelingsleer, besteed ik daaraan kort enige aandacht (paragaaf 2.5).

2.2 Algemeen: gerichtheid van de gedraging op een bepaald gevolg

Aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm wordt vastgesteld op welk (vanuit de gedraging bezien: in de toekomst gelegen) gevolg de gedraging van de verdachte was gericht (vgl. hoofdstuk 7, paragraaf 4). Dit blijkt al uit de *HIV I*-formule ('Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg'). Dit duidt op finaliteit. Volgens zowel Welzel als Peters is een gedraging immers gericht op een gevolg, anders gezegd: de gedraging heeft een doel.

5 Bij een aantal onderwerpen, zoals de ondeugdelijke poging, is de rol van de uiterlijke verschijningvorm niet (helemaal) duidelijk.

2.3 Invulling uiterlijke verschijningsvorm: Peters

2.3.1 De gedraging in de context: Peters

In het kader van het voorwaardelijk opzet worden bij de uiterlijke verschijningsvorm over het algemeen objectieve omstandigheden betrokken. Het gaat daarbij niet alleen om de fysieke gedraging, maar ook om omstandigheden die de context schetsen waarbinnen de gedraging werd verricht. De context is in veel gevallen zelfs doorslaggevend. Zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.8.1.1-3.8.1.2). Uit de gedraging (fysieke gedraging, bezien in de context) wordt het opzet afgeleid. Dit sluit aan bij de leer van Peters, die immers meent dat de sociale betekenis van de gedraging leidend is. Volgens Peters is het geen probleem als daarbij ook niet ter plaatse zichtbare omstandigheden (hoofdstuk 3, paragraaf 3.8.1.3) in ogenschouw worden genomen.

2.3.2 De hoge drempel van de uiterlijke verschijningsvorm: niet zomaar vertrouwen op de sociale betekenis van de gedraging

De Hoge Raad legt de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm bij het voorwaardelijk opzet behoorlijk hoog. Er mag niet zomaar uit de gedraging worden afgeleid dat de verdachte een bepaald gevolg heeft aanvaard. Dit blijkt al uit de *HIV I*-formule zelf. Het moet gaan om een gedraging die 'zozeer is gericht' op een bepaald gevolg 'dat het niet anders kan zijn dan dat' de verdachte dat gevolg heeft aanvaard. Uit mijn analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt bovendien dat zelfs in gevallen waarin de gedraging ontegenzeggelijk gevaarlijk (en misdadig is)(bijvoorbeeld rondlopen met een vuurwapen) – en het dus duidelijk is dat de gedraging is gericht op iets wat niet door de beugel kan –, nog steeds niet zomaar wordt aangenomen dat de verdachte bepaalde (ernstige) gevolgen van zijn gedraging heeft aanvaard. In gevallen waarin de gedraging niet zonder meer misdadig is (zoals bij deelname aan het verkeer en het hebben van seks) geldt dit zelfs nog sterker (hoofdstuk 3 paragraaf 3.7.10). De drempel ligt – voor zover alleen wordt gekeken naar de objectieve omstandigheden die bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken – hoger dan bij poging en strafbare voorbereiding, waar de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de objectieve zijde van het strafbare feit (hoofdstuk 7, paragraaf 2.4 en hoofdstuk 8, paragraaf 2.1).

Op zichzelf laat Peters zich niet uit over de precieze ondergrens van (voorwaardelijk) opzet. Die wordt bepaald door sociale normen. In dat opzicht is de invulling die aan de uiterlijke verschijningsvorm wordt gegeven niet onverenigbaar met de leer van Peters. Wat dat wel is, is dat deze drempel over het algemeen pas wordt gehaald als het misdrijf of de poging is voltooid (hoofdstuk 3, paragraaf 3.7.10, hoofdstuk 8, paragraaf 2.1). Als (alleen) de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging leidend is, zou dat betekenen

dat er voor de onvoltooide poging geen plaats meer is. Volgens Peters is er in zijn leer echter wel plaats voor de onvoltooide poging. In navolging van Buytendijk en Van den Berg stelt Peters namelijk dat het gevolg waarop de gedraging is gericht in de gedraging ligt besloten, ook wanneer dat gevolg nog niet is ingetreden. Voordat het gevolg is ingetreden, is het er al, als doel. Deze 'immanente toekomst, gerichtheid op een bepaald doel in de toekomst, dat reeds nu de gedraging bepaalt,' kan volgens Peters 'worden waargenomen door derden'.[6] Ik meen dan ook dat de hoogte van de drempel een aanwijzing is dat de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm niet volledig aansluit bij de leer van Peters.

2.3.3 Contra-indicaties

Blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad mag de rechter niet zomaar op grond van de uiterlijke verschijningsvorm aannemen dat de verdachte bepaalde gevolgen heeft aanvaard. Er kunnen omstandigheden zijn die maken dat, ondanks dat de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm is gehaald, toch niet mag worden aangenomen dat de verdachte die gevolgen heeft aanvaard. Dit kan als een aanwijzing worden opgevat de Hoge Raad de leer van Peters niet (volledig) volgt. Blijkbaar mag niet alleen op de sociale betekenis van de gedraging worden vertrouwd. Daar komt bij, zo bleek in hoofdstuk 8, paragraaf 2.2, dat uit de door mij gevonden contra-indicaties kan worden afgeleid dat het opzet voorafgaat aan de gedraging. Dit sluit eerder aan bij de leer van Welzel dan de leer van Peters.

Je kunt echter ook anders kijken naar de contra-indicaties. De door mij gevonden contra-indicaties betreffen steeds objectieve omstandigheden, zoals of de verdachte (tijdig) tegenmaatregelen heeft genomen en of de verdachte zelf ook gevaar liep. Het gaat – in de woorden van 't Hart – niet om

> 'de individuele psyche van de specifieke verdachte, maar om een algemene veronderstelling van de rechter omtrent de wijze waarop mensen over het algemeen in elkaar steken, naar ervaringsregelen, naar aanleiding van en aansluitend bij andere aspecten van het [rij]gedrag van de verdachte'.[7]

Vanuit dit oogpunt bezien, passen contra-indicaties ook heel goed bij de normatieve benadering van het opzet van Peters.[8]

---

6 Peters 1966, p. 31 en 68.

7 Zie de noot van 't Hart bij het *Porsche*-arrest. Dat arrest is besproken in hfdst. 3, par. 3.1.3.

8 Opvallend is dat AG Meijers bij datzelfde *Porsche*-arrest met een beroep op de leer van Peters kwam tot de conclusie dat het oordeel van het gerechtshof dat sprake was van (voorwaardelijk) opzet op de dood in stand kon worden gelaten (zie diens conclusie onder 7). Dit laat zien dat de leer van Peters niet een (ondubbelzinnig) antwoord heeft op waar de ondergrens van het opzet ligt (zie par. 2.3.2) en dat over wat de 'maatschappelijke betekenis' van een gedrag is gediscussieerd kan worden.

Vanuit de contra-indicaties bezien ligt het er dus aan waar je de nadruk op legt. Ligt de nadruk erop dat niet zomaar op de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging mag worden vertrouwd (geen Peters) of ligt de nadruk erop dat de contra-indicaties objectieve omstandigheden betreffen (wel Peters)? Ik meen dat het gegeven dat de contra-indicaties bij het voorwaardelijk opzet – anders dan bij de leerstukken poging en strafbare voorbereiding – afzonderlijk worden genoemd door de Hoge Raad een aanwijzing vormt dat de nadruk ligt op dat niet zomaar op de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging mag worden vertrouwd. Daarmee zijn de contra-indicaties een aanwijzing dat de leer van Peters niet volledig is gevolgd.

2.4 Gebruik en rol van de uiterlijke verschijningsvorm: geen volledige omarming van Peters

De invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm sluit, zo bleek hiervoor, op veel punten aan bij de finale leer van Peters. De hoge drempel die door de Hoge Raad wordt gehanteerd en de contra-indicaties vormen echter aanwijzingen dat die leer van Peters niet volledig wordt gevolgd.

Als we kijken naar de rol van de uiterlijke verschijningsvorm (binnen het voorwaardelijk opzet) dan blijkt nog duidelijker dat de jurisprudentie van de Hoge Raad niet volledig in lijn is met de finale leer van Peters. De uiterlijke verschijningsvorm wordt namelijk lang niet in alle gevallen toegepast. Op de uiterlijke verschijningsvorm wordt pas *teruggevallen* als ander bewijs (verklaringen van de verdachte of getuigen) geen of onvoldoende inzicht biedt 'omtrent hetgeen ten tijde van het feit in de verdachte is omgegaan' (zie hoofdstuk 3, paragraaf 2.1.5). De uiterlijke verschijningsvorm is dan een methode om alsnog tot het bewijs van voorwaardelijk opzet te komen. Dat 'hetgeen ten tijde van het feit in de verdachte is omgegaan' vooropstaat, laat zien dat de individuele beleving van de verdachte nog altijd het uitgangspunt is. Dat dit niet alleen theorie is blijkt wel uit de uitspraak *JS*, besproken in hoofdstuk 3, paragraaf 3.2.4. Als er een geloofwaardige verklaring van de verdachte is waaruit blijkt dat hij bepaalde gevolgen niet heeft aanvaard, dan wordt geen aandacht besteed aan de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. Van het (volledig) omarmen van de leer van Peters is dus geen sprake.

Daar komt bij dat de uiterlijke verschijningsvorm in dergelijke gevallen slechts een vermoeden oplevert. Zoals hiervoor al aan de orde kwam, wordt daarnaast aandacht besteed aan contra-indicaties. Ik besprak hiervoor dat zij een aanwijzing vormen dat, zelfs als ander bewijs ontbreekt, de rechter niet zomaar op de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging mag vertrouwen. De jurisprudentie van de Hoge Raad over het voorwaardelijk opzet is dus niet volledig in lijn met de finale leer van Peters. Dat neemt niet weg dat de invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm inhoudt dat

– in lijn met de leer van Peters (zie paragraaf 2.1) – uit de gedraging (de fysieke gedraging en de context waarbinnen die gedraging wordt gepleegd) wordt afgeleid of sprake is van het voor voorwaardelijk opzet vereiste 'aanvaarden'. Op het moment dat de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast is dus sprake van finale bewijsvoering.

De uiterlijke verschijningsvorm is niet alleen een bewijsvermoeden, maar ook een maatstaf. De uiterlijke verschijningsvorm schrijft een dwingend minimum voor (hoofdstuk 3, paragraaf 2.1.5). Daarmee bepaalt de uiterlijke verschijningsvorm in een bepaald opzicht[9] ook de ondergrens van het voorwaardelijk opzet. Nu het voorwaardelijk opzet de ondergrens van opzet is, vormt de uiterlijke verschijningsvorm – en daarmee de finaliteit van de gedraging, opgevat overeenkomstig de leer van Peters – dus ook de ondergrens van opzet.

2.5 Andere aspecten van het (voorwaardelijk) opzet en de finale leer

Ik concludeerde hiervoor dat hoewel de invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de leer van Peters, de jurisprudentie van de Hoge Raad toch niet volledig consistent is met die leer. In plaats daarvan is sprake van finale bewijsvoering. Die finale bewijsvoering is niet het uitgangspunt. Er wordt pas op teruggevallen als ander bewijs (verklaringen) ontbreekt.

De uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast in het kader van het 'aanvaardingsvereiste' van voorwaardelijk opzet. Daarnaast kent het (voorwaardelijk) opzet echter nog verschillende andere aspecten. Aan twee aspecten wil ik hier aandacht besteden, omdat zij ook aan de orde zijn gekomen in hoofdstuk 3 en omdat zij meer licht werpen op de mate waarin de jurisprudentie van de Hoge Raad (bewust of onbewust) aansluit bij de finale handelingsleer.

2.5.1 De andere vereisten voor voorwaardelijk opzet

Voor het voorwaardelijk opzet gelden naast het 'aanvaardingsvereiste' nog twee vereisten, te weten het 'bewustheidsvereiste' en het 'aanmerkelijke kansvereiste'. Bij deze vereisten wordt de uiterlijke verschijningsvorm niet gebruikt (hoofdstuk 3, paragraaf 2.2).

---

9 Ik zeg 'in een bepaald opzicht' om twee redenen. (1) Als er wel verklaringen zijn waaruit blijkt dat de verdachte het gevolg heeft aanvaard, dan hoeft de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm niet te zijn gehaald. In dat geval hoeft dus nog geen sprake te zijn van een gedraging die zozeer is gericht op een bepaald gevolg dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte dat gevolg heeft aanvaard. De onvoltooide poging is dan bijvoorbeeld ook weer in zicht. (2) Naast de uiterlijke verschijningsvorm gelden nog twee andere vereisten voor voorwaardelijk opzet. Zie daarover nader par. 2.5.

Aanmerkelijke kans
Het aanmerkelijke kans-vereiste sluit op zichzelf aan bij de finale handelingsleer. Welzel meent immers dat er sprake moet zijn van een verwerkelijkingsmogelijkheid. Volgens Welzel vallen onder het voorwaardelijk opzet nevengevolgen die mogelijk kunnen intreden, wanneer de verdachte er *rekening mee houdt* dat zij zullen intreden ('Rechnen mit dem Eintritt'). Onder verwijzing naar Mayer, merkt Welzel op dat kan worden aangenomen dat sprake is van 'Rechnen mit dem Eintritt' op het moment dat de verdachte het intreden van het gevolg als *meer dan een enkele mogelijkheid* ('bloße Möglichkeit') ziet. Volgens Welzel is daarbij niet de objectieve kans leidend, maar de inschatting van de verdachte. Het gaat erom dat de individuele verdachte de verwerkelijking 'auf das reale Geschehen zuschreibt'. Het gaat om het 'eigenen Ansicht des Täters'.[10]

De benadering van de Hoge Raad van het aanmerkelijke kans-vereiste staat haaks op deze benadering van Welzel. In een aantal zaken worden bij de bepaling van de aanmerkelijke kans weliswaar alleen omstandigheden betrokken die bij de verdachte bekend waren, maar – gebaseerd op die omstandigheden – wordt de kans vervolgens *objectief* vastgesteld.[11] Of de verdachte zelf de kans dat het gevolg intrad als groot of klein inschatte is – voor het aanmerkelijke kans-vereiste – niet relevant.

De objectieve invulling die wordt gegeven aan het aanmerkelijke kansvereiste sluit niet zonder meer aan bij de leer van Peters. Peters zet zich immers af tegen de 'objectieve finaliteit',[12] en pleit (in plaats daarvan) voor een normatief opzetbegrip. Inmiddels is duidelijk(er) dat het bij de aanmerkelijke kans niet gaat om het halen van bepaalde percentages.[13] Het moet gaan om 'een

10 Welzel 1965, p. 60.

11 Vgl. Van Dijk 2017, par. 7.5. Van Dijk maakt een onderscheid maakt tussen de subjectieve en objectieve kans en, vervolgens er van uitgaande dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad sprake is van een objectief kansvereiste: vanuit wiens *perspectief* wordt bepaald welke factoren worden betrokken bij de (objectieve) kansinschatting (het perspectief van de verdachte of het perspectief van de rechter). De Hoge Raad lijkt, in de *American Staffords*-uitspraak althans te hebben gekozen voor een objectieve kans, vanuit het perspectief van de verdachte. Zie nader hfdst. 3, par. 2.1.5. Het sluit ook aan bij de 'individualisering' van F. de Jong. Dat houdt in dat het bewijsoordeel moet aansluiten bij de wijze waarop de dader geacht kan worden zich tot de intersubjectieve leefwereld te verhouden. Zie F. de Jong 2009, p. 426.

12 Volgens Peters is dit geen handelingsleer, omdat de bedoeling (in niet psychologische zin opgevat) daarvan geen onderdeel uitmaakt; zie Peters 1966, p. 94-96.

13 In het kader van HIV-arresten is veel aandacht besteed aan de procentuele kans dat de verdachte besmet zou raken. In de *American Staffords*-uitspraak (zie hfdst. 3, par. 2.2.2 en 3.4) is verduidelijkt dat het niet gaat om het halen van bepaalde percentages, maar om een 'reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid' dat het gevolg intreedt. Niet geheel duidelijk is wat hieronder precies moet worden begrepen. Annotator Wolswijk meent dat het (net als in oudere rechtspraak) nog steeds gaat om een 'reële of geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans'. Ook dan is echter nog steeds niet duidelijk is wat hieronder valt en of de kleinste kans hiervoor al voldoende is of dat een grotere kans vereist is.

kans die naar *algemene ervaringsregelen* [cursivering: SA] aanmerkelijk is te achten'. Dat het gaat om algemene ervaringsregelingen duidt er – in lijn met de leer van Peters – op dat de sociale betekenis van de gedraging centraal staat.[14]

Bewustheidsvereiste

Dat bewustheid bij de verdachte wordt vereist sluit aan bij de finale leer van Welzel. Hij maakt immers een onderscheid tussen een voluntatieve (vgl. aanvaarden) en een intellectuele zijde. De invulling die de Hoge Raad aan het bewustheidsvereiste geeft verschilt echter op een aantal punten van de invulling die Welzel voorstond ten aanzien van de intellectuele zijde. Over het algemeen wordt bewustheid in de jurisprudentie van de Hoge Raad immers bij de verdachte verondersteld.[15] Slechts in uitzonderingsgevallen wordt aan dit vereiste aandacht besteed. Zie hoofdstuk 3, paragrafen 2.2.2 en 3.7.7. De verdachte kan zich blijkens de jurisprudentie ook niet zomaar verschuilen achter dat hij bepaalde dingen niet wist, als hij wel een bepaalde zorgplicht had om daarvan op de hoogte te zijn (vgl. hoofdstuk 3, paragraaf 3.7.5) of wanneer ieder 'normaal mens' iets wel zou hebben geweten.[16] Deze meer normatieve elementen sluiten niet goed aan bij de leer van Welzel, die immers de individuele beleving van de verdachte – dat wat de individuele verdachte wist – centraal stelt. Volgens Welzel is niet toereikend dat de verdachte de omstandigheden potentieel kende, zich bewust had *behoren* te zijn van bepaalde omstandigheden. De verdachte moet zich volgens Welzel daadwerkelijk van de omstandigheden en eventuele gevolgen bewust zijn geweest.

Overigens lijkt er in de jurisprudentie – overeenkomstig het pleidooi van Van Dijk[17] – (in bepaalde gevallen) wel degelijk (meer) aandacht te zijn voor de omstandigheden waarvan de individuele verdachte zich bewust was. Het lijkt daarbij vooral om gevallen te gaan waarvan ten aanzien van ieder 'normaal mens' niet zomaar verondersteld kan worden dat hij van die omstandig-

14 Dit volgt ook uit de *HIV I*-formule 'de enkele omstandigheid dat die wetenschap bij de verdachte aanwezig is *dan wel bij hem moet worden verondersteld* [cursivering: SA]'.

15 Vgl. Knigge & Wolswijk 2015, p. 124; Reijntjes in zijn noot bij 26 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1007, *NJ* 2018/337; Van Dijk 2017, p. 349.

16 In dit verband kan worden gewezen op de conclusie van AG Knigge bij de uitspraak *Geparkeerde auto* (zie hfdst. 3, par. 2.2.2 en 3.1.4). Hij vraagt zich daarin (zie de conclusie onder 4.9) wat ieder 'normaal denkend mens' zou hebben geweten.

17 Zie de *American Staffords*-uitspraak. In zijn conclusie verwijst AG Keulen veelvuldig naar Van Dijk. Het pleidooi van Van Dijk (zie Van Dijk 2017, p. 396-398) om het objectieve kansvereiste los te laten is dus niet gevolgd. Wel wordt zijn voorstel om (als second best) aan te sluiten bij het perspectief van de actor (om zo 'de ongewenste gevolgen van een objectief kansvereiste binnen de perken te houden') in deze uitspraak gevolgd. Ook in eerdere uitspraken leek het perspectief van de actor echter al wel eens tot uitgangspunt te worden genomen; zie hfdst. 3, par. 2.2.2. Vgl. F. de Jong 2009, p. 426, die pleit voor een 'individualisering', en F. De Jong 2019.

heden op de hoogte was (zie hoofdstuk 3, paragrafen 2.2.2 en 3.7.7). Daarmee blijft een bepaald normatief element behouden.[18]

Ondanks dit normatieve element sluit de benadering van de Hoge Raad echter ook niet aan bij de leer van Peters. Dat is omdat de individuele beleving van de verdachte in bepaalde gevallen wel degelijk van belang is. Daartegen verzet Peters zich juist.[19]

Meer in zijn algemeenheid ligt het mijns inziens vanuit de finale leer van Peters niet voor de hand om een onderscheid te maken tussen verschillende vereisten voor voorwaardelijk opzet. Peters doet dat zelf ook niet. Het gaat immers om de sociale betekenis van de gedraging. De kans dat een bepaald gevolg intreedt is misschien een omstandigheid die mede bepalend is voor de sociale betekenis van de gedraging, maar is niet een apart vereiste. Peters rept er in ieder geval niet over.

De drie vereisten – aanmerkelijke kans, bewustheid, aanvaarden – komen wel terug bij de finale leer van Welzel, die een onderscheid maakt tussen de voluntatieve zijde en de intellectuele zijde en die daarnaast aandacht besteed aan de waarschijnlijkheid dat het gevolg intreedt. Welzel stelt echter de individuele beleving van de verdachte centraal. De invulling die de Hoge Raad aan deze vereisten geeft, sluit daar niet (op alle punten) bij aan, in het bijzonder niet op het punt van de aanmerkelijke kans. Daar komt bij dat het waarschijnlijkheidsoordeel van de verdachte niet een afzonderlijke 'zijde' is in de leer van Welzel. De inschatting die de verdachte maakt over zijn kansen is onderdeel van de intellectuele zijde.[20] Ook vanuit het oogpunt van de leer van Welzel ligt het dus niet voor de hand om de aanmerkelijke kans als afzonderlijk vereiste te stellen.

2.5.2 Opzetgradaties

De uiterlijke verschijningsvorm wordt tot op heden door de Hoge Raad[21] niet gebruikt in het kader van andere opzetgradaties dan voorwaardelijk opzet. Op zichzelf hoeft dat niet te betekenen dat de finaliteit van de gedraging bij andere opzetgradaties geen rol speelt. Dat de uiterlijke verschijningsvorm bij

---

18 Vgl. Van Bemmelen die in zijn – als normatief aangemerkte opzetleer – de 'normale mens' tot uitgangspunt neemt. Van Bemmelen neemt een 'normaal mens' tot uitgangspunt. Wanneer een normaal mens zich in het algemeen bewust zal zijn geweest van bepaalde gevolgen en omstandigheden, dan mag volgens hem in beginsel (voorwaardelijk) opzet worden aangenomen. Zie Van Bemmelen 1995, p. 123.

19 Peters baseert zijn normatieve opzetleer mede op Van Bemmelen (zie vorige voetnoot) en heeft ook enige sympathie voor het waarschijnlijkheidsbewustzijn van Pompe voor zover dit objectief wordt vastgesteld, maar kan zich er niet in vinden dat de beleving van de individuele verdachte daarbij een rol speelt; zie Peters p. 119-123.

20 Welzel 1965, p. 59.

21 Ik ben slechts één uitspraak van de Hoge Raad tegengekomen waarin dat mogelijk anders was. In de lagere rechtspraak wordt de uiterlijke verschijningsvorm wel af en toe voor andere opzetgradaties gebruikt. Zie hfdst. 3, par. 2.3.

andere opzetgradaties niet wordt genoemd lijkt me wel een aanwijzing daarvoor.

Dat de Hoge Raad een onderscheid maakt tussen opzetgradaties is een teken dat de Hoge Raad de finale leer van Peters niet (volledig) heeft omarmd. Peters acht immers het onderscheid dat wordt gemaakt tussen opzetgradaties niet van belang en pleit ervoor om daarmee op te houden. Het sluit beter aan bij de leer van Welzel, die wel een onderscheid maakt tussen verschillende opzetgradaties. Deze opzetgradaties zijn bij Welzel ingegeven door verschillende psychische betrokkenheden van de verdachte.

Ik teken daarbij aan dat de door mij bestudeerde jurisprudentie de indruk wekt dat het onderscheid dat tussen opzetgradaties wordt gemaakt niet altijd is ingegeven door een verschil in een (vermeende) psychische betrokkenheid van de verdachte.[22] Ik heb in hoofdstuk 3 een aantal uitspraken besproken waarin – via het voorwaardelijk opzet – de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging lijkt te worden gebruikt om het primaire doel (en dus 'vol' opzet) van de verdachte vast te stellen. Voorbeelden zijn de uitspraken *Dakkapel* (hoofdstuk 3, paragraaf 3.1.2) en *Lekkanaal* (hoofdstuk 3, paragraaf 3.1.3). De feiten in die zaken wekken bij mij de indruk dat de verdachte wel degelijk tot doel had om de slachtoffers van het leven te beroven. Dit roept bij mij de vraag op of niet al te snel wordt teruggevallen op voorwaardelijk opzet op het moment dat (geloofwaardige) verklaringen ontbreken.[23] Als die vraag bevestigend moet worden beantwoord, dan zou dat betekenen dat het onderscheid tussen de opzetgradaties meer wordt ingegeven door bewijsproblematiek dan door een verschil in psychische betrokkenheid. Dat zou het onderscheid tussen de verschillende opzetgradaties relativeren, hetgeen juist zou aansluiten bij het betoog van Peters dat vooral wordt gewerkt met de 'fictie' dat het opzet psychisch is.[24] Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad (nog steeds) een onderscheid maakt tussen opzetgradaties en de uiterlijke verschijningsvorm alleen toepast in het kader van voorwaardelijk opzet. De Hoge Raad heeft het pleidooi van Peters om met deze 'fictie' op te houden, dus niet gevolgd.

---

22 Zie in dit verband ook de opmerking van De Hullu dat het voorwaardelijk opzet in de toepassing door de Hoge Raad niet zoveel meer te maken heeft met de historische achtergrond ervan; De Hullu 2018, p. 237.

23 Overigens is de Hoge Raad op dit punt ook afhankelijk van de feitenrechter. Voor de Hoge Raad geldt dat, wanneer de feitenrechter eenmaal is teruggevallen op voorwaardelijk opzet, hem in cassatie niets anders rest dan dat oordeel te toetsen.

24 Peters 1966, p. 117-119.

2.6 Bevindingen ten aanzien van de finale handelingsleer bij (voorwaardelijk) opzet: finale bewijsvoering, normatief opzet en de individuele beleving

De invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm sluit op zichzelf aan bij de finale leer van Peters. Uit het gebruik dat wordt gemaakt van de uiterlijke verschijningsvorm bij het voorwaardelijk opzet en de daaruit voortvloeiende rol blijkt echter dat bij het voorwaardelijk opzet (slechts) sprake is van finale bewijsvoering: door 'waarneming' van de gedraging wordt vastgesteld waarop het opzet van de verdachte was gericht. Op deze finale bewijsvoering wordt pas teruggevallen als ander bewijs van hetgeen in de verdachte is omgegaan ten tijde van het feit, ontbreekt. Finale bewijsvoering is dus zeker niet het uitgangspunt. Dat 'hetgeen in de verdachte is omgegaan ten tijde van het feit' nog altijd het uitgangspunt is, laat zien dat – in het kader van het aanvaardingsvereiste – de individuele beleving van de verdachte nog altijd centraal staat.

De door mij geanalyseerde jurisprudentie ondersteunt het beeld in de literatuur dat (voorwaardelijk) opzet deels normatief wordt ingevuld.[25] Dit geldt in het bijzonder voor het vereiste van de aanmerkelijke kans. Ook de invulling van het bewustheidsvereiste kent een aantal normatieve elementen en wanneer de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast in het kader van het aanvaardingsvereiste is eveneens sprake van een normatief element. Voorgaande betekent dat er gevallen denkbaar zijn waarin het opzet volledig normatief wordt ingevuld. Ik ben uitspraken tegengekomen die dicht tegen dit normatieve opzet aanliggen, zoals uitspraken waarin de verdachte gericht op een of meerdere slachtoffers heeft geschoten (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.1.2). Maar, daar staan ook uitspraken tegenover waarin de individuele beleving van de verdachte meer aandacht krijgt. Het gaat dan in de eerste plaats om uitspraken waarin de verdachte een geloofwaardige verklaring heeft afgelegd over hetgeen in hem is omgegaan (zie de uitspraak *JS*, opgenomen in hoofdstuk 3, paragraaf 3.2.4), waardoor geen gebruikgemaakt wordt van de uiterlijke verschijningsvorm. Daarnaast zijn er ook gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast, waarin aandacht wordt besteed aan de individuele beleving van de verdachte. Het gaat met name om uitspraken waarin de verdachte zich bezighoudt met 'alledaagse' gedragingen, zoals deelname aan het verkeer.[26] Met het aanmerkelijke kans-vereiste is er in alle gevallen waarin wordt teruggevallen op voorwaardelijk opzet echter hoe dan ook een normatief element betrokken bij het oordeel.

25 Zie in het bijzonder F. de Jong 2009.

26 Vgl. F. de Jong 2009, p. 349. Volgens De Jong is de Hoge Raad in bepaalde typen gevallen eerder geneigd een sterk genormativeerd oordeel omtrent de bewuste aanvaarding te honoreren.

3 De uiterlijke verschijningsvorm bij strafbare poging

3.1 Inleiding

Hiervoor ging ik in op het opzetbegrip van de Hoge Raad, Welzel en Peters. In deze paragraaf, over de uiterlijke verschijningsvorm bij poging, gaat het over het andere element van de finale handelingsleer: de handeling. Bij poging (artikel 45 Sr) speelt de uiterlijke verschijningsvorm immers een rol in het kader van de objectieve zijde van het strafbare feit, namelijk bij het bestanddeel 'begin van uitvoering' (hoofdstuk 2, paragraaf 2.1). In het hiernavolgende ga ik eerst kort in op de plaats van de poging in de finale leren van Welzel en Peters (paragraaf 3.2). Daarna bespreek ik in hoeverre de invulling, het gebruik en de rol van de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij een van deze leren (paragraaf 3.3). Afzonderlijk ga ik nog in op de plaats van de ondeugdelijke poging in de finale handelingsleer (paragraaf 3.5).

3.2 De finale handelingsleer en poging

In hoofdstuk 9 heb ik geen aandacht besteed aan de plaats van de poging binnen de leren van Welzel en Peters. De reden daarvoor is dat Welzel noch Peters uitvoerig ingaat op de plaats van de poging binnen de door hen voorgestane leer. Niettemin is voor de poging plaats in hun leren, zo leid ik af uit de beperkte opmerkingen die zij er wel over maken.[27]

Op grond van de finale handelingsleer van Welzel gaat aan een gedraging vooraf dat de verdachte een handelingsontwerp uitdenkt. In de praktijk kunnen deze twee moment samenvallen, maar in ieder geval theoretisch worden zij door Welzel onderscheiden. Niet altijd verloopt de verwerkelijking van het handelingsplan zoals het handelend subject dat had voorzien. Soms kan het handelingsontwerp niet volledig worden uitgevoerd. Hier is het opzet op meer gericht dan wat wordt bereikt ('geht der Vorsatz über das, was er erreicht, aus'). Het kan ook gebeuren dat het handelend subject weliswaar zijn handelingsontwerp volledig kan uitvoeren, maar dat de beoogde gevolgen uitblijven omdat het causale proces zich in de werkelijkheid – door onvoorziene omstandigheden – anders voltrekt dan werd beoogd. In dat geval is het opzet in totale omvang een finaal element van de handeling ('in seinem ganzen Umfange ein finales Element der Handlung'). In beide gevallen spreekt Welzel over een poging ('Versuch').[28]

---

27 In de Nederlandse literatuur wordt finaliteit vaker in verband gebracht met de poging en de pogingsjurisprudentie van de Hoge Raad. Zie hfdst. 1, par. 3.1.1.

28 Welzel 1965, p. 31 en 59.

Volgens Peters past de strafbare poging beter in een finale dan in een causale leer.[29] In navolging van Buytendijk en Van den Berg stelt Peters dat het gevolg waarop de gedraging is gericht in de gedraging ligt besloten, ook wanneer dat gevolg nog niet is ingetreden. Voordat het gevolg is ingetreden, is het er reeds, als doel. Deze immanente toekomst, gerichtheid op een bepaald toekomstig doel, dat reeds nu de gedraging bepaalt, kan volgens Peters worden waargenomen door derden.

3.3 Bestanddeel 'begin van uitvoering'

3.3.1 Invulling van de uiterlijke verschijningsvorm: Welzel

Het *Cito*-criterium bij poging bevat twee vereisten. Er moet zowel sprake zijn van (1) gerichtheid op het misdrijf, als van (2) gerichtheid op *voltooiing* van dat misdrijf. Deze twee vereisten, zo bleek uit de rechtspraakanalyse, hebben ieder een eigen betekenis en invulling.[30] Ik zal hierna voor beide vereisten dan ook afzonderlijk bespreken of de invulling die daaraan is gegeven aansluit bij de finale handelingsleer van Welzel of Peters.

3.3.1.1 Gerichtheid op het misdrijf

Het vereiste dat sprake moet zijn van gerichtheid op het misdrijf, lijkt op het eerste oog 'finaal'. In het kader van de finale handelingsleer (van zowel Welzel als Peters) is een gedraging immers gericht op een bepaald doel, een bepaald gevolg. Een strafrechtelijk relevante gedraging is gericht op een misdrijf.
Ik meen dat in het kader van dit 'gerichtheid op het misdrijf-vereiste'[31] is aangesloten bij de finale handelingsleer van Welzel. Ik licht dit toe.

Een van de belangrijkste bevindingen in hoofdstuk 2 was dat bij dit vereiste steeds het voornemen van de verdachte wordt betrokken. Het voornemen – dat afzonderlijk wordt vastgesteld[32] – wordt niet alleen betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm, het lijkt in de meeste gevallen leidend bij de kwalificatie van de gedraging (zie hoofdstuk 2, paragraaf 3.12.1.1). Dit sluit aan bij de finale handelingsleer van Welzel. Volgens Welzel gaat immers (in theorie[33]) aan de gedraging vooraf dat de verdachte een handelingsontwerp

29 Peters 1966, p. 68.
30 Zie hfdst. 2, par. 2.1.1 en 3.12, hfdst. 7, par. 2.4 en hfdst. 8, par. 4.
31 Het gaat hier echt om de vraag of de gedraging was gericht op het misdrijf, niet op het bewezenverklaarde, zo blijkt ook uit het *Cito*-criterium. Dat is ook logisch. De vraag die aan de hand van het *Cito*-criterium wordt beantwoord is of de gedraging kan worden *gekwalificeerd* als poging tot een misdrijf.
32 In de literatuur wordt nog wel eens gesteld dat de gedraging centraal staat, maar mijn bevindingen duiden daar niet op. Zie nader hfdst. 2, par. 3.12.1.1.
33 Volgens Welzel kunnen deze stappen in de praktijk samenvallen.

uitdenkt (bepalen finale wil). De handeling is de verwezenlijking van dat handelsontwerp in de werkelijkheid. Dit betekent dat de betekenis van de handeling niet los kan worden gezien van dat handelingsontwerp, van de finale wil. De gedraging wordt door de finale wil 'beheerst'.
Dat het voornemen, het handelingsplan, leidend is, sluit niet goed aan bij de leer van Peters, die immers de gedraging centraal stelt en daaruit het opzet 'afleidt'.

Naast het voornemen, zo constateerde ik in hoofdstuk 2, paragraaf 3.12.1.2, en de gedraging (die wordt geïnterpreteerd in het licht van dat voornemen), wordt bij het 'gerichtheid op het misdrijfvereiste' betrokken of de verdachte middelen voorhanden had om het misdrijf uit te voeren (hoofdstuk 2, paragraaf 3.12.1.2). Dit sluit eveneens aan bij de leer van Welzel. Onderdeel van het handelingsontwerp (en dus de finale wil) zijn volgens Welzel immers ook de middelen die de verdachte van plan is in te zetten om zijn doel te bereiken. Deze 'middelen' betreffen zowel gedragingen als voorwerpen. Daar komt bij dat uit de pogingsjurisprudentie van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat ook bij de interpretatie van voorwerpen die de verdachte voorhanden had het voornemen leidend is. Getoetst wordt of de voorwerpen 'passen' bij dat voornemen. Hoewel het betrekken van de middelen die de verdachte voorhanden heeft ook in de leer van Peters past, meen ik dat door dit laatste toch eerder sprake is van aansluiting bij de leer van Welzel dan bij de leer van Peters.

De context

Bij het 'gerichtheid op het misdrijf-vereiste' betrekt de Hoge Raad ook omstandigheden waaruit blijkt van de context waarin die gedraging is verricht. Op dit punt vult de Hoge Raad het oordeel van de gerechtshoven met enige regelmaat aan (hoofdstuk 2, paragraaf 3.12.1.3). De context is dus belangrijk. Dat lijkt op het eerste oog een aanwijzing dat (op dit punt) wordt aangesloten bij de leer van Peters. Volgens Peters kan de gedraging immers alleen worden begrepen vanuit de situatie waarin de gedraging voorkomt. Toch meen ik dat hier geen sprake is van aansluiting bij de leer van Peters. Peters meent immers dat de sociale betekenis van de gedraging leidend zou moeten zijn. Daarvan is echter geen sprake. De omstandigheden die de context vormen lijken eerder te worden gebruikt ter ondersteuning van het oordeel dat de fysieke gedraging de uitvoering van het voornemen betrof. Het voornemen blijft dus leidend. De context wordt (slechts) gebruikt om het verband tussen het voornemen en de gedraging vast te stellen, zo besprak ik in hoofdstuk 2, paragraaf 3.12.1.4.[34]

34 Dat de context wordt betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm, laat mijns inziens zien dat er een bepaalde drempel is die moet worden gehaald voordat gerichtheid op het misdrijf kan worden aangenomen. Het is niet voldoende dat er sprake is van een voornemen en een fysieke gedraging die daarbij 'past'. Er moet een bepaalde mate van aannemelijkheid

Op grond van bovenstaande kom ik tot de conclusie dat de invulling die wordt gegeven aan het 'gerichtheid op het misdrijfvereiste' aansluit bij de finale handelingsleer van Welzel.

3.3.1.2 Gerichtheid op voltooiing

Anders dan bij de gerichtheid op het misdrijf, speelt bij de gerichtheid op voltooiing het voornemen van de verdachte geen centrale rol. In de jurisprudentie kunnen objectieve omstandigheden worden aangewezen op basis waarvan wordt vastgesteld of aan het vereiste van gerichtheid op voltooiing is voldaan (hoofdstuk 2, paragraaf 3.12.2). Meer in zijn algemeenheid kan ten aanzien van dit vereiste de vraag worden gesteld of nog wel sprake is van 'finaliteit'.[35] Het 'gerichtheid op voltooiing-vereiste' ziet immers niet op de vraag op welk toekomstig doel/gevolg gedraging was gericht (daarover gaat het 'gerichtheid op het misdrijf-vereiste'), maar op de vraag of de gedragingen reeds in een dusdanig stadium waren dat sprake is van een strafbare uitvoeringshandeling (en niet meer van voorbereiding).

Welzel gaat (in het kader van zijn finale handelingsleer) niet in op de vraag in welk stadium de gedraging moet zijn aanbeland, voordat sprake is van een *strafbare* poging en waar bijvoorbeeld de grens ligt met voorbereiding. Welzel maakt enkel duidelijk dat pas sprake kan zijn van strafbaarheid op het moment dat er een daad ('Tat') in de werkelijkheid volgt die wordt beheerst door de finale wil. Dat betekent dat vanuit de finale handelingsleer van Welzel bijvoorbeeld niet verklaard kan worden waarom in de uitspraken GWK, *Heroïne uit Roemenië* en *Hasjiesj uit Marokko* en *Hoevense brandstichting* géén sprake is van een strafbare gedraging. In al deze zaken had de verdachte immers gedragingen verricht ter uitvoering van zijn voornemen. De eis van gerichtheid op voltooiing is ten opzichte van de finale handelingsleer van Welzel dan ook een extra vereiste, van belang om poging en voorbereiding van elkaar te kunnen afbakenen (zie ook hoofdstuk 8, paragraaf 4.1).

Net als Welzel, laat Peters zich niet uit over het moment waarop strafbaarheid ontstaat.[36] Ook ten opzichte van de finale leer van Peters zou het vereiste bij poging dat de gedraging moet zijn gericht op voltooiing dus een extra element vormen.

---

zijn dat met de gedraging daadwerkelijk uitvoering werd gegeven aan het vastgestelde voornemen. Dat heeft er mijns inziens ook mee te maken dat in het kader van de poging moet worden vastgesteld dat er sprake is van gerichtheid op een *bepaald* misdrijf. Zie hfdst. 2, par. 3.12.1.4 en hfdst. 7, par. 2.4.

35 Vgl. Rozemond 1994. Rozemond maakt een onderscheid tussen beide vereisten en noemt het tweede vereiste het 'jetzt geht es los-criterium'.

36 Wel lijkt duidelijk, nu de gedraging het uitgangspunt vormt van zijn theorie, dat er een gedraging moet hebben plaatsgevonden. In welk stadium die gedraging moet zijn voordat sprake is van strafrechtelijke aansprakelijkheid, vormt geen onderdeel van zijn (opzet)theorie.

Kortom, het vereiste dat de gedraging moet zijn gericht op voltooiing heeft geen betrekking op de finaliteit van de gedraging, maar vormt een extra vereiste.

3.3.2 *Gebruik en rol: de uiterlijke verschijningsvorm als criterium, de finale handelingsleer omarmd?*

Hiervoor besprak ik dat de invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van het 'gerichtheid op het misdrijf-vereiste' aansluit bij de finale handelingsleer van Welzel. Nu de uiterlijke verschijningsvorm standaard als criterium wordt gebruikt, lijkt in de praktijk sprake van een benadering die volledig consistent is met die leer. Echter, eveneens is gebleken dat de enkele finaliteit onvoldoende wordt geacht voor strafbaarheid. Daarnaast moet sprake zijn van een gerichtheid op voltooiing. Er is dus geen sprake van een volledige aansluiting bij de finale handelingsleer in die zin dat alleen overeenkomstig die leer strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt aangenomen.

3.4 De ondeugdelijke poging

De jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van de ondeugdelijke poging is niet eenduidig, noch ten aanzien van waar de ondeugdelijkheid binnen de poging precies moet worden geplaatst, noch ten aanzien van het gebruik dat wordt gemaakt van en de rol die de uiterlijke verschijningsvorm daarbij heeft (hoofdstuk 2, paragraaf 2.2). Vanwege al deze onduidelijkheden, zal ik me hier beperken tot de vraag of de benadering van de Hoge Raad ten aanzien van de *invulling* die aan de ondeugdelijke poging wordt gegeven – waarin wel een duidelijke lijn te herkennen is (hoofdstuk 8, paragraaf 4.2) – past bij de finale handelingsleer. Ik bekommer me in deze paragraaf dus niet om wat de precieze plaats van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm is of zou moeten zijn bij de ondeugdelijke poging. Daarop kom ik in mijn Slotbeschouwingen terug.

Welzel noch Peters gaan in hun finale handelingsleer in op de plaats van de ondeugdelijke poging. Ik zal in deze paragraaf dan ook zelf onderzoeken of, gebaseerd op de door hen geformuleerde uitgangspunten, de (benadering van de Hoge Raad ten aanzien van de) ondeugdelijke poging zou passen in hun finale leer. Net als in hoofdstuk 8, paragraaf 4.2 maak ik daarbij een onderscheid tussen de ondeugdelijkheid van de middelen en ondeugdelijkheid van het object.

3.4.1 *Ondeugdelijke middelen*

In de finale handelingsleer van Welzel maken de door de verdachte in te zetten middelen – die zowel voorwerpen als gedragingen betreffen – deel uit van het handelingsontwerp (de finale wil) en daarmee ook van de finale handeling. Voor Welzel is echter niet relevant in hoeverre de middelen ook daadwerkelijk (objectief bezien) 'geschikt' zijn om dat doel te bereiken. Waar het om gaat is of de verdachte verwachtte dat hij in zijn opzet zou slagen. Het gaat om zijn inschatting.[37] Hierbij past op zichzelf dat de (objectieve) omstandigheid dat een middel in een bepaald geval niet geschikt is om het misdrijf te plegen (relatief ondeugdelijk middel) niet in de weg staat aan strafbaarheid.[38] Wat echter niet aansluit bij de leer van Welzel is dat wanneer *objectief* wordt vastgesteld dat het middel onder geen enkele omstandigheid tot het plegen van het misdrijf geschikt is (absolute ondeugdelijk middel), volgens de Hoge Raad niet langer sprake is van een strafbare gedraging. Of de verdachte ook objectief bezien kon slagen is immers volgens Welzel niet relevant. De objectief vastgestelde absolute ondeugdelijkheid beperkt dus de strafrechtelijke aansprakelijkheid ten opzichte van de leer van Welzel.

In de leer van Peters zou de absolute ondeugdelijkheid van het middel beter passen. In bepaalde gevallen – bijvoorbeeld bij de inzet van een voodoopoppetje – zal de sociale betekenis van de gedraging immers niet langer zijn dat de verdachte nog bezig was met het plegen van een misdrijf.[39]

3.4.2 *Ondeugdelijke objecten*

Vormt het object van het misdrijf onderdeel van de finale gedraging? Die vraag laat zich nog niet zo eenvoudig beantwoorden. De finale gedraging is – zowel bij Welzel als Peters – gericht op een doel, een gevolg. Maar maakt het doel daarmee ook deel uit van de finale gedraging? Het is er in ieder geval nauw mee verbonden. Gedraging en doel kunnen niet los van elkaar worden gezien.[40] Bij de (onvoltooide) poging gaat het echter wel om een in de toekomst gelegen doel of gevolg. Dit roept de vraag op wat, vanuit de finale handelingsleer bezien, de eventuele betekenis is voor de strafbaarheid als het object van het misdrijf absoluut ondeugdelijk is.

Vanuit de leer van Welzel bezien staat die ondeugdelijkheid alleen in de weg aan strafbaarheid als de verdachte daarvan op de hoogte was en vervol-

37 Welzel 1965, p. 66.

38 Vgl. De Hullu 2018, p. 403. Volgens De Hullu pas de marginale positie voor de ondeugdelijke poging bij het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm.

39 Vgl. de noot van Rozemond bij het *Richard*-arrest, die daar ook de 'gemiddelde rechtsgenoot' opvoert. Vgl. eveneens Kelk & De Jong 2019. Volgens hen (p. 432) is alleen in een objectieve leer ruimte voor de opvatting dat absolute ondeugdelijkheid van de poging tot straffeloosheid dient te leiden.

40 Vgl. Peters 1966, p. 30.

gens misschien weliswaar had gehoopt dat hij desondanks toch zou slagen, maar zichzelf geen reële kansen had toegedicht dat hij zijn doel zou bereiken. Volgens Welzel is immers bepalend of de verdachte

> 'eine Einwirkungsmöglichkeit auf das reale Geschehen zuschreibt. Was nach der eigenen Ansicht des Täters außerhalb seiner Einwirkungsmöglichkeit liegt, das kann er als zufällige Verknüpfung mit seiner Handlung wohl erhoffen oder wünschen, aber nicht verwirklichen wollen'.[41]

De benadering van de Hoge Raad sluit hier in zoverre op aan dat de Hoge Raad ten aanzien van het object zeer terughoudend – wellicht nog terughoudender is dan bij ten aanzien van de middelen – om aan te nemen dat de verdachte niet strafbaar is omdat het object ondeugdelijk is. Dat gebeurt eigenlijk alleen wanneer vaststaat dat het object vanaf het begin van de uitvoeringshandeling ondeugdelijk is. Zie hoofdstuk 8, paragraaf 4.2. Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad die ondeugdelijkheid objectief vaststelt. De beleving en de inschatting van de verdachte ten aanzien van dat object speelt daarbij geen rol. Daarmee is dus geen sprake van aansluiting bij Welzel. Dit betekent dat sprake is van een beperking van de strafrechtelijke aansprakelijkheid ten opzichte van de leer van Welzel. Ook al ging de verdachte er dan misschien van uit dat hij zou slagen, er wordt toch geen strafbaarheid aangenomen omdat het object van het misdrijf – objectief bezien – absoluut ondeugdelijk is.

Net als bij de ondeugdelijkheid van de middelen, zou deze benadering op zichzelf in de leer van Peters passen. Dat geldt ook voor dat daarmee terughoudend wordt omgegaan omdat het doel nog in de toekomst is gelegen.

3.5 Bevindingen ten aanzien van de finale handelingsleer en poging: de finale handelingsleer van Welzel met enkele inperkingen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid

De benadering van de Hoge Raad ten aanzien van de poging sluit in beginsel aan bij de finale handelingsleer van Welzel. In de kern wordt immers getoetst of met de gedraging uitvoering wordt gegeven aan het voornemen van de verdachte. Het voornemen is leidend. Wel wordt – ten opzichte van die finale handelingsleer – aan de gedraging een extra vereiste gesteld, namelijk dat die eveneens (naast op het misdrijf) gericht moet zijn op *voltooiing* van het misdrijf. Daarmee wordt de strafrechtelijke aansprakelijkheid ten opzichte van de leer van Welzel ingeperkt.

Bij de ondeugdelijkheid van de poging sluit de benadering van de Hoge Raad niet aan bij de leer van Welzel, nu de Hoge Raad de ondeugdelijkheid van middel en object objectief vaststelt. De objectief vastgestelde absolute

41 Welzel 1965, p. 60.

ondeugdelijkheid staat in de weg aan strafbaarheid op grond van poging. Daarmee vormt de absolute ondeugdelijkheid een inperking van de strafrechtelijke aansprakelijkheid ten opzichte van de leer van Welzel. De benadering sluit op dit punt eerder aan bij de leer van Peters.

4 De uiterlijke verschijningsvorm bij strafbare voorbereiding

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk bespreek ik in hoeverre de invulling, het gebruik van en de rol van de uiterlijke verschijningsvorm bij strafbare voorbereiding aansluiten bij de finale handelingsleer. Ik doe dat eerst voor het bestanddeel 'bestemd' van artikel 46 Sr (paragraaf 4.2). Vervolgens besteed ik nog aandacht aan de ondeugdelijke voorbereiding (paragraaf 4.3).

4.2 Bestanddeel 'bestemd'

4.2.1 Voorwerpen en de finale handelingsleer

Op grond van de uiterlijke verschijningsvorm wordt vastgesteld of de voorwerpen 'dienstig kunnen zijn voor het misdadige doel dat de verdachte voor ogen had'. Dat de uiterlijke verschijningsvorm betrekking heeft op voorwerpen is vanuit de leren van Welzel en Peters bezien niet problematisch. Onderdeel van de gedraging, in beide leren, vormen immers ook de middelen die worden ingezet om dat doel te bereiken. De strafbaarheid van het voorhanden hebben van middelen die zijn bestemd tot het begaan van het misdrijf, is eveneens vanuit beide leren te rechtvaardigen. Zoals bij de poging al aan de orde kwam, wordt in geen van beide leren ingegaan op de vraag waar de ondergrens van de strafbaarheid ligt. Wel is voor beide leren duidelijk dat er in ieder geval sprake moet zijn van een gedraging. Vanuit de leer van Welzel komt strafbaarheid in beeld op het moment dat sprake is van een objectivering van de finale wil in een uiterlijke daad.[42] Hiervan is sprake, zo zou betoogd kunnen worden, op het moment dat de verdachte voorwerpen verwerft etc. die zijn bestemd tot het begaan van het misdrijf. Op grond van de leer van Peters moet sprake zijn van een gedraging waaruit – in de sociale context bezien – de doelgerichtheid blijkt. Ook hiervan kan sprake zijn bij het verwerven etc. van voorwerpen die bestemd zijn tot het begaan van een misdrijf. Dat vereist is dat de voorwerpen 'dienstig kunnen zijn voor het misdadige doel dat de verdachte voor ogen had', laat zien dat er sprake moet zijn van een in de

42 Welzel 1965, p. 57.

toekomst gelegen doel, waarop de gedragingen van de verdachte gericht zijn en dus van finaliteit.

4.2.2 Invulling van de uiterlijke verschijningsvorm: Welzel

In de jurisprudentie van de Hoge Raad over strafbare voorbereiding speelt het 'misdadige doel' van de verdachte een centrale rol (zie hoofdstuk 4, paragraaf 4.1.2). Dit misdadige doel moet, blijkens die jurisprudentie, afzonderlijk worden vastgesteld. Het doel moet bovendien voldoende concreet zijn vastgesteld. In ieder geval moet duidelijk zijn welk object (slachtoffer/gebouw) de verdachte op het oog heeft. Vervolgens wordt beoordeeld of de aangetroffen voorwerpen (op termijn) kunnen bijdragen ('dienstig kunnen zijn') aan de uitvoering van het misdadige doel (zie hoofdstuk 4, paragraaf 4.1.8). Het misdadige doel is dus leidend. In dit verband kan worden gewezen op het *Samir A.*-arrest, waarin werd overwogen dat

> '[b]ij de beantwoording van de vraag of de in art. 46, eerste lid, (oud) Sr vermelde voorwerpen, stoffen, informatiedragers, ruimten of vervoermiddelen (hierna gezamenlijk ook als "voorwerpen" aan te duiden), (…) afzonderlijk of gezamenlijk, naar hun uiterlijke verschijningsvorm "kennelijk bestemd" zijn tot het begaan van het misdrijf in de zin van deze bepaling, kan, naar mede volgt uit de vorenweergegeven wetsgeschiedenis, niet worden geabstraheerd van het misdadige doel dat de verdachte met het gebruik van die voorwerpen voor ogen had'.

Dat het misdadige doel afzonderlijk wordt vastgesteld en leidend is, sluit aan bij de finale handelingsleer van Welzel. Het is niet goed verenigbaar met de finale leer van Peters, die immers de sociale betekenis van de gedraging vooropstelt.

Ik ben, naast het misdadige doel, ook een aantal andere omstandigheden tegengekomen in de jurisprudentie van de Hoge Raad, zoals het gebruik dat is gemaakt van de voorwerpen en andere gedragingen die de verdachte al heeft verricht. Deze omstandigheden zijn echter vooral ondersteunend aan het oordeel dat de betreffende voorwerpen dienstig kunnen zijn voor het misdadige doel dat de verdachte voor ogen had.[43] Het misdadige doel is dus leidend. Daarmee sluit de benadering aan bij de finale handelingsleer van Welzel.

Bevindingen, zoals dat ook voorwerpen die ook een alledaagse bestemming kunnen hebben – zoals auto's –, kunnen worden aangemerkt als 'bestemd' tot het begaan van het misdrijf, laten mijns inziens zien dat niet is aangesloten

---

43 Net als bij poging (zie par. 3.3.1.1) laat dit mijns inziens slechts zien dat er een bepaalde drempel is die moet worden gehaald. Het is niet voldoende dat er sprake is van een misdadig doel en dat het voorwerp daarbij 'past'. Er moet een bepaalde mate van aannemelijkheid zijn dat het voorwerp daadwerkelijk bestemd was om (op een later moment) gebruikt te worden ter uitvoering van het misdrijf. Zie hfdst. 4, par. 4.1.8.

bij de benadering van Peters. In de benadering van Peters zou van dat misdadige doel immers moeten blijken uit de voorwerpen zelf (en eventuele andere objectieve omstandigheden). De ondergrens – ten aanzien van de *objectieve* omstandigheden – zou daardoor hoger komen te liggen dan hij nu ligt.[44]

4.2.3 *Gebruik en rol: de uiterlijke verschijningsvorm als criterium, de finale handelingsleer omarmd?*

Hiervoor besprak ik dat de invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van het bestanddeel 'bestemd' aansluit bij de finale handelingsleer van Welzel. Nu de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van dat bestanddeel als (standaard)criterium wordt gebruikt, kan worden gesteld dat op dit punt sprake is van een volledige aansluiting bij die leer.

4.3 Ondeugdelijke voorbereiding

Het *Samir A.*-arrest kan zo worden opgevat dat dat betrekking heeft op de ondeugdelijkheid van voorbereidingsmiddelen. Zeker is dat evenwel niet. Zie hoofdstuk 4, paragraaf 3.3. Dat maakt het moeilijk om te 'toetsen' of de benadering van de Hoge Raad aansluit bij de finale handelingsleer. Voor zover er van wordt uitgegaan dat het *Samir A.*-arrest betrekking heeft op ondeugdelijke middelen, dan lijkt de Hoge Raad daarin niet een wezenlijk andere benadering te kiezen dan bij de poging. Alleen de *absolute* ondeugdelijkheid van de middelen staat in de weg aan strafbaarheid. Net zoals bij poging (zie paragraaf 3.4), geldt hier dat de absolute ondeugdelijkheid van de middelen – ten opzichte van de leer van Welzel leidt tot een inperking van de strafrechtelijke aansprakelijkheid

Ten aanzien van de absolute ondeugdelijkheid van het object kiest de Hoge Raad een andere benadering (zie hierover (en ook over waarom dat is) hoofdstuk 4, paragraaf 3.3.3 en hoofdstuk 8, paragraaf 4.2). De absolute ondeugdelijkheid hoeft blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad niet in de weg te staan aan een veroordeling. Het arrest *Richard* kan zo worden begrepen dat de beleving van de verdachte in dit geval leidend is. Zolang de verdachte niet doorheeft dat het object absoluut ondeugdelijk is (bijvoorbeeld omdat het om een fictief, door een tv-presentator verzonnen meisje gaat), staat de absolute ondeugdelijkheid van het object niet in de weg aan strafbaarheid. Dat zou

44 Daarmee is geenszins gezegd dat wanneer de leer van Peters zou worden gevolgd de grens voor strafbaarheid ook hoger ligt. Op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad worden immers ook eisen gesteld aan het misdadige doel. Als de leer van Peters zou worden gevolgd zou in de *Opel Vectra*-zaak misschien wel tot het oordeel zijn gekomen dat de voorwerpen 'bestemd' waren tot het begaan van het misdrijf. Nu kon dat niet, omdat het misdadige doel niet voldoende concreet was vastgesteld. Zie hfdst. 4, par. 3.2 en 4.1.2.

betekenen dat de benadering van de Hoge Raad ten aanzien van het ondeugdelijk object – bij strafbare voorbereiding – aansluit bij de finale handelingsleer van Welzel, die immers ook de beleving van de verdachte centraal stelt. Toekomstige jurisprudentie zal op dit punt meer duidelijkheid moeten bieden.

4.4 Bevindingen ten aanzien van de finale handelingsleer en strafbare voorbereiding: de finale handelingsleer van Welzel met een enkele inperking van de strafrechtelijke aansprakelijkheid

De benadering van de Hoge Raad bij strafbare voorbereiding sluit, nu het misdadige doel een leidende rol heeft bij de interpretatie van de voorwerpen, aan bij de finale handelingsleer van Welzel. Ook de benadering ten aanzien van ondeugdelijke *objecten* lijkt aan te sluiten bij de leer van Welzel, nu de beleving van de verdachte daarin centraal lijkt te staan. De benadering van de Hoge Raad ten aanzien van ondeugdelijke middelen beperkt echter de strafrechtelijke aansprakelijkheid ten opzichte van de finale handelingsleer van Welzel. De objectieve invulling die aan de absolute ondeugdelijkheid wordt gegeven sluit eerder aan bij de leer van Peters.

5 De uiterlijke verschijningsvorm bij noodweer(exces)

5.1 Inleiding

Bij noodweer(exces) wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om vast te stellen of de gedraging kan worden aangemerkt als aanvallend, 'bijvoorbeeld gericht op een confrontatie of deelneming aan een gevecht'. Door deze formulering is niet helemaal duidelijk of het hier gaat om het vaststellen van het doel van de gedraging of het karakter van de gedraging. Na een zorgvuldige analyse van de jurisprudentie ben ik tot de conclusie gekomen dat de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt om de bedoeling van de verdachte vast te stellen (zie hoofdstuk 5, paragraaf 3.1.5). Met behulp van de uiterlijke verschijningsvorm wordt vastgesteld waarop de gedraging is gericht. Bij de andere leerstukken ging het om de vraag of de gedraging van de verdachte was gericht op het misdrijf. In het kader van noodweer(exces) gaat het evenwel om de vraag of de verdachte met die gedraging nog een ander (achterliggend) doel nastreefde, te weten de ander aanvallen (of juist zichzelf of een ander verdedigen) (vgl. hoofdstuk 8, paragraaf 5). Het plegen van het misdrijf is in dit geval een 'middel' om een ander doel te bereiken. Dat betekent dat andere omstandigheden een rol spelen in het kader van noodweer(exces) dan bij de andere leerstukken. Dat neemt niet weg dat nog steeds sprake is van het vaststellen van een bepaalde gerichtheid op een doel. Dit duidt op finaliteit.

5.2 Invulling van de uiterlijke verschijningsvorm: Peters

Bij de uiterlijke verschijningsvorm worden in het kader van noodweer(exces) uitsluitend objectieve omstandigheden betrokken. Het gaat zowel om omstandigheden die de fysieke gedraging van de verdachte betreffen (hoe gedroeg hij zich, wat deed hij?) als omstandigheden die de context betreffen (wat was de voorgeschiedenis, wat deed het slachtoffer?). Nu uit deze omstandigheden wordt afgeleid of de verdachte de bedoeling had zich te verdedigen, lijkt de benadering van de Hoge Raad aan te sluiten bij de leer van Peters. Het doel wordt afgeleid uit de gedraging (fysiek gedraging, in de context bezien).

5.3 Gebruik en rol: finale bewijsvoering of toch Peters?

Als de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast lijkt dus sprake te zijn van aansluiting bij de leer van Peters. Echter, de uiterlijke verschijningsvorm levert in het kader van noodweer(exces) slechts een vermoeden op. Dit vermoeden kan worden weerlegd door ander bewijs (bijvoorbeeld verklaringen) waaruit blijkt dat de verdachte – ondanks de uiterlijke verschijningsvorm van zijn gedraging – toch de bedoeling had zichzelf of een ander te verdedigen. Dat betekent dat hier slechts sprake is van finale bewijsvoering.

Daarbij moet echter worden aangetekend dat ik geen voorbeelden in de jurisprudentie ben tegengekomen waarin een dergelijke contra-indicatie in de weg stond aan het oordeel dat de verdachte de bedoeling had om aan te vallen. Betekent dit dan dat de Hoge Raad de finale leer van Peters in het kader van noodweer(exces) toch volledig heeft omarmd? Daartegen zijn meerdere argumenten in te brengen. In de eerste plaats leid ik uit de *Portiek*-uitspraak af dat, als er verklaringen van de verdachte zijn, de rechter wel degelijk aandacht moet besteden aan waarom hij die verklaringen ongeloofwaardig acht. Ik vat dat op als een signaal dat de individuele beleving van de verdachte wel degelijk (in bepaalde gevallen) het verschil kan maken. In de tweede plaats wordt over het algemeen verondersteld dat de verdachte zich had willen verdedigen. In het kader van noodweer(exces) wordt over het algemeen geen aandacht besteed aan de vraag of de verdachte zich had willen verdedigen of – in plaats daarvan – had willen aanvallen. Dat sprake is van een finale gedraging (gericht op verdediging) is dus geen voorwaarde om een beroep op noodweer(exces) te kunnen doen. De finaliteit van de gedraging is wel een verwerpingsgrond, die een sterke werking heeft, omdat hij de afwijzing van het beroep op noodweer(exces) zelfstandig kan dragen (zie hoofdstuk 5, paragraaf 3.1.5). Uit de bestudeerde uitspraken leid ik echter af dat deze verwerpingsgrond zeker niet zomaar gebruikt mag worden. Er geldt een duidelijke ondergrens, die tot op heden alleen gehaald wordt in uitspraken waarin sprake is van vechtpartijen, waarin de verdachte en het slachtoffer zich over en weer agressief naar elkaar gedragen en waarin niet

duidelijk is wie wat precies wanneer deed, maar waarin wel duidelijk is dat de verdachte eigenlijk niet bezig is met zichzelf of een ander verdedigen, maar de bedoeling heeft om de confrontatie op te zoeken of om mee te doen aan het gevecht.

5.4 Bevindingen ten aanzien van de finale handelingsleer en noodweer(exces): finale bewijsvoering

Op grond van bovenstaande kom ik tot de bevinding dat bij noodweer(exces) sprake is van finale bewijsvoering. Er is geen sprake van een (volledige) omarming van de finale handelingsleer.

6 Samenvattende bevindingen over de jurisprudentie van de Hoge Raad: nergens een volledige omarming van de finale handelingsleer

In dit hoofdstuk is gebleken dat daar waar de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast bij de *objectieve zijde* van het strafbare feit (poging en strafbare voorbereiding), die toepassing aansluit bij het finale handelingsbegrip van Welzel. Bij voorbereiding lijkt sprake van een bijna volledige omarming van het finale handelingsbegrip van Welzel. De enige uitzondering daarop is de objectieve benadering van de absoluut ondeugdelijke voorbereidings*middelen*. Bij poging bleek de enkele finaliteit van de gedraging niet voldoende voor strafbaarheid. Ten opzichte van de leer van Welzel geldt een extra vereiste, het vereiste dat sprake is van een bepaalde nabijheid tot voltooiing van het delict (gerichtheid op voltooiing). De objectieve benadering van de ondeugdelijke poging (zowel middel als object) sluit niet aan bij het finale handelingsbegrip van Welzel. Zowel bij strafbare voorbereiding en poging is zo sprake van een (beperkte) inperking van de strafrechtelijke aansprakelijkheid ten opzichte van de finale handelingsleer van Welzel. Vanuit die leer bezien is er dus (bewust of onbewust) sprake van een enkele 'correctie', die de strafrechtelijke aansprakelijkheid beperkt.

In de gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast in het kader van de *subjectieve zijde* van het strafbare feit (voorwaardelijk opzet en noodweer(exces)) is geen sprake van een volledige aansluiting bij de finale opzetbegrippen van Welzel of Peters. De *invulling* die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm sluit weliswaar aan bij de finale leer van Peters, maar de uiterlijke verschijningsvorm wordt slechts in bepaalde gevallen gebruikt. In dergelijke gevallen dient de figuur als een vermoeden. Er is, met andere woorden, slechts sprake van finale bewijsvoering.

Uit deze analyse blijkt dat de uiterlijke verschijningsvorm een 'finaal figuur' is. Als de figuur wordt toegepast dan wordt gekeken naar finaliteit. In zoverre

is sprake van een consistente toepassing van de figuur en kan worden gesproken van samenhang tussen de wijze waarop de figuur bij de verschillende leerstukken wordt toegepast.

Echter, de finale handelingsleer is niet (als enige) leidend in de jurisprudentie van de Hoge Raad, zo bleek in voorgaande. Hoe leidend de finaliteit van de gedraging is, verschilt per leerstuk. Dit komt vooral door de verschillende rollen die de figuur bij de verschillende leerstukken heeft. Met name bij de subjectieve zijde van het strafbare feit lijkt sprake te zijn van een bepaalde terughoudendheid om op basis van de finaliteit van de gedraging tot het bewijs te komen. Dit bevestigt mijn bevinding uit de hoofdstukken 7 en 8 dat het (klassieke) onderscheid dat tussen de objectieve en de subjectieve zijde wordt gemaakt niet is verlaten met de introductie van de uiterlijke verschijningsvorm. De toepassing van de figuur bij het voorwaardelijk opzet – die eigenlijk niet bij deze klassieke tweedeling lijkt aan te sluiten, zelfs als wezensvreemd daaraan kan worden gezien – is door de terughoudende toepassing en de hoge eisen die aan de invulling worden gesteld ingevlochten in die klassieke tweedeling en laat die in stand.

Op het punt van de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm verschilt per leerstuk of die (meer) aansluit bij de finale leer van Welzel (poging, voorbereiding) of de leer van Peters (voorwaardelijk opzet, noodweer(exces)).

Voorgaande betekent dat de uiterlijke verschijningsvorm volledig overkoepelend bij alle leerstukken eigenlijk slechts gemeen heeft dat sprake is van een 'finale methode' om gedragingen onder een delictsbestanddeel te brengen.

Slotbeschouwingen

1 INLEIDING

In de rechtspraak wordt met enige regelmaat gebruikgemaakt van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm. De figuur wordt zowel door de feitenrechter als de Hoge Raad gebruikt. In mijn onderzoek heb ik me gericht op de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad. De figuur, die door de literatuur werd geïntroduceerd, werd door de Hoge Raad in 1978 in zijn jurisprudentie erkend.[1] Zowel in de literatuur als in de rechtspraak van de Hoge Raad werd de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm aanvankelijk ontwikkeld in het kader van de strafbare poging (artikel 45 Sr). Vanaf 2003 heeft de Hoge Raad de toepassing van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm 'verbreed' naar andere leerstukken, waaronder (voorwaardelijk) opzet, strafbare voorbereiding (artikel 46 Sr) en noodweer(exces) (artikel 41 Sr). In dit proefschrift heb ik onderzocht of bij de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad sprake is van een onderliggende systematiek. Dat heb ik gedaan door de rechtspraak van de Hoge Raad waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt, te analyseren. Daarbij heb ik zowel gekeken naar het gebruik dat door de Hoge Raad wordt gemaakt van de figuur en de daaruit voortvloeiende rol van de uiterlijke verschijningsvorm, als de invulling die aan de figuur wordt gegeven.

Ik heb eerst de rechtspraak per leerstuk geanalyseerd (hoofdstukken 2-5).[2] Vervolgens (hoofdstuk 7) heb ik de bevindingen met elkaar vergeleken, om zo te komen tot leerstukoverstijgende eigenschappen van de figuur. De door mij geconstateerde verschillen heb ik vervolgens vanuit een ander perspectief beschouwd (hoofdstuk 8). Dit leverde op dat het bij de uiterlijke verschijningsvorm in de kern gaat om de gedraging en het opzet (intentie) van de verdachte en de verhouding daartussen en bewijs. Gelet op de overeenkomsten met een aantal kenmerken die de kern vormen van de finale handelingsleer, heb ik in het tweede gedeelte van mijn onderzoek onderzocht (geverifieerd) of de toepassing die door de Hoge Raad wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de finale handelingsleer (hoofdstukken 9-10). Door de figuur te plaatsen in de dogmatiek heb ik beoogd een bijdrage te leveren aan

---

1 HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, m.nt. Van Veen (*Cito*).

2 In hfdst. 6 heb ik een kort uitstapje gemaakt naar de toepassing van de figuur in de lagere rechtspraak. Zie hierover nader de paragrafen 2.1 en 3.5 van het onderhavige hoofdstuk.

de duiding en systematisering van de figuur. In deze slotbeschouwingen zal ik ingaan op de belangrijkste bevindingen uit mijn onderzoek. Vervolgens zal ik enkele aanbevelingen doen, waarmee ik beoog bij te dragen aan een (nog) eenduidigere systematiek bij de toepassing van de figuur.

Omdat de hoofdstukken 2-10 analytisch van aard zijn, heb ik in die hoofdstukken weinig aandacht besteed aan opvattingen in de literatuur over de uiterlijke verschijningsvorm. Voor de plaatsing en beoordeling van de standpunten die ik in dit hoofdstuk inneem, is die literatuur echter wel degelijk van belang. Anders dan doen gebruikelijk in slotbeschouwingen, zal ik daarom in dit hoofdstuk (in de voetnoten) aandacht besteden aan die literatuur.

2 CONCLUSIES

2.1 Toepassing bij de verschillende leerstukken

De Hoge Raad past de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm toe in het kader van de leerstukken poging (artikel 45 Sr), voorwaardelijk opzet, strafbare voorbereiding (artikel 46 Sr) en noodweer(exces) (artikel 41 Sr). Uit de analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad is gebleken dat hij de figuur binnen een bepaald leerstuk over het algemeen volgens een bepaalde, vaste systematiek toepast. De wijze waarop de figuur wordt gebruikt is vastgelegd in 'standaardformules': de *Cito*-formule bij poging, de *HIV I*-formule bij voorwaardelijk opzet, de *Samir A.*-formule bij strafbare voorbereiding en de *Fietswiel*-formule bij noodweer(exces). De uiterlijke verschijningsvorm heeft – binnen deze leerstukken – steeds dezelfde rol. Bij poging en strafbare voorbereiding – waar de figuur wordt gebruikt in het kader van de objectieve zijde van het strafbare feit – is de uiterlijke verschijningsvorm een criterium om vast te stellen of sprake is van 'begin van uitvoering' in de zin van artikel 45 Sr respectievelijk een voorwerp dat 'bestemd' is tot het begaan van het misdrijf in de zin van artikel 46 Sr. Bij voorwaardelijk opzet en noodweer(exces) – waar de figuur een rol heeft in het kader van de subjectieve zijde van het strafbare feit[3] – wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt als (bewijs)vermoeden. Bij bestudering van de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm is gebleken dat per leerstuk omstandigheden zijn aan te wijzen die steeds (delictoverstijgend) een (belangrijke) rol spelen. Ondanks deze eenduidige systematiek binnen de leerstukken, ontbreekt het op een aantal punten aan duidelijkheid.

3 Bij noodweer(exces) wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om vast te stellen of de verdachte een verdedigingswil had. Om die reden meen ik dat de uiterlijke verschijningsvorm ook daar wordt gebruikt in het kader van de subjectieve zijde van het strafbare feit. Zie nader hfdst. 5, par. 3.1.5.

Ik zet ze op een rij:

- Bij zowel poging als strafbare voorbereiding is niet duidelijk of de uiterlijke verschijningsvorm een rol heeft bij de vaststelling van de ondeugdelijkheid van de poging/voorbereiding, en zo ja, wat die rol precies is. De jurisprudentie is op dit punt niet eenduidig. Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.2 en hoofdstuk 4, paragraaf 3.3.
- Bij bestudering van de jurisprudentie van de Hoge Raad over opzet, ben ik één uitspraak tegengekomen waarin de uiterlijke verschijningsvorm *mogelijk* is gebruikt in het kader van een andere opzetgradatie dan voorwaardelijk opzet. Hierdoor is onduidelijk in hoeverre de uiterlijke verschijningsvorm volgens de Hoge Raad ook bij andere opzetgradaties mag worden toegepast. Zie hoofdstuk 3, paragraaf 2.3.
- Niet duidelijk is in hoeverre het volgens de Hoge Raad mogelijk is om de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van één zaak bij meerdere leerstukken toe te passen. Ik ben geen uitspraken tegengekomen waarin dit aan de orde was. Zie hoofdstuk 8.

Hoewel mijn rechtspraakanalyse zich richtte op de jurisprudentie van de Hoge Raad, ben ik ook verkennend ingegaan op de toepassing van de figuur in de lagere rechtspraak (zie hoofdstuk 6). Daarbij bleek dat de uiterlijke verschijningsvorm in de lagere rechtspraak ook nog bij een aantal andere onderwerpen wordt toegepast. Ik ben gestuit op toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van medeplegen, voorbedachte raad, de kwalificatie-uitsluitingsgrond bij witwassen en de aanduiding van voorwerpen, toestanden en gedragingen. Bij de toepassingen in de lagere rechtspraak, is de vraag in hoeverre die toepassingen aansluiten bij de toepassing die door de Hoge Raad wordt gegeven aan de figuur. Ik ga hierop in paragraaf 3.5 in.

2.2 Leerstukoverstijgende eigenschappen van de uiterlijke verschijningsvorm

Een vergelijking van de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm bij de leerstukken leverde een aantal overeenkomsten, met name ten aanzien van de *invulling* van de uiterlijke verschijningsvorm, die duiden op bepaalde eigenschappen van de figuur. Daarnaast leverde de vergelijking tussen de leerstukken een aantal verschillen op, met name bij het *gebruik* en de *rol* van de uiterlijke verschijningsvorm. Nadere beschouwing van de geconstateerde verschillende leverde echter juist een aantal aanvullende eigenschappen op van de uiterlijke verschijningsvorm. De vergelijking leidde er aldus toe dat ik in hoofdstuk 7 de volgende leerstukoverstijgende eigenschappen van de uiterlijke verschijningsvorm kon vaststellen:

Eigenschap 1

De uiterlijke verschijningsvorm verbindt de objectieve zijde van het strafbare feit met de subjectieve zijde. Er ontstaat daardoor een wisselwerking tussen objectieve en subjectieve zijde.

Eigenschap 2

De uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt om de (in de toekomst gelegen) gerichtheid van de gedraging vast te stellen.

Eigenschap 3

De uiterlijke verschijningsvorm is een methode om feiten en omstandigheden onder een bestanddeel te brengen.

Eigenschap 4

De uiterlijke verschijningsvorm plaatst de gedraging in zijn context.

In alle door mij bestudeerde uitspraken van de Hoge Raad heeft de uiterlijke verschijningsvorm deze eigenschappen (cumulatief). Dit ondersteunt dat sprake is van een eenduidige, onderliggende systematiek.

Er bleek echter ook een aantal verschillen te bestaan tussen de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm bij de verschillende leerstukken, die niet gerelativeerd konden worden of leken te duiden op een bepaalde eigenschap van de figuur. Het ging om de volgende verschillen:

Verschil 1

De uiterlijke verschijningsvorm heeft in de gevallen waarin de figuur wordt gebruikt in het kader van de *objectieve zijde* van het strafbare feit (poging, strafbare voorbereiding) een rol als criterium, dat standaard wordt toegepast. In het kader van de *subjectieve zijde* van het strafbare feit (voorwaardelijk opzet, noodweer(exces) heeft de uiterlijke verschijningsvorm echter (slechts) een rol als (bewijs)vermoeden. De figuur wordt bij die leerstukken dan ook (slechts) in bepaalde gevallen gebruikt.

Verschil 2

Bij de verschillende leerstukken heeft de uiterlijke verschijningsvorm een andere ondergrens. De drempel ligt bij poging hoger dan bij strafbare voorbereiding (omdat bij poging anders dan bij voorbereiding ook het 'gerichtheid op voltooiingvereiste' geldt). Als alleen naar de objectieve omstandigheden wordt gekeken ligt de drempel bij voorwaardelijk opzet hoger dan bij strafbare voorbereiding en poging (zelfs met het 'gerichtheid op voltooiingvereiste'). Bij strafbare voorbereiding en poging wordt echter, anders dan bij voorwaardelijk opzet, ook de door de rechter vastgestelde intentie van de verdachte betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Bij opzet wordt de uiterlijke verschijningsvorm juist gebruikt om die intentie vast te stellen.

Verschil 3

Wanneer de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de *subjectieve zijde* (voorwaardelijk opzet, de verdedigingswil bij noodweer-(exces)) dan wordt expliciet aandacht besteed aan eventuele contra-indicaties. Dit gebeurt niet in gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de *objectieve zijde* van het strafbare feit.

Wat opvalt aan de door mij geconstateerde verschillen is dat er in de jurisprudentie toch, ondanks de overeenkomsten, een andere benadering wordt gekozen in gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast in het kader van de objectieve zijde van het strafbare feit ten opzichte van de gevallen waarin de figuur wordt toegepast in het kader van de subjectieve zijde. Er lijkt een bepaalde terughoudendheid te bestaan om de uiterlijke verschijningsvorm – in alle gevallen – toe te passen in het kader van de subjectieve zijde van het strafbare feit. Om nader inzicht te verkrijgen in dit verschil, heb ik voornoemde verschillen vanuit een ander gezichtspunt nader bekeken (hoofdstuk 8). Ik heb (theoretische) gevallen bestudeerd waarin in het kader van één zaak de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast in het kader van meerdere leerstukken. Dit leverde op dat het bij de uiterlijke verschijningsvorm in de kern gaat om de gedraging, het opzet (de intentie) van de verdachte en de verhouding daartussen (perspectief objectief-subjectief) en bewijs(drempels) (bewijsperspectief).

2.3 De uiterlijke verschijningsvorm en de finale handelingsleer

Ik heb me afgevraagd of de door mij gevonden leerstukoverstijgende eigenschappen van de uiterlijke verschijningsvorm geplaatst kunnen worden in de dogmatiek. Daarbij ben ik, ingegeven door mijn bevindingen uit de rechtspraak terechtgekomen bij de finale handelingsleer.[4] De door mij gevonden eigenschappen 1 en 2 sluiten aan bij de centrale stelling van de finale handelingsleer dat opzet onderdeel uitmaakt van de handeling. Opzet en handeling kunnen niet los van elkaar worden gezien. Een (strafrechtelijk relevante) handeling is gericht op een gevolg, op een doel. Ook eigenschap 4 sluit aan bij de finale handelingsleer. Dat de uiterlijke verschijningsvorm het object plaatst in de context doet in het bijzonder denken aan het pleidooi van Peters – die wel

4 Ook andere auteurs hebben de figuur in verband gebracht met de finale handelingsleer. Zie over poging: de noot van Mulder bij HR 23 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9921, *NJ* 1988/420 (*Wurging*); Nieboer 1991, p. 191; Rozemond 1994. Zie over voorwaardelijk opzet: Buruma in zijn noot bij 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003/552 (*HIV I*); Reijntjes 2003, p. 477; F. de Jong 2004; F. de Jong e.a. 2007; F. de Jong 2009, p. 364. Zie over strafbare voorbereiding: Rozemond 1994, p. 667-673; Pelser 2004, p. 191; Buruma 2006. Zie nader hfdst. 1, par. 3.1.1, 3.2 en 3.3.1.

wordt beschouwd als de 'vertegenwoordiger' van de finale handelingsleer in de Nederlandse strafrechtswetenschap – om de sociale betekenis van de gedraging centraal te stellen: de gedraging moeten worden bezien binnen de context waarin zij is gepleegd. Bij een eerste beschouwing lijkt de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad dus kenmerken te hebben van de finale handelingsleer. Verder bleek, na een nadere beschouwing van de verschillen, dat het bij de uiterlijke verschijningsvorm in de kern gaat om de gedraging, het opzet (de intentie) van de verdachte en de verhouding daartussen, en bewijs. Deze onderwerpen zijn ook kernelementen van de finale handelingsleer. Dat neemt niet weg dat de verhouding tussen de gedraging en het opzet afhankelijk van of de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de objectieve zijde of de subjectieve zijde van het strafbare feit verschilt, zo kunnen de door mij geconstateerde verschillen worden samengevat. Dit roept de vraag op of, als de uiterlijke verschijningsvorm al eigenschappen heeft van de finale handelingsleer, het dan wel steeds om dezelfde stroming binnen die leer gaat. Bovendien roept – ervan uitgaande dat de uiterlijke verschijningsvorm een 'finale figuur' is – de terughoudendheid die er bij de Hoge Raad lijkt te bestaan bij het toepassen van de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van de subjectieve zijde van het strafbare feit (de uiterlijke verschijningsvorm is daar (slechts) een (bewijs)vermoeden) de vraag op of de finale handelingsleer in die gevallen wel (volledig) is omarmd door de Hoge Raad. Beantwoording van deze vragen is van belang om de betekenis van de toepassing van de figuur voor de uitleg die aan een aantal kernleerstukken van het materiële strafrecht wordt gegeven en de gevolgen van de toepassing van de figuur voor strafrechtelijke aansprakelijkheid te kunnen duiden. Ook kan de plaatsing in de dogmatiek bijdragen aan een consistent(ere) toepassing van de figuur.[5]

Om tot een antwoord te komen heb ik per leerstuk onderzocht in welke mate de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de finale handelingsleer van Welzel dan wel Peters. In de leer van Welzel is de finale wil (het opzet) leidend. De gedraging is de verwezenlijking van de finale wil in de werkelijkheid. Gedragingen worden bezien in het licht van de finale wil. De leer van Peters is normatief. Gedragingen hebben een sociale betekenis, die alleen kan worden begrepen vanuit het verband, vanuit de situatie, waarin de gedraging voorkomt. Het opzet ligt in de gedraging besloten en 'spreekt' uit de gedraging. Opzet heeft een normatief bepaalde betekenis binnen het kader van de handeling, zoals die in principe door iedereen kan worden 'waargenomen'. Naast deze beide (materieelrechtelijke) leren, staat 'finale bewijsvoering', een concept dat voortbouwend op de leer van Peters in de Nederlandse strafrechtelijke literatuur is ontwikkeld. Nu het opzet (volgens Peters) besloten ligt in de gedraging, kan het opzet uit de gedraging worden afgeleid. Zo kan opzet worden bewezen.

5 Zie hfdst. 1, par. 4.

Bij mijn vergelijking tussen de toepassing die de Hoge Raad geeft aan de uiterlijke verschijningsvorm en de finale handelingsleren van Welzel en Peters, bleek dat daar waar de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast bij de *objectieve zijde* van het strafbare feit (poging en voorbereiding), die toepassing aansluit bij de finale handelingsleer van Welzel. Bij voorbereiding lijkt sprake van een bijna volledige omarming van die leer. De enige uitzondering daarop is de objectieve benadering van de absoluut ondeugdelijke voorbereidingsmiddelen. Bij poging daarentegen is de enkele finaliteit van de gedraging niet voldoende voor strafbaarheid. Ten opzichte van de leer van Welzel geldt een extra vereiste, namelijk dat sprake is van een bepaalde nabijheid tot voltooiing van het delict (gerichtheid op voltooiing). De objectieve benadering van de ondeugdelijke poging sluit evenmin aan bij het finale handelingsbegrip van Welzel. Zowel bij voorbereiding als poging wordt de strafbaarheid ten opzichte van die leer dus op een aantal punten beperkt. Vanuit de finale handelingsleer van Welzel bezien is aldus sprake van een aantal 'correcties' op die leer.

In de gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast in het kader van de *subjectieve zijde* van het strafbare feit (voorwaardelijk opzet en noodweer(exces)) is geen sprake van een volledige aansluiting bij de finale leren van Welzel of Peters. De invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm sluit weliswaar (op hoofdlijnen) aan bij de finale handelingsleer van Peters, maar de uiterlijke verschijningsvorm wordt slechts in bepaalde gevallen gebruikt. In dergelijke gevallen dient de figuur bovendien alleen als een (bewijs)vermoeden.[6] Er is, met andere woorden, slechts sprake van finale bewijsvoering.

2.4 Eindconclusie: de uiterlijke verschijningsvorm is in hoofdzaak een 'finale methode'

De uiterlijke verschijningsvorm is een 'finaal figuur', in die zin dat de figuur ongeacht bij welk leerstuk hij wordt toegepast door de Hoge Raad, een aantal eigenschappen heeft (zie de eigenschappen 1, 2 en 4 hiervoor) die aansluiten bij de finale handelingsleer. Als de figuur wordt toegepast dan wordt gekeken naar finaliteit. In zoverre is sprake van een consistente toepassing van de figuur en kan worden gesproken van samenhang tussen de wijze waarop de figuur bij de verschillende leerstukken wordt toegepast.

Echter, de finale handelingsleer is niet (als enige) leidend in de jurisprudentie van de Hoge Raad, zo bleek in voorgaande. Hoe leidend de finaliteit is, verschilt per leerstuk. Dit komt vooral door de verschillende rollen die de figuur bij de verschillende leerstukken heeft. Met name bij de subjectieve zijde van het strafbare feit lijkt sprake te zijn van een bepaalde terughoudendheid

6 Het gebruik van dit bewijsvermoeden is echter geen vrijblijvendheid. Zie hfdst. 3, par. 2.1.5 en hfdst. 5, par. 3.1.5.

om op basis van de finaliteit van de gedraging tot het bewijs te komen. Dit betekent dat het (klassieke) onderscheid dat tussen de objectieve en de subjectieve zijde wordt gemaakt niet is verlaten met de introductie van de uiterlijke verschijningsvorm. De toepassing van de figuur bij het voorwaardelijk opzet – die eigenlijk niet bij deze klassieke tweedeling lijkt aan te sluiten, zelfs als wezensvreemd daaraan kan worden gezien – is door de terughoudende toepassing en de hoge eisen die aan de invulling worden gesteld ingevlochten in die klassieke tweedeling en laat die in stand.

Op het punt van de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm verschilt per leerstuk of die (meer) aansluit bij de finale leer van Welzel (poging, voorbereiding) of de leer van Peters (voorwaardelijk opzet, noodweer(exces)).

Dit alles leidt ertoe dat de uiterlijke verschijningsvorm volledig overkoepelend bij alle leerstukken eigenlijk slechts gemeen heeft dat sprake is van een 'finale methode' (vgl. de eigenschappen 1, 2 en 4 hiervoor) om gedragingen onder een delictsbestanddeel te brengen.

3 AANBEVELINGEN

Ik beoog met mijn onderzoek bij te dragen aan de duiding en systematisering van de uiterlijke verschijningsvorm. Zoals in hoofdstuk 1, paragraaf 4 aan de orde is gekomen is het blootleggen van een onderliggende systematiek of het voor de toekomst aanbrengen van (meer) systematiek van belang voor zowel de rechtszekerheid als rechtsgelijkheid. Dit is des te belangrijker, omdat de figuur wordt toegepast bij een aantal kernleerstukken van het materiële strafrecht. Aldus heeft de figuur ook invloed op de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Plaatsing in de dogmatiek geeft een beeld van wat de gevolgen van de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm zijn voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Omdat het doel van dit onderzoek is een bijdrage te leveren aan de duiding en systematisering van de uiterlijke verschijningsvorm, zijn mijn aanbevelingen ook uitsluitend daarop gericht. Ik zal in het hierna volgende dus niet de finale handelingsleer of de lijn die in de rechtspraak van de Hoge Raad door mij is blootgelegd op zijn merites beoordelen. Ik neem de lijn in die rechtspraak tot uitgangspunt en richt mijn aanbevelingen op het oplossen van eventuele onduidelijkheden en inconsistenties.

Zoals hiervoor aan de orde kwam, verschillen de rol en de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm per leerstuk. Dat neemt niet weg dat de uiterlijke verschijningsvorm een 'finaal figuur' is en bij alle leerstukken als een 'finale methode' wordt toegepast (zie paragraaf 2.4). Voordat ik op mijn aanbevelingen per leerstuk inga, begin ik dan ook met een algemene aanbeveling. Die aanbeveling houdt in:

Aanbeveling 1
Gebruik de uiterlijke verschijningsvorm alleen in gevallen die voldoen aan de door mij geïdentificeerde leerstukoverstijgende eigenschappen van de uiterlijke verschijningsvorm. Dat wil zeggen: gebruik de uiterlijke verschijningsvorm als een 'finale methode' om gedragingen onder een bestanddeel te brengen. Dit betekent dat de uiterlijke verschijningsvorm in mijn ogen alleen moet worden gebruikt in gevallen waarin het vaststellen van finaliteit aan de orde is.

Deze aanbeveling is leidend in het navolgende. Dat betekent dat de aanbevelingen die ik hierna per leerstuk doe, erop zijn gericht om de toepassing van de figuur bij het betreffende leerstuk in lijn te brengen met deze aanbeveling.

3.1 Strafbare poging

In hoofdstuk 10 bleek dat de benadering van de Hoge Raad bij poging op hoofdlijnen aansluit bij de finale handelingsleer van Welzel. Die leer neem ik – naast het uitgangspunt neergelegd in aanbeveling 1 – in deze paragraaf dan ook tot leidraad.

3.1.1 Gerichtheid op het misdrijf en gerichtheid op voltooiing

In hoofdstuk 2, paragraaf 3.12 is aan de orde gekomen dat het *Cito*-criterium bij poging uit twee vereisten bestaat. Op grond van het criterium moet de gedraging van de verdachte zowel (1) gericht zijn op het misdrijf als (2) gericht zijn op voltooiing. Het eerste vereiste is, zo bleek in hoofdstuk 10, 'finaal'.[7] De invulling die – met de uiterlijke verschijningsvorm – aan dit vereiste wordt gegeven sluit aan bij het finale handelingsbegrip van Welzel. Bij het tweede vereiste is de vraag aan de orde of de gedraging al in een dusdanig stadium was geraakt, dat niet langer sprake is van voorbereiding, maar van poging. Met Rozemond kunnen we dit het jetzt geht's los-criterium of criterium van concrete gevaarzetting noemen.[8]

Zoals in hoofdstuk 10 aan de orde is gekomen, geeft de finale handelingsleer geen antwoord op de vraag in welk stadium een gedraging moet zijn beland, voordat iemand daarvoor strafrechtelijk aansprakelijk kan worden geacht. Het vereiste dat sprake moet zijn van gerichtheid op voltooiing is dan ook geen finaal vereiste (en wordt evenmin finaal ingevuld). Het is een aanvullende eis. Dit is een reden om een duidelijker onderscheid tussen beide vereisten te maken. Dat draagt er bovendien aan bij dat inzichtelijker wordt wat

7 Vgl. Rozemond 1994, p. 651-675.
8 Rozemond 1994, p. 651-675.

het verschil is tussen (strafbare) voorbereiding en poging.[9] Dat verschil is niet het opzet of de gerichtheid op het misdrijf, maar de gerichtheid op voltooiing (het stadium) (zie ook hoofdstuk 8, paragraaf 3). Mijn aanbeveling luidt dan ook:

> *Aanbeveling 2a*
> Maak bij poging een (duidelijker) onderscheid tussen (1) het vereiste van gerichtheid op het misdrijf (finaliteit) en (2) het aanvullende vereiste van gerichtheid op voltooiing van het misdrijf.

3.1.1.1 Gerichtheid op het misdrijf

Dat sprake is van een begin van uitvoering van het misdrijf is een wettelijk vereiste voor strafbare poging. Om die reden ligt het voor de hand dat in iedere zaak wordt vastgesteld of de verdachte een gedraging heeft verricht die gericht was op dat misdrijf. Nu het hier gaat om het vaststellen van de finaliteit van de gedraging (op welk in de toekomst gelegen doel was de gedraging gericht?), past het vanuit systematisch oogpunt dat de uiterlijke verschijningsvorm hiervoor wordt gebruikt. Omdat hier sprake is van de objectieve zijde van het strafbare feit – en het dus gaat om wat de verdachte daadwerkelijk aan gedragingen heeft verricht – vind ik het eveneens voor de hand liggen dat in *alle* gevallen wordt vastgesteld of de gedraging aan het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm voldoet (rol als criterium). Daarmee wordt benadrukt dat het enkele voornemen tot een misdrijf niet voldoende is; er moet ook sprake zijn geweest van een gedraging. Dat de gedraging wordt geïnterpreteerd in het licht van de intentie van de verdachte sluit aan bij de leer van Welzel.

3.1.1.2 Gerichtheid op voltooiing

Het gerichtheid op voltooiingsvereiste is niet 'finaal'. Dat neemt niet weg dat het vereiste van belang is om de poging van de strafbare voorbereiding (of bij minder ernstige strafbare feiten[10]: van de niet strafbare fase die aan poging voorafgaat) af te bakenen. Dit is een onderwerp waarop in de finale handelingsleer niet wordt ingegaan (zie hoofdstuk 10, paragraaf 3.3.1.2). Nu het vereiste van gerichtheid op voltooiing niet 'finaal' is, zou, in lijn met aanbeveling 1, in mijn ogen niet de uiterlijke verschijningsvorm als criterium voor dat vereiste moeten gelden. Blijkens de door mij bestudeerde jurisprudentie gaat

9 Zie in dit verband de noot van Keijzer bij *Stadhuis Almelo*, die stelt dat de *Cito*-formule 'geen deugdelijk criterium inhoudt waarmee poging van voorbereiding kan worden onderscheiden. De vraag hoe ver op de iter criminis moet zijn voortgeschreden opdat de gedraging kan gelden als strafbare poging beantwoordt de formule niet'.

10 Op grond van artikel 46 Sr is alleen voorbereiding van misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaar of meer is gesteld strafbaar.

het erom dat de gedraging een bepaalde nabijheid tot het misdrijf heeft bereikt.[11] In plaats van de uiterlijke verschijningsvorm te gebruiken, kan een overzicht van omstandigheden (of factoren) worden genoemd op basis waarvan kan worden beoordeeld of reeds sprake is van een ver genoeg gevorderd stadium. Mijn analyse laat zien dat het goed mogelijk is om dergelijke omstandigheden aan te wijzen. Ik denk dat deze benadering meer duidelijkheid biedt over wanneer sprake is van 'gerichtheid op voltooiing'. Ook bij andere leerstukken, zoals voorbedachte raad en medeplegen, biedt de Hoge Raad een kader waarin omstandigheden (of factoren) worden genoemd . Een dergelijke benadering is dus niet nieuw.[12] Mijn aanbeveling luidt dan ook:

> *Aanbeveling 2b*
> Gebruik de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm bij poging niet als criterium voor het vaststellen van gerichtheid op voltooiing, maar benoem in plaats daarvan relevante omstandigheden (of factoren) voor de vaststelling hiervan.

3.1.2 De ondeugdelijke poging

De benadering van de Hoge Raad ten aanzien van de ondeugdelijke poging laat geen duidelijk beeld zien over in het kader van welk bestanddeel van artikel 45 Sr ('begin van uitvoering', 'voornemen' (opzet), 'misdrijf') dit onderwerp wordt behandeld.[13] In gevallen waarin dit onderwerp in het kader van het bestanddeel 'begin van uitvoering' wordt besproken, is niet duidelijk wat de verhouding is tussen de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging en de ondeugdelijkheid van de middelen of het object. Dat neemt niet weg dat in alle gevallen geldt dat (slechts) wanneer *objectief* wordt vastgesteld dat het middel of object *absoluut* ondeugdelijk is, dat in de weg staat aan strafbaarheid op grond van artikel 45 Sr.

Zoals in hoofdstuk 10 besproken wordt bij poging met de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm over het algemeen aangesloten bij het finale handelingsbegrip van Welzel. De objectieve invulling die wordt gegeven aan de ondeugdelijke poging sluit hierbij echter niet aan. In dat opzicht kan de ondeugdelijke poging – vanuit de finale handelingsleer bezien – worden beschouwd als een 'correctie' op die leer, op basis waarvan de strafbaarheid wordt beperkt. Uitgaande van de bestaande jurisprudentie, waarin het bestanddeel 'begin van uitvoering' hoofdzakelijk wordt ingevuld in lijn met de finale

---

11 Nu voor een strafbare poging niet een 'begin van uitvoering' van het voornemen, maar een 'begin van uitvoering' van het *misdrijf* ligt dit mijns inziens voor de hand.

12 Zie in soortgelijke zin de noot van Rozemond bij de uitspraak *Vuurwapen*. Zie over voorbedachte raad ook: Das e.a. 2014. Zie meer algemeen over overzichtsarresten: De Bont & Van Schendel 2018.

13 Zie ook Altena & Geelhoed 2017.

handelingsleer van Welzel, zouden voorstellen gedaan kunnen worden om de benadering ten aanzien van de ondeugdelijke poging meer in lijn daarmee te brengen. Zoals in hoofdstuk 9 en 10 aan de orde is gekomen, betekent 'willen' volgens Welzel niet hopen of wensen, maar 'willen verwerkelijken'. Dat betekent dat de inschatting van de verdachte leidend is.[14] Dit veronderstelt dat de gedraging (alleen) niet strafbaar is als de verdachte wist van de ondeugdelijkheid en vervolgens handelt in de hoop zijn doel (desondanks) te bereiken, maar daarop niet daadwerkelijk rekent.

Een voorbeeld kan zijn de verdachte die een voodoopoppetje gebruikt.[15] De verdachte weet zelf ook wel dat er niet echt een reële mogelijkheid bestaat dat hij het 'slachtoffer' van het leven berooft, hij hoopt dat alleen maar.

Een consequentie van deze benadering is dat, ook al kan de verdachte nooit slagen in zijn opzet, zelfs niet onder de meest gunstige omstandigheden, hij toch strafbaar is als hij zelf wel degelijk denk dat zijn opzet goede kans van slagen heeft.

Om terug te keren naar het 'voodoo' voorbeeld: als de verdachte zelf een diep geloof heeft dat voodoo werkt en dat hij zo het slachtoffer van het leven kan beroven, dan is hij op grond van de leer van Welzel wel strafbaar.

Dit voorbeeld laat goed zien wat de consequentie is van het volledig doortrekken van de finale handelingsleer van Welzel. Met anderen heb ik moeite met een dergelijke vergaande consequentie.[16] Een van de grondslagen voor het strafbaar stellen van poging is immers ook het gevaar dat van een poging uitgaat voor het rechtsgoed dat door de strafbaarstelling van het betreffende grondmisdrijf wordt beschermd. Nu in de jurisprudentie van de Hoge Raad is bepaald dat het bij strafbare poging gaat om een begin van uitvoering van het misdrijf (en niet om begin van uitvoering van het voornemen) én een bepaalde nabijheid tot voltooiing van het misdrijf vereist is (vereiste van gerichtheid op voltooiing), is duidelijk dat er voor strafbaarheid een bepaald objectief gevaar moet bestaan dat het misdrijf wordt gepleegd. Daarbij past dat ook wanneer het middel of object dusdanig is dat de verdachte nooit, zelfs

14 Binnen de finale handelingsleer van Welzel is de ondeugdelijkheid dus niet een onderwerp dat hoort bij de handeling, maar bij het opzet. Er is jurisprudentie waarin de Hoge Raad dit onderwerp inderdaad bespreekt in het kader van het (voorwaardelijk) opzet (bij het aanmerkelijke kans-vereiste), ook dan is echter – anders dan bij Welzel – leidend of het middel of het object *objectief* gezien absoluut ondeugdelijk is of niet.

15 Dit voorbeeld en soortgelijke voorbeelden wordt in de literatuur vaker aangehaald. Zie o.a. Rozemond in zijn noot bij het *Richard*-arrest; Vgl. Knigge & Wolswijk 2015, p. 229 (over iemand doodbidden).

16 Zie de noot van Rozemond bij het *Richard*-arrest. Volgens Kelk en De Jong wordt 'de strafwaardigheid van poging dubieus als de voltooiing ervan eenvoudig onmogelijk blijkt te zijn'; zie Kelk & De Jong 2019, p. 431.

niet onder de meest gunstige omstandigheden, tot het voltooien van het misdrijf kan geraken (absoluut ondeugdelijk middel of object), geen sprake is van strafbaarheid. In dat opzicht sluit de 'correctie' die de absolute ondeugdelijkheid vormt op de finaliteit van de gedraging dus aan bij het vereiste dat (door de Hoge Raad) wordt gesteld aan de poging, het vereiste van een bepaalde (concrete) gevaarzetting. Dit brengt mij tot de volgende aanbeveling:

> *Aanbeveling 3a*
> Zet de lijn voort dat geen sprake is van strafbaarheid op grond van artikel 45 Sr in het geval een middel of object absoluut ondeugdelijk is.

Bij de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm past dat terughoudend wordt omgegaan met het aannemen dat het middel of object absoluut ondeugdelijk is.[17] De vereisten die voortvloeien uit de uitspraken *Kinderdoodslag* (er moet zijn vastgesteld dat het object absoluut ondeugdelijk was) en *Ponypark* (het object moet vanaf de aanvang absoluut ondeugdelijk zijn geweest) (zie hoofdstuk 8, paragraaf 4.2) sluiten hierbij aan.

Een vraag die dan nog overblijft is waar de ondeugdelijkheid aan de orde zou moeten komen en welke rol de uiterlijke verschijningsvorm daarbij zou moeten hebben. Op dit punt is de jurisprudentie immers niet duidelijk. Ik meen dat hierbij een onderscheid moet worden gemaakt tussen de ondeugdelijkheid van het middel en de ondeugdelijkheid van het object.

3.1.2.1 Ondeugdelijkheid van het middel

Ik meen dat de ondeugdelijkheid van het middel zou moeten worden besproken bij het bestanddeel 'begin van uitvoering' en dan bij het vereiste dat sprake moet zijn van gerichtheid op het misdrijf. Blijkens mijn analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad zijn de pogingsmiddelen immers een omstandigheid die wordt betrokken bij dit vereiste (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.12.1.2). Mijns inziens ligt het echter niet voor de hand om de uiterlijke verschijningsvorm te gebruiken om vast te stellen of het middel absoluut ondeugdelijk is. Het is daarvoor geen geschikt criterium, nu het niet gaat om de finaliteit van de pogingsmiddelen (vgl. aanbeveling 1), maar om de *objectieve* geschiktheid van het middel om het misdrijf te plegen. Ik meen dat een benadering als in de arresten *Wurging* en *Bankpas zonder pincode* waarin werd beoordeeld of het middel 'geëigend' was om het misdrijf te plegen (zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.1), meer voor de hand ligt en duidelijker tot uitdrukking brengt wat het beoordelingskader is. Nu de middelen een omstandigheid zijn die bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken, ligt het vanuit dat oogpunt meer voor de hand dat de *ondeugdelijkheid* van die middelen eveneens een omstandigheid is die bij de uiterlijke verschijningsvorm wordt betrokken. Aan

17 Vgl. De Hullu 2018, p. 403-404.

de hand van de uiterlijke verschijningsvorm zou in mijn ogen dus niet moeten worden vastgesteld of een middel ondeugdelijk is, maar de ondeugdelijkheid zou een omstandigheid moeten zijn die bij de uiterlijke verschijningsvorm wordt betrokken. Daarbij geldt dan dat de absolute ondeugdelijkheid van het middel maakt dat geen sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op het misdrijf.[18] Dit brengt mij tot de volgende aanbeveling:

> *Aanbeveling 3b*
> Stel bij poging de ondeugdelijkheid van het middel afzonderlijk vast. Betrek de ondeugdelijkheid van het middel als *omstandigheid* bij de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van het vereiste van *gerichtheid op het misdrijf*.

3.1.2.2 Ondeugdelijkheid van het object

De absolute ondeugdelijkheid van het object heeft niet zozeer betrekking op de gedraging als op het *doel* van de gedraging. In dit licht is het wellicht voor de hand liggend dat, zoals blijkt uit mijn analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad, het object als omstandigheid wordt betrokken bij het vereiste van gerichtheid op voltooiing. In het kader van de gerichtheid op voltooiing speelt immers ook een rol in hoeverre het object reeds is benaderd door de verdachte (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.12.2.3). Om die reden meen ik dat de ondeugdelijkheid van dat object zou moeten worden besproken in het kader van het gerichtheid op voltooiing-vereiste. Daardoor kan ook de benadering van de Hoge Raad ten aanzien van de ondeugdelijkheid van het object bij de poging en bij strafbare voorbereiding met elkaar worden verenigd. Ik kom hierop terug in paragraaf 3.3.2. Gelet op aanbeveling 2a om in het kader van het vereiste van gerichtheid op voltooiing niet de uiterlijke verschijningsvorm te gebruiken, ligt het niet voor de hand de uiterlijke verschijningsvorm als een criterium te gebruiken om de ondeugdelijkheid van het object vast te stellen. Net als bij de ondeugdelijkheid van het middel lijkt de uiterlijke verschijningsvorm daarvoor ook geen geschikt criterium, nu het immers gaat om de *objectieve* ondeugdelijkheid van het object. Dit brengt mij tot de volgende aanbeveling:

> *Aanbeveling 3c*
> Stel bij poging de ondeugdelijkheid van het object afzonderlijk vast. Betrek de ondeugdelijkheid van het object als *omstandigheid* bij het vereiste van *gerichtheid op voltooiing* van het misdrijf.

18 Vgl. benadering 2, beschreven in hfdst. 3, par. 2.2.6.

3.2 Opzet

Zoals hiervoor aan de orde kwam, is mijn doel niet om de finale handelingsleer of de lijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad die ik heb blootgelegd op zijn merites te beoordelen. Dat betekent dat ik in deze paragraaf ook niet zal ingaan op of de finale handelingsleer al dan niet leidend zou moeten zijn in het kader van het opzet. Ik zal in het hiernavolgende dan ook niet de rol van de uiterlijke verschijningsvorm als bewijsvermoeden ter discussie zal stellen. Ik neem tot uitgangspunt dat bij opzet (slechts) sprake is van finale bewijsvoering.

3.2.1 Gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van andere opzetgradaties

In hoofdstuk 3 is gebleken dat de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad alleen wordt toegepast in het kader van voorwaardelijk opzet, bij het aanvaardingsvereiste (wilselement). Ik ben slechts één uitspraak tegengekomen waarin de figuur *mogelijk* in het kader van een andere opzetgradatie (vol opzet) wordt toegepast. Ik meen dat de figuur vaker in het kader van andere opzetgradaties kan worden toegepast. Ik zie namelijk niet in waarom de finaliteit van de gedraging niet ook in het kader van andere opzetgradaties relevant zou kunnen zijn. Ook wanneer het vermoeden bestaat dat de verdachte vol opzet had op een bepaald gevolg of met een bepaald oogmerk handelde, kunnen (geloofwaardige) verklaringen waaruit blijkt wat er ten tijde van het feit in de verdachte is omgegaan ontbreken. Het is voorstelbaar dat in bepaalde gevallen desalniettemin uit de gedraging 'spreekt' dat de verdachte opzet had op een bepaald gevolg/een bepaald oogmerk had. Ook in het kader van andere opzetgradaties kan dus een behoefte bestaan om terug te vallen op finale bewijsvoering. De lagere rechtspraak, waarin de uiterlijke verschijningsvorm al in deze zin wordt gebruikt, wijst daar ook op. Ik zie hiertegen niet zoveel bezwaren, zolang maar, net als bij voorwaardelijk opzet, pas wordt teruggevallen op finale bewijsvoering wanneer ander bewijs van hetgeen in de verdachte is omgegaan ontbreekt, de drempel voor wanneer is voldaan aan de uiterlijke verschijningsvorm hoog wordt gelegd en expliciet aandacht blijft voor contra-indicaties. Mijns inziens zou dit kunnen worden bereikt door – in lijn met de lagere rechtspraak – de volgende formule te gebruiken:

> 'Van opzet/oogmerk is sprake wanneer een gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm zo zeer is gericht op een bepaald gevolg/doel dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat het opzet/het oogmerk van de verdachte daarop was gericht.'

In deze formule wordt het onderscheid met voorwaardelijk opzet duidelijk. In plaats van 'dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte het gevolg

heeft aanvaard', gaat het erom dat het niet anders kan zijn dat dat *het opzet/het oogmerk* van de verdachte op het gevolg was *gericht*. Dit leidt ertoe dat ten opzichte van voorwaardelijk opzet meer is vereist van de uiterlijke verschijningsvorm.

Een voordeel van deze benadering is dat het onderscheid tussen de verschillende opzetgradaties zichtbaar blijft.[19] Zij voorkomt dat in bepaalde gevallen alleen om de uiterlijke verschijningsvorm toe te kunnen passen wordt teruggevallen op voorwaardelijk opzet (zie hoofdstuk 10, paragraaf 2.5.2), hetgeen het onderscheid tussen de opzetgradaties relativeert. De vraag kan worden gesteld of het uitmaakt dat wordt teruggevallen op voorwaardelijk opzet. Ook dan is immers het bestanddeel 'opzet' vervuld. Zowel de Hoge Raad als de feitenrechter lijken dit onderscheid echter nog steeds relevant te vinden, want het wordt nog steeds gemaakt. De verschillende opzetgradaties brengen bovendien verschillende psychische betrokkenheden tot uitdrukking,[20] die bijvoorbeeld kunnen leiden tot het opleggen van een hogere of lagere straf. Wanneer op grond van de wet is vereist dat de verdachte een oogmerk had, is het bovendien niet mogelijk om 'terug te vallen' op voorwaardelijk opzet. Ook nu al wordt het oogmerk van de verdachte in voorkomende gevallen bewezen wanneer verklaringen ontbreken. Ik meen dat het goed is daarbij – door toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm – tot uitdrukking te brengen dat de finaliteit van de gedraging heeft bijgedragen aan het bewijs. Dit draagt er aan bij dat de rechter zich (beter) bewust is van de bewijsmethode die hij toepast en de aandachtspunten daarbij.

Het moge duidelijk zijn dat vorenstaande geen pleidooi is om over te stappen naar een finale benadering van het opzet. Ik meen slechts dat finale bewijsvoering ook in het kader van andere opzetgradaties een bijdrage kan leveren aan het bewijs van dat opzet en dat het goed is dat in dergelijke gevallen duidelijk tot uitdrukking te brengen.[21] Juist daardoor kan het onderscheid tussen opzetgradaties beter bewaakt worden.

Voorgaande brengt mij tot de volgende aanbeveling:

Aanbeveling 4
Maak ook bij andere opzetgradaties dan voorwaardelijk opzet gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm als finale bewijsmethode in gevallen waarin

19 Het verschil met voorwaardelijk opzet wordt tot uitdrukking gebracht doordat de formule in het geval van voorwaardelijk opzet eindigt met 'dan dat de verdachte dat gevolg had aanvaard'.

20 Ik ben tijdens mijn onderzoek verschillende uitspraken tegengekomen waarin de feitenrechter, de AG bij de Hoge Raad of de AG bij het gerechtshof expliciet overwoog dat hij de overtuiging had dat de verdachte de gevolgen niet had beoogd, maar waarin wel voorwaardelijk opzet op die gevolgen werd aangenomen. Zie o.a. HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087, *NJ* 2008/375 (*Vliegende tackle*) en HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3349, *NJ* 2016/59, m.nt. Keijzer (*Betalingsruzie*).

21 Vgl. F. de Jong 2004, p. 707.

ander bewijs van hetgeen ten tijde van het feit in de verdachte is omgegaan ontbreekt. Leg de drempel voor de uiterlijke verschijningsvorm daarbij hoger dan bij voorwaardelijk opzet.

3.2.2 *Het aanmerkelijke kans-vereiste*

In het kader van het voorwaardelijk opzet gelden op grond van de jurisprudentie drie vereisten: het bewustheidsvereiste (weten), het aanvaardingsvereiste (willen) en het vereiste van de aanmerkelijke kans. Dit laatste vereiste wordt objectief ingevuld (zie hoofdstuk 10, paragraaf 2.5.1). Ik meen dat er verschillende redenen zijn om dit vereiste te laten vervallen.

In hoofdstuk 10 constateerde ik dat hoewel het voorwaardelijk opzet soms meer normatief wordt ingevuld, nog altijd van belang is wat de individuele verdachte wist of wilde.[22] Door het aanmerkelijke kans-vereiste is er in alle gevallen waarin wordt teruggevallen op voorwaardelijk opzet echter hoe dan ook een normatief element betrokken bij het oordeel. Ik meen dat dit niet goed aansluit bij uitgangspunt dat de individuele beleving van de verdachte centraal staat.[23]

Als ik mij – omdat mijn proefschrift daar nu eenmaal over gaat – beperk tot de gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast, dan zijn twee dingen van belang. Allereerst, zo bleek in hoofdstuk 10, paragraaf 2.5.1, sluit het apart vereisen van een aanmerkelijke kans noch aan bij de leer van Peters, noch bij de leer van Welzel. Ten tweede zie ik ook niet welke meerwaarde het heeft om daarnaast ook nog het aanmerkelijke kans-vereiste te stellen.[24] Ik licht dit toe.

De Hoge Raad heeft in het *American Stafford*-arrest verduidelijkt dat het bij de aanmerkelijke kans niet gaat om het halen van bepaalde percentages. Het moet gaan om een 'een kans die naar *algemene ervaringsregelen* [cursivering: SA] aanmerkelijk is te achten'. Dit duidt er op dat de sociale betekenis van de gedraging centraal staat. Als dat zo is, dan roept dat de vraag op wat de meerwaarde van de aanmerkelijke kans is ten opzichte van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. Bij de uiterlijke verschijningsvorm staat immers ook de sociale betekenis van de gedraging centraal (zie hoofdstuk 10, paragraaf 2.3). Zoals hiervoor al aan de orde kwam, ligt het vanuit de leer van Peters bezien – waarbij de invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke

---

22 F. de Jong heeft het in dit verband over 'individualisering': het bewijsoordeel moet aansluiten bij de wijze waarop de dader geacht kan worden zich tot de intersubjectieve leefwereld te hebben verhouding; zie F. de Jong 2009, p. 426.

23 Vgl. Van Dijk 2017, p. 355, die in dit verband spreekt over 'wezensvreemd element'. Anders: F. de Jong 2019, die meent dat de 'in kwantitatief opzicht aanmerkelijke kans als een 'natuurlijk' element in het opzetbegrip zelf verankerd ligt'.

24 Vgl. Van Dijk 2017, p. 347-357.

verschijningsvorm aansluit – ook niet voor hand om de aanmerkelijke kans apart als eis te stellen.

Ik meen bovendien dat in de verschillende uitspraken die ik heb bestudeerd waarin het bewijs van het voorwaardelijk opzet 'afstuit' op de aanmerkelijke kans, zonder het vereiste van de aanmerkelijke kans tot dezelfde uitkomst had kunnen worden gekomen. Dit geldt in het bijzonder ook voor de zogeheten HIV-arresten, waarin dit vereiste een belangrijke plaats innam.

In de arresten *HIV II-IV* had de met HIV-besmette verdachte op verschillende wijzen en met verschillende frequenties seks gehad met het slachtoffer. De ene wijze en frequentie van seks leverde grotere risico's op voor overdracht van het virus, dan de andere. In alle vier de zaken wist de verdachte dat hij met HIV besmet was. In alle vier de gevallen redeneerde de Hoge Raad dat geen sprake was van een aanmerkelijke kans, waarmee geen sprake was van voorwaardelijk opzet.

Ik meen dat in deze zaken ook op grond van het bewustheids- en aanvaardingsvereiste tot de conclusie had kunnen worden gekomen dat geen sprake was van voorwaardelijk opzet. In de *HIV I*-uitspraak kon worden betwijfeld – op grond van de door het gerechtshof voor het bewijs gebezigde verklaring van de verdachte – of de verdachte zich er bewust van was dat hij een risico in het leven riep voor de gezondheid van het slachtoffer. Daarnaast kon in zowel deze, als in de uitspraken *HIV II-IV*, worden betwijfeld of de verdachte de gevolgen ook had aanvaard. Zoals in hoofdstuk 3, paragraaf 3.7 aan de orde is gekomen, kan in het kader van voorwaardelijk opzet een onderscheid worden gemaakt tussen 'alledaagse gedragingen', zoals deelneming aan het verkeer, het uitlaten van de hond en het hebben van seks, en niet-alledaagse gedragingen, zoals het rondlopen met een vuurwapen. In het kader van alledaagse gedragingen, wordt door de Hoge Raad op basis van de uiterlijke verschijningsvorm minder snel aangenomen dat sprake is van 'aanvaarden' van een bepaald gevolg. De enkele bewustheid bij de verdachte dat hij een bepaald risico in het leven roept, is daarvoor niet voldoende. Zolang niet wordt aangenomen dat er een bepaalde (juridische) zorgplicht bestaat voor iemand om te voorkomen dat zijn bedpartner besmet raakt met een SOA, zal niet snel aan het aanvaardingsvereiste worden voldaan. En dit lijkt nu precies de kern te zijn van de overwegingen in de HIV-arresten: of een dergelijke (juridische) zorgplicht moet worden aangenomen is niet aan de rechter, maar aan de wetgever.[25] Ook in andere uitspraken is het mijns inziens heel wel mogelijk om zonder het vereiste van de aanmerkelijke kans tot dezelfde uitkomst te komen.

25 Mijns inziens betoogt Buruma in zijn noot bij het *HIV IV*-arrest overtuigend waarom een dergelijke *juridische* zorgplicht er niet zou moeten komen. Daarmee wil ik overigens niet zeggen dat er niet een *morele* plicht bestaat om je bedpartner tijdig in te lichten over iets dergelijks.

In plaats van de aanmerkelijke kans te vereisen, is het mogelijk om de kans op een bepaald gevolg (in bepaalde gevallen) te betrekken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Die kans dat een bepaald gevolg intreedt als gevolg van een gedraging, zal immers mede relevant zijn voor de sociale betekenis van de gedraging.[26] Een voordeel daarvan – vanuit het oogpunt van waarborgen – is dat zo duidelijker wordt dat de aanwezigheid van een aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg slechts een van de omstandigheden is die bepalend is voor de betekenis van de gedraging en dat de enkele aanwezigheid van een aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg niet voldoende is voor voorwaardelijk opzet.[27] Het laten vervallen van het vereiste van de aanmerkelijke kans leidt ertoe dat – in gevallen waarin verklaringen ontbreken – de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging centraal komt te staan. Er is dan sprake van een eenduidige maatstaf, die duidelijk maakt dat de sociale betekenis van de gedraging (en niet percentages) bepalend is.

Het laten vervallen van het aanmerkelijke kans-vereiste heeft ook gevolgen voor gevallen waarin niet wordt teruggevallen op de uiterlijke verschijningsvorm. Ik meen evenwel dat het ook in die gevallen maar de vraag is of van het aanmerkelijke kans-vereiste wel daadwerkelijk een waarborg uitgaat en of dat vereiste niet eerder willekeur in de hand werkt, nu onduidelijk is wanneer precies aan het vereiste is voldaan.[28] Om te waarborgen dat de verdachte niet strafrechtelijk aansprakelijk wordt gehouden in gevallen waarin er echt geen enkele reële kans was dat het gevolg zou intreden (in het uitzonderlijke geval dat er wel bewijs is (verklaringen) dat de verdachte die gevolgen desondanks wel had aanvaard) kan de weg van de ondeugdelijke poging worden bewandeld.[29] Als er geen enkele gevaarzetting, niet eens een abstracte gevaarzetting van het gedrag van de verdachte uitgaat, zal het gevolg immers niet intreden. Treedt het gevolg onverhoopt wel in – de verdachte gebruikt voodoo en vervolgens overlijdt het slachtoffer – dan kan dit via de weg van de causaliteit worden geadresseerd. Mijn aanbeveling luidt dan ook:

Aanbeveling 5
Laat de aanmerkelijke kans als afzonderlijk vereiste voor voorwaardelijk opzet vervallen.

---

26 Vgl. Van Dijk 2017, p. 352.

27 Ik vraag mij namelijk af of het vereiste van de aanmerkelijke kans niet in de hand werkt dat, als eenmaal aan dit vereiste is voldaan, al heel snel de stap kan worden gemaakt naar dat de verdachte zich ook wel bewust zal zijn geweest van de mogelijkheid, dat de verdachte rekening hield met het betreffende gevolg en dus dat de verdachte dat gevolg ook heeft aanvaard. Zoals in de hfdst. 3, par. 2.2.2 en 3.7.7 werd besproken, wordt in ieder geval aan het bewustheidsvereiste vaak niet expliciet aandacht besteed wanneer eenmaal is vastgesteld dat sprake is van een aanmerkelijke kans.

28 Zie hierover ook de noot van Wolswijk bij het arrest. Anders: F. de Jong 2019.

29 Vgl. Van Dijk 2017, p. 350-351.

3.3 Strafbare voorbereiding

In hoofdstuk 10 concludeerde ik dat de toepassing die de Hoge Raad geeft aan de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van het bestanddeel 'bestemd' van artikel 46 Sr bijna volledig aansluit bij het finale handelingsleer van Welzel. In de literatuur is veel gediscussieerd over de ondergrens van strafbare voorbereiding. Mij valt op dat zowel aan de uiterlijke verschijningsvorm als aan het misdadige doel een duidelijke ondergrens is gesteld door de Hoge Raad. Hoe deze ondergrens wordt gewaardeerd is wellicht mede afhankelijk van het perspectief van waaruit je de strafbare voorbereiding beziet. Mijns inziens kan echter niet worden gesteld – zoals door sommige auteurs wel is gedaan[30] – dat de jurisprudentie van de Hoge Raad onduidelijk is ten aanzien van de verhouding tussen het misdadige doel en de uiterlijke verschijningsvorm of dat een van de twee elementen 'overheerst'. Voor strafbaarheid zijn steeds beide elementen vereist en voor beide geldt een ondergrens (zie hoofdstuk 4, paragraaf 4.1). Op één punt wijkt de benadering van de Hoge Raad af van de finale handelingsleer van Welzel, te weten op het punt van de absoluut ondeugdelijke voorbereiding.

3.3.1 De ondeugdelijke voorbereiding: ondeugdelijk middel

Net als bij poging, staat bij strafbare voorbereiding de *absolute* ondeugdelijkheid van het voorbereidingsmiddel in de weg aan strafbaarheid. Uit de jurisprudentie leid ik af dat de uiterlijke verschijningsvorm een criterium is om de absolute ondeugdelijkheid vast te stellen. Tegelijkertijd lijkt alleen de *objectief* vastgestelde absolute ondeugdelijkheid in de weg te staan aan strafbaarheid. Dit sluit niet aan bij de finale handelingsleer van Welzel, die immers de beleving van de verdachte centraal stelt. In zoverre lijkt hier, net als bij voorbereiding, sprake van een 'correctie' op de finaliteit van de handeling.

Op zichzelf vind ik het begrijpelijk dat de ondeugdelijkheid van het middel wordt besproken bij het bestanddeel 'bestemd'. De absolute ondeugdelijkheid is immers een eigenschap van het voorwerp (het middel) dat de verdachte voor handen heeft en dat 'bestemd' moet zijn tot het begaan van het misdrijf. Net als bij poging, meen ik dat ook in het kader van voorbereiding, gerechtvaardigd is dat een bepaalde, in ieder geval, abstracte gevaarzetting wordt vereist voor het rechtsgoed. In dat opzicht kan ik me er dan ook in vinden dat de absolute ondeugdelijkheid van het middel als een 'correctie' geldt ten opzichte van de finaliteit van de gedraging. Net als bij poging, meen ik evenwel dat de uiterlijke verschijningsvorm niet zou moeten worden gebruikt om de absolute ondeugdelijkheid van het middel vast te stellen. In plaats daarvan kan beter worden beoordeeld of het voorwerp 'geëigend' is om het misdrijf

30 Zie voor een bespreking van deze literatuur hfdst. 1, par. 3.3.1.

te plegen. Vervolgens zou de ondeugdelijkheid, als een eigenschap van het middel, als omstandigheid moeten worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. De absolute ondeugdelijkheid van het middel maakt dat geen sprake is van een voorwerp dat naar uiterlijke verschijningsvorm is bestemd tot het begaan van het misdrijf. Zo is de benadering ten aanzien van de ondeugdelijkheid van het middel bij poging en voorbereiding identiek. Dit brengt mij tot de volgende aanbeveling:

> *Aanbeveling 6a*
> Stel bij voorbereiding de ondeugdelijkheid van het middel afzonderlijk vast. Betrek de ondeugdelijkheid van het middel als *omstandigheid* bij de uiterlijke verschijningsvorm.

Net zoals bij poging, past ook hier bij de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm dat terughoudend wordt omgegaan met het aannemen dat het middel absoluut ondeugdelijk is.

3.3.2 De ondeugdelijke voorbereiding: ondeugdelijk object

In hoofdstuk 5, paragraaf 3.3 bleek dat op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad de (objectieve) absolute ondeugdelijkheid van het object niet (per se) in de weg staat aan strafbaarheid op grond van artikel 46 Sr. Wanneer de verdachte op het moment van handelen niet wist dat het object absoluut ondeugdelijk was, dan staat de absolute ondeugdelijkheid (in ieder geval) niet in de weg aan strafbaarheid. Er lijkt dus meer ruimte voor de individuele beleving van de verdachte. In hoofdstuk 8, paragraaf 4.2 besprak ik dat de benadering ten aanzien van ondeugdelijkheid van het object tussen poging en voorbereiding op dit punt verschilt. Dit verschil kan echter worden verklaard. Bij poging wordt immers niet alleen vereist dat sprake is van een gedraging gericht op het misdrijf, maar ook dat die gedraging is gericht op voltooiing. Dit laatste impliceert een bepaalde, concrete gevaarzetting, zo besprak ik in paragraaf 3.1.2 al. Bij voorbereiding moet weliswaar een bepaald object in beeld zijn, zo liet mijn analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad zien (hoofdstuk 4, paragraaf 4.1.2), maar de verdachte hoeft – anders dan bij poging – nog geen (concrete) stappen te hebben ondernomen om dat object te benaderen. Dat object kan wellicht ook nog wijzigen. In het *Samir A.*-arrest had de verdachte bijvoorbeeld meerdere objecten op het oog. Het is heel wel mogelijk dat op een later moment pas een keuze voor een van deze objecten zou worden gemaakt of nog een ander (geschikter) object zou zijn gekozen. Vereist is, met andere woorden, wel een abstracte gevaarzetting (geen absoluut ondeugdelijk middel), maar gelet op de fase waarin de gedraging zich bevindt, nog niet een concreet gevaar. Doordat geen concrete gevaarzetting (gerichtheid op voltooiing) is vereist, hoeft de ondeugdelijkheid van het object bij voorbereiding niet in de weg te staan aan strafbaarheid. Wanneer de verdachte wel wist

dat het object absoluut ondeugdelijk was, dan kan dit mijns inziens worden betrokken bij het opzet van de verdachte op het misdrijf. De vraag is dan immers of de verdachte wel daadwerkelijk het misdrijf *wilde* voorbereiden, of – in de woorden van Welzel – slechts wenste of hoopte dat hij een bepaald doel zal bereiken. Mijn aanbeveling luidt gelet op voorgaande:

Aanbeveling 6b
Zet de jurisprudentielijn voort dat absolute ondeugdelijkheid van het object niet in de weg hoeft te staan aan strafbaarheid op grond van artikel 46 Sr.

3.4 Noodweer(exces)

3.4.1 De uiterlijke verschijningsvorm als correctiefactor

In hoofdstuk 5, paragraaf 3.1.4, kwam ik op basis van mijn analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad tot de bevinding dat wanneer sprake is van een 'noodweersituatie' (ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding van eigen of eens anders lijf eerbaarheid of goed) er in beginsel van uit wordt gegaan dat sprake is van 'verdediging' in de zin van artikel 41 Sr. Wanneer de gedraging echter 'naar zijn uiterlijke verschijningsvorm' kan worden aangemerkt als aanvallend, dan kan dit in de weg staan aan een beroep op noodweer(exces). De uiterlijke verschijningsvorm vormt dus een (beperkte) 'correctiefactor', maar levert daarmee eveneens een (zelfstandige) verwerpingsgrond op voor noodweer(exces). Daarbij wordt aangetekend dat de uiterlijke verschijningsvorm wel slechts een (tegen)vermoeden oplevert. Op het moment dat vervolgens uit andere feiten en omstandigheden (contra-indicaties) blijkt dat de verdachte – ondanks de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging – toch de bedoeling had zich te verdedigen, dan kan dat leden tot het oordeel dat toch sprake was van 'verdediging'. Hoewel het dus mogelijk is een beroep op noodweer(exces) te verwerpen op grond van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging, kan dit niet zomaar.

3.4.1.1 Eigen plaats in het noodweerschema

Vanuit meer principieel oogpunt meen ik dat er iets te zeggen valt voor een 'correctie' op het moment dat de verdachte de noodweersituatie eigenlijk 'misbruikt' om een ander aan te vallen. Ik licht dit toe.

Voor noodweer(exces) worden over het algemeen twee argumenten aangevoerd. Allereerst wordt betoogd dat eenieder een natuurlijk recht op zelfverdediging heeft. In de tweede plaats wordt aangevoerd dat noodweer(exces) van belang is voor de rechtshandhaving: het recht moet worden verdedigd

tegen onrecht.[31] Vanuit beide invalshoeken is mijns inziens iets te zeggen voor een correctie op het moment dat de verdachte, hoewel sprake was van een 'noodweersituatie' (ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed), zich niet verdedigde, maar de ander juist aanval. Dat de verdachte een (natuurlijk) recht heeft om zich te verdedigen, is immers geen vrijbrief om een ander schade toe te brengen. Tegen die achtergrond kunnen ook vereisten als proportionaliteit en subsidiariteit worden begrepen. Ook vanuit het oogpunt van rechtshandhaving is mijns inziens iets te zeggen voor een correctie op het moment dat de verdachte de ander aanvalt in plaats van zich verdedigt. Rechtshandhaving impliceert immers dat van iemand wordt verlangd zich bij die handhaving op een bepaalde manier te gedragen en geen misbruik te maken van de hem toegekende bevoegdheden. Dit mag niet leiden tot rechtsmisbruik.[32] Vanuit beide invalshoeken oogpunten geldt naar mijn mening dat het onwenselijk is als het zelfverdedigingsrecht wordt 'misbruikt' om een ander doel te bereiken. Wanneer iemand een noodweersituatie doelbewust gebruikt om een ander aan te vallen, zonder daarbij enige bedoeling te hebben om zichzelf of een ander te verdedigen, is mijns inziens van een dergelijk misbruik sprake.[33]

Op grond van mijn analyse kom ik bovendien tot de conclusie dat de correctiefactor zowel een theoretische als een praktische meerwaarde heeft ten opzichte van de andere vereisten van het noodweerschema. In de praktijk heeft de correctiefactor een toegevoegde waarde in zaken waarin de verdachte en het slachtoffer zich over en weer agressief naar elkaar gedragen en waarin niet duidelijk is wie wat precies wanneer deed, maar waarin wel duidelijk is dat de verdachte eigenlijk niet bezig is met zichzelf of een ander te verdedigen, maar eerder de bedoeling heeft om de confrontatie op te zoeken of om mee te doen aan het gevecht. Dit zijn precies ook de twee voorbeelden (opzoeken confrontatie, deelneming aan het gevecht) die de Hoge Raad in de *Fietswiel*-formule noemt. Ik ging hierop in hoofdstuk 5, paragraaf 4.3 in. Dit brengt mij tot de volgende aanbeveling:

> *Aanbeveling 7*
> Zet de jurisprudentielijn voort dat een aanvallende gedraging in de weg staat aan een beroep op noodweer(exces).

3.4.1.2 Terughoudendheid bij de toepassing

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad leid ik af dat terughoudend moet worden omgegaan met het afwijzen van een beroep op noodweer(exces) op grond van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. De overweging van de Hoge Raad houdt immers niet in dat dat beroep kan worden afgewezen

31 Machielse 1986, p. 523; Knigge & Wolswijk 2015, p. 188; T&C Sr, art. 41, aant. 3.
32 Vgl. Machielse 1986, p. 661-664.
33 Anders: Jansen 2015.

wanneer de gedraging naar de uiterlijke verschijningsvorm níet als verdedigend kan worden aangemerkt, maar (pas) wanneer de gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm als *aanvallend* kan worden aangemerkt. In dat geval kan echter niet zomaar worden volstaan met de uiterlijke verschijningsvorm. Als er feiten en omstandigheden zijn waaruit – ondanks de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging – desalniettemin blijkt dat de verdachte wel degelijk de bedoeling had zich te verdedigen, dan kan dat betekenen dat het beroep op noodweer(exces) niet op deze grond kan worden verworpen. Ik leid hieruit af dat alleen in gevallen waarin overduidelijk totaal geen sprake is van 'verdediging' een beroep op noodweer(exces) vanwege het niet voldoen aan het 'verdedigingsvereiste' kan worden afgewezen. Ik meen dat dit een verstandige lijn is. Zowel vanuit het oogpunt van het recht op zelfverdediging als vanuit een oogpunt van rechtshandhaving, moet in beginsel immers kunnen worden opgetreden in een 'noodweersituatie'.[34] In het kader van noodweer(exces) is erkend dat niet in de weg staat aan een beroep op noodweer dat de verdachte daarbij bepaalde grenzen heeft overschreden. Dat betekent mijns inziens dat zelfs als de verdachte niet met volledig zuivere motieven handelde, dat niet in de weg zou moeten staan aan een beroep op noodweer(exces). Dat wordt pas anders als de gedraging van de verdachte in het geheel niet was gericht op verdediging, maar een 'misbruik' van dat recht vormde. Dat betekent mijns inziens ook dat er meer aandacht moet zijn voor contra-indicaties. In de jurisprudentie van de Hoge Raad speelden die tot op heden immers geen rol van betekenis (zie hoofdstuk 5, paragraaf 4.1.7 en hoofdstuk 7, paragraaf 2.5). Dat terughoudend wordt omgegaan met het verwerpen van een beroep op noodweer op de grond dat de gedraging op de aanval was gericht, is mijns inziens ook van belang omdat sprake is van een zelfstandige verwerpingsgrond, die niet alleen in de weg staat aan een beroep op noodweer, maar ook op noodweer(exces). De gevolgen zijn dus verstrekkend.[35] Voorgaande brengt mij tot de volgende aanbeveling:

Aanbeveling 8
Ga terughoudend om met het afwijzen van een beroep op noodweer omdat niet is voldaan aan het 'verdedigingsvereiste'.

3.4.2 *De uiterlijke verschijningsvorm en de 'noodweersituatie'*

Een aantal auteurs heeft geopperd om de uiterlijke verschijningsvorm toe te passen in het kader van het bestanddeel 'ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding' van artikel 41 Sr (aanwezigheid van een 'noodweersituatie'). De uiterlijke verschijningsvorm zou in dat kader dan gebruikt (kunnen) worden om vast te stellen of sprake is van een onmiddellijk dreigend gevaar voor een

34 Vgl. Machielse 1986, p. 661-664.
35 Vgl. Van Verseveld 2016.

wederrechtelijke aanranding.[36] Uit mijn analyse blijkt dat weliswaar een aantal AG's bij de Hoge Raad de figuur in deze zin gebruikt, maar de Hoge Raad zelf (nog) niet. Mijns inziens zou de uiterlijke verschijningsvorm niet moeten worden gebruikt om vast te stellen dat er sprake is van een onmiddellijk dreigend gevaar. Mijn eerste aanbeveling luidde dat de uiterlijke verschijningsvorm alleen gebruikt zou moeten worden om finaliteit vast te stellen. In dit geval is echter geen sprake van het vaststellen van een (in de toekomst gelegen) gerichtheid op een bepaald doel of gevolg, maar van het aanduiden van een toestand. Dit brengt mij tot de volgende aanbeveling:

> *Aanbeveling 9*
> Gebruik de uiterlijke verschijningsvorm niet om vast te stellen of sprake is van een 'noodweersituatie'.

3.5 Andere toepassingen van de uiterlijke verschijningsvorm

Hiervoor deed ik al de aanbeveling om de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm ook bij andere opzetgradaties als bewijsvermoeden toe te passen (aanbeveling 4) en om de figuur niet te gebruiken om vast te stellen of sprake is van een 'noodweersituatie' (aanbeveling 9). In hoofdstuk 6 ben ik ingegaan op (andere) toepassingen van de uiterlijke verschijningsvorm in de lagere rechtspraak. Daar bleek dat de uiterlijke verschijningsvorm in de lagere rechtspraak ook wordt toegepast in het kader van de onderwerpen medeplegen, voorbedachte raad, de kwalificatie-uitsluitingsgrond bij witwassen en de aanduiding van voorwerpen, toestanden en gedragingen. In hoeverre zouden deze toepassingen moeten worden voortgezet en zou ook de Hoge Raad de figuur bij deze onderwerpen moeten toepassen? Mijn eerste aanbeveling luidde dat de uiterlijke verschijningsvorm alleen moet worden gebruikt om finaliteit vast te stellen. Dat betekent mijns inziens het volgende voor de rechtspraak die ik beschreef in hoofdstuk 6.

- *Medeplegen:* De uiterlijke verschijningsvorm zou niet moeten worden gebruikt om vast te stellen of sprake is van de voor medeplegen vereiste een nauwe en bewuste samenwerking.[37] Het gaat daarbij immers niet om het vaststellen van de gerichtheid van de gedraging op een bepaald gevolg, maar om de vraag of sprake was van een zodanige samenwerking dat sprake is van medeplegen (en niet bijvoorbeeld slechts van medeplichtigheid). Het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm om in voorkomende gevallen vast te stellen of de verdachte een uitvoeringshandeling van het

36 De Hullu 2018, p. 326, Rozemond 2011, p. 114.
37 Zie voor het kader dat de Hoge Raad hiervoor hanteert het *Overzichtsarrest* over medeplegen.

misdrijf heeft verricht[38] is in lijn met de pogingsjurisprudentie en zou om die reden kunnen worden voortgezet, met dien verstande dat – net als bij poging (zie aanbevelingen 3b en 3c) – de uiterlijke verschijningsvorm niet zou moeten worden gebruikt om de ondeugdelijkheid van middel of object vast te stellen. Eveneens zou de uiterlijke verschijningsvorm kunnen worden gebruikt (als bewijsmethode in gevallen waarin ander bewijs ontbreekt) om vast te stellen of de verdachte het voor medeplegen vereiste opzet op de delictsbestanddelen had. Dat geldt te meer als aanbeveling 4 wordt overgenomen om de uiterlijke verschijningsvorm ook bij andere opzetgradaties als bewijsmethode toe te passen in gevallen waarin ander bewijs ontbreekt.

- *Voorbedachte raad:* De uiterlijke verschijningsvorm zou niet moeten worden gebruikt om vast te stellen of sprake was van een hevige gemoedsbeweging dan wel kalm beraad.[39] Het gaat dan immers om het aanduiden van een toestand, niet om een gerichtheid op een bepaald doel/gevolg (finaliteit).
- *Kwalificatie-uitsluitingsgrond bij witwassen:* In de door mij bestudeerde uitspraak werd de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om vast te stellen of de gedraging van de verdachte was gericht op het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het geldbedrag. Hier is dus sprake van een beoordeling van de finaliteit van de gedraging. Mijns inziens zou de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm hier dan ook kunnen worden voortgezet en overgenomen door de Hoge Raad.
- *Aanduiding van voorwerp, toestand en gedraging:* In deze gevallen gaat het er niet om vast te stellen waarop de gedraging of het voorwerp (vanaf het moment van handelen bezien) in de toekomst is gericht, maar om een beschrijving (achteraf) van de staat waarin het voorwerp of de gedraging was op het moment dat het werd aangetroffen/onderzocht. Er is dus geen sprake van 'finaliteit'. Om die reden zou de uiterlijke verschijningsvorm hier in mijn ogen niet moeten worden toegepast. In plaats daarvan zou bijvoorbeeld de term 'uiterlijke kenmerken' kunnen worden gebruikt, een term die ook al in de rechtspraak voorkomt en die mijns inziens beter tot uitdrukking brengt waar het om gaat.

Daarnaast heeft Machielse nog de vraag opgeworpen of in het kader van de deelnemingsvorm *uitlokking* geen rol is weggelegd voor de uiterlijke verschijningsvorm. Hem staat voor ogen dat

38 Zoals in hfdst. 6 aan de orde is gekomen is het voor medeplegen niet per se nodig dat de verdachte een uitvoeringshandeling van het misdrijf heeft verricht. Dat de verdachte een uitvoeringshandeling heeft verricht kan echter wel bijdragen aan het oordeel dat sprake was van medeplegen.

39 Zie voor het kader dat de Hoge Raad hiervoor hanteert het *Standaardarrest* over voorbedachte raad (HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:963, *NJ* 2014/156).

> '[a]ls de uitgelokte een feit pleegt dat naar uiterlijke verschijningsvorm aan de uitlokker voor ogen heeft gestaan de uitlokker aansprakelijk [is] voor zover zijn opzet reikt. Op welk feit de uitlokker zijn opzet richtte zal wel in de tenlastelegging moeten worden opgenomen, maar of het opzet van de uitgelokte met het opzet van de uitlokker overeenkwam is niet relevant zolang de uiterlijke verschijningsvorm van hetgeen in werkelijkheid is uitgevoerd beantwoordt aan het opzet van de uitlokker.'[40]

Ik begrijp Machielse zo dat niet relevant is wat het opzet van de uitgelokte is, maar of de uitgelokte handelt overeenkomstig het opzet van de verdachte.[41] Deze benadering sluit aan bij de finale handelingsleer van Welzel. De te beantwoorden vraag is dan of de uitgelokte, die in dit geval als 'middel' kan worden beschouwd, handelde overeenkomstig het handelingsplan van de verdachte. Dit doet denken aan de benadering van de Hoge Raad ten aanzien van het bestanddeel 'begin van uitvoering' bij poging. In die jurisprudentie wordt de uiterlijke verschijningsvorm immers eveneens gebruikt om te toetsen of de gedraging (uitvoeringshandeling) past bij het voornemen van de verdachte (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.12.1). Dat een soortgelijke benadering wordt gekozen als bij poging vind ik te billijken. In de eerste plaats vereisen beide leerstukken zowel opzet op een bepaald misdrijf als een gedraging die gericht is op het plegen van dat misdrijf.[42] Bij beide leerstukken is het zo dat er – vanuit de verdachte bezien – sprake is van een in de toekomst gelegen gevolg dat de verdachte probeert te bereiken, waarbij in beide gevallen geldt dat de verwezenlijking van het plan dat de verdachte had in de werkelijkheid net iets anders kan gaan dan de verdachte voor ogen stond. Voor beide gevallen biedt de uiterlijke verschijningsvorm een methode om de vraag te beantwoorden of wat zich in de werkelijkheid heeft afgespeeld (voldoende) aansluit bij het opzet van de verdachte, waardoor hij daarvoor strafrechtelijk ter verantwoording kan worden gehouden.[43]

---

40 Machielse 2006, p. 241.

41 Mij doet dit voorstel denken aan het pleidooi van Knigge om bij uitlokking eerst het opzet van de deelnemer vast te stellen en vervolgens – in het kader van het accessoriteitsvereiste – te beoordelen of het strafbare feit dat is gepleegd 'wezenlijk' anders is dan het feit waarop de deelnemen opzet had. Zie Knigge 2003, p. 301-307. Anders over (de wenselijkheid van) de dominante rol van het opzet bij uitlokking denkt Wolswijk. Zie Wolswijk 2009, p. 240.

42 Voor uitlokking is niet alleen vereist dat de uitlokker een gedraging verricht om de ander uit te lokken, maar ook dat de uitgelokte vervolgens het strafbare feit pleegt (accessoriteitsvereiste). Zowel poging als uitlokking vereisen dus zowel opzet op een bepaald misdrijf als een gedraging gericht op dat misdrijf. Bij uitlokking is er alleen sprake van een tussenstap. Er moeten handelingen worden verricht om het 'middel' om het misdrijf te plegen (de uitgelokte) zover te krijgen dat hij dat doet. Je zou kunnen betogen dat dat in wezen niets anders is dan bijvoorbeeld een wapen laden en zo 'schietklaar' maken of met een aantal grondstoffen een bom in elkaar zetten, die je vervolgens bij het misdrijf gebruikt.

43 Dit betekent dat wanneer de gedraging van de uitgelokte niet aansluit bij of verder gaat dan het (voorwaardelijk) opzet van de uitlokker, hij daarvoor niet strafrechtelijk aansprakelijk is (zie artikel 47, tweede lid, Sr). Gaat de uitgelokte minder ver dan de uitlokker had

Een gevolg van deze benadering van uitlokking is, zoals gezegd, dat het opzet van de uitgelokte – voor zover dat niet leidt tot een (wezenlijk) andere benadering dan door de uitlokker beoogd – niet relevant is voor de beoordeling van de strafbaarheid van de uitlokker. Ik verhelder dit met een voorbeeld. A wil B uitlokken om C van het leven te beroven. B gaat vervolgens met een mes op pad. Anders dan A wil hij (B) persoon C alleen maar zwaar mishandelen, maar dat zegt hij niet tegen A, omdat hij bang is dat A in dat geval het mes niet meer zal leveren.[44] B vindt C en brengt een diepe steekwond in diens rug aan. C overlijdt als gevolg hiervan. Naar uiterlijke verschijningsvorm kan het aanbrengen van een diepe steekwond in de rug worden aangemerkt als een gedraging die is gericht op het van het leven beroven van een ander (vgl. de uitspraak *Kraakpand*; zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.1.2). Als het opzet van B buiten beschouwing wordt gelaten en alleen naar de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging wordt gekeken, kan A dus worden veroordeeld voor het uitlokken van moord of doodslag. Ik vind dit niet bezwaarlijk. Vanuit het oogpunt van A bezien is zijn plan immers geslaagd. De uitlokking is niet zonder gevolg gebleven en het resultaat dat A beoogde is behaald.[45]

Het vorenstaande in ogenschouw nemend, meen ik dat het voorstel van Machielse aansluit bij de wijze waarop de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm bij andere leerstukken toepast en bijdraagt aan de duidelijkheid omtrent het toetsingskader bij uitlokking. Hoewel deze deelnemingsfiguur in de praktijk een beperkte rol heeft,[46] luidt mijn aanbeveling tegen deze achtergrond als volgt:

Aanbeveling 10
Gebruik de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van uitlokking om te beoordelen of het strafbare feit dat is gevolgd ook het strafbare feit is waartoe is uitgelokt (accessoriteitsvereiste).

---

beoogd, dan kan de uitlokker slechts worden veroordeeld voor uitlokking van het mindere dat de uitgelokte heeft gedaan. De mogelijkheid bestaat om de uitlokker op grond van artikel 46a Sr te vervolgen voor het mislukte deel van het opzet van de uitlokker.

44 Mijns inziens is het anders wanneer B duidelijk aan A aangeeft dat hij C alleen maar zwaar wil mishandelen en A daarmee, onder het mom van 'beter iets dan niets' akkoord gaat.

45 Machielse lijkt hier ook zo over te denken; zie Machielse 2006, p. 241. Knigge lijkt op dit punt iets terughoudender. Hij lijkt ook relevant te vinden of het streven van de uitgelokte erop was gericht het door de uitlokker begeerde resultaat te verwezenlijken; zie Knigge 2003, p. 306-307.

46 Mede als gevolg van de functionelere uitleg die aan plegen en medeplegen wordt gegeven; zie ook Smith 2003, p. 26-27.

3.6 Tot slot

Met mijn onderzoek heb ik getracht een bijdrage te leveren aan de duiding en systematisering van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm. Uit mijn analyse van de toepassing van de figuur bij verschillende leerstukken (hoofdstukken 2-5) is gebleken dat binnen een bepaald leerstuk over het algemeen sprake is van een eenduidige, onderliggende systematiek.[47] Leerstukoverstijgend heeft mijn onderzoek blootgelegd dat de uiterlijke verschijningsvorm in de rechtspraak van de Hoge Raad een 'finaal figuur' is. Bij alle bestudeerde leerstukken wordt de figuur door de Hoge Raad gebruikt om de finaliteit van de gedraging vast te stellen.[48] Met mijn aanbevelingen hebben ik gepoogd handvatten te geven voor een (nog) betere systematische toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm als 'finaal figuur'.

Een proefschrift schrijven is ook keuzes maken. Ik heb er bewust voor gekozen om mij te richten op de duiding en systematisering van de uiterlijke verschijningsvorm, omdat ik meen dat een volledige en diepgravende analyse van de jurisprudentie (op dit punt) tot op heden heeft ontbroken (zie ook hoofdstuk 1, paragrafen 3, 4 en 6). Dat betekent dat ik de lijn die ik heb blootgelegd in de jurisprudentie van de Hoge Raad tot uitgangspunt heb genomen en mijn aanbevelingen heb gericht op het oplossen van onduidelijkheden en inconsistenties. Dat betekent dat ik niet de toepassing van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm als zodanig, noch het pad dat de Hoge Raad daarmee is ingeslagen, ter discussie heb gesteld. Daarmee is niet gezegd dat daarover niet (verder) gediscussieerd kan worden. Ik meen met de analyse in dit proefschrift een noodzakelijke basis voor die discussie te hebben gelegd.

---

47 Zie voor een opsomming van enkele onduidelijkheden par. 2.1.

48 De mate waarin de finaliteit leidend is en welke 'aftakking' van de finale handelingsleer (Welzel, Peters of finale bewijsvoering) daarbij centraal staat, verschilt echter per leerstuk. Zie hierover nader hfdst. 10.

Samenvatting

In de strafrechtspraak wordt met regelmaat gebruikgemaakt van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm, een figuur die noch in de wet, noch in de rechtspraak wordt omschreven. De figuur wordt zowel door de feitenrechter als de Hoge Raad gebruikt. Nu deze figuur wordt toegepast bij een aantal kernleerstukken van het materiële strafrecht, kan de toepassing behoorlijke gevolgen hebben voor de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Zonder inzicht in het gebruik, de rol en de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm en de plaatsing van de figuur in de dogmatiek, is de uitwerking van het gebruik van de figuur echter niet goed te overzien.

De figuur, die in eerste instantie in de literatuur werd geïntroduceerd, werd door de Hoge Raad in 1978 in zijn jurisprudentie erkend. Zowel in de literatuur als in de rechtspraak van de Hoge Raad werd de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm aanvankelijk ontwikkeld in het kader van de strafbare poging (artikel 45 Sr). Vanaf 2003 heeft de Hoge Raad de toepassing van de figuur 'verbreed' naar andere leerstukken, waaronder (voorwaardelijk) opzet, strafbare voorbereiding (artikel 46 Sr) en noodweer(exces) (artikel 41 Sr). In de literatuur is wel aandacht besteed aan de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm, maar meestal wordt de figuur daarbij slechts besproken in de context van een bepaald leerstuk. Daarbij bestaat lang niet altijd overeenstemming over hoe de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt, welke rol de uiterlijke verschijningsvorm heeft en hoe aan de uiterlijke verschijningsvorm invulling wordt gegeven. Er is maar weinig literatuur beschikbaar die zich meer overkoepelend richt op de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht. De wel beschikbare bijdragen zijn slechts verkennend van aard en gebaseerd op een beperkt aantal uitspraken. Een meer omvattend overzicht van het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm in de rechtspraak en een (volledige) systematische doordenking daarvan ontbreken tot op heden. Bovendien ontstaat op basis van de beschikbare literatuur het beeld dat de wijze waarop de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast bij de verschillende leerstukken verschilt. Dat roept de vraag op of wel sprake is van een doordacht gebruik van de figuur of van een (tot op zekere hoogte) vooropgestelde (en kenbare) systematiek. Met dit onderzoek heb ik willen voorzien in een meer omvattend overzicht van de toepassing van de figuur door de Hoge Raad en een bijdrage willen leveren aan de systematisering van en betekenisverlening aan de uiterlijke verschijningsvorm (zie hoofdstuk 1). Dat heb ik gedaan door eerst op basis van een rechtspraakanalyse te inventariseren hoe

de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast, om zo eventuele inconsistenties en leerstukoverstijgende eigenschappen bloot te leggen (eerste gedeelte van het onderzoek). Aangezien de Hoge Raad de figuur in de rechtspraak heeft geïntroduceerd en daar invulling aan heeft gegeven, heb ik mij daarbij gericht op de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm in de cassatierechtspraak. Vervolgens heb ik geprobeerd de figuur te begrijpen door na te gaan bij welke strafrechtelijke theorie en dogmatiek de figuur aansluit (tweede gedeelte van het onderzoek).

Ik heb eerst de rechtspraak per leerstuk geanalyseerd (hoofdstukken 2-5). De Hoge Raad past de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm, zoals gezegd, toe in het kader van de leerstukken poging, voorwaardelijk opzet, voorbereiding en noodweer(exces). Uit de analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad is gebleken dat hij de figuur binnen een bepaald leerstuk over het algemeen volgens een bepaalde, vaste systematiek toepast. De wijze waarop de figuur wordt gebruikt is vastgelegd in 'standaardformules': de *Cito*-formule bij poging, de *HIV I*-formule bij voorwaardelijk opzet, de *Samir A.*-formule bij strafbare voorbereiding en de *Fietswiel*-formule bij noodweer(exces). De uiterlijke verschijningsvorm heeft – binnen deze leerstukken – steeds dezelfde rol. Bij poging en strafbare voorbereiding – waar de figuur wordt gebruikt in het kader van de *objectieve zijde* van het strafbare feit – is de uiterlijke verschijningsvorm een criterium om vast te stellen of sprake is van 'begin van uitvoering' in de zin van artikel 45 Sr respectievelijk een voorwerp dat 'bestemd' is tot het begaan van het misdrijf in de zin van artikel 46 Sr. Bij voorwaardelijk opzet en noodweer(exces) – waar de figuur een rol heeft in het kader van de *subjectieve zijde* van het strafbare feit – wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt als (bewijs)vermoeden om vast te stellen of de verdachte de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg bewust heeft 'aanvaard' (voorwaardelijk opzet) respectievelijk of de verdachte de bedoeling had om zich te verdedigen of juist om de ander aan te vallen (noodweer(exces)). Bij bestudering van de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm is gebleken dat per leerstuk omstandigheden zijn aan te wijzen die steeds (delictoverstijgend) een (belangrijke) rol spelen. Ondanks deze eenduidige systematiek binnen de leerstukken, ontbreekt het op een aantal punten aan duidelijkheid. Zo is bij zowel poging als strafbare voorbereiding niet duidelijk of de uiterlijke verschijningsvorm een rol heeft bij de vaststelling van de ondeugdelijkheid van de poging/voorbereiding. Eveneens is onduidelijk in hoeverre de uiterlijke verschijningsvorm volgens de Hoge Raad ook bij andere opzetgradaties dan voorwaardelijk opzet mag worden toegepast. Tot slot is niet duidelijk in hoeverre het volgens de Hoge Raad mogelijk is om de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van één zaak bij meerdere leerstukken toe te passen.

Hoewel mijn rechtspraakanalyse zich richtte op de jurisprudentie van de Hoge Raad, ben ik ook verkennend ingegaan op de toepassing van de figuur in de lagere rechtspraak (zie hoofdstuk 6). Daarbij bleek dat de uiterlijke verschijningsvorm in de lagere rechtspraak ook nog bij een aantal andere

onderwerpen wordt toegepast. Ik ben gestuit op toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van medeplegen, voorbedachte raad, de kwalificatie-uitsluitingsgrond bij witwassen en de aanduiding van voorwerpen, toestanden en gedragingen. De meeste van deze toepassingen sluiten niet aan bij de toepassing die door de Hoge Raad wordt gegeven aan de figuur bij de eerder onderzochte leerstukken.

Vervolgens heb ik de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad bij de onderscheiden leerstukken met elkaar vergeleken (hoofdstuk 7). Deze vergelijking leverde een aantal overeenkomsten op, met name ten aanzien van de *invulling* van de uiterlijke verschijningsvorm, die duiden op bepaalde eigenschappen van de figuur. Daarnaast leverde de vergelijking tussen de leerstukken een aantal verschillen op, met name bij het *gebruik* en de *rol* van de uiterlijke verschijningsvorm. Nadere beschouwing van de geconstateerde verschillende leverde echter juist een aantal aanvullende eigenschappen op van de uiterlijke verschijningsvorm. De vergelijking leidde er aldus toe dat ik de volgende leerstukoverstijgende eigenschappen van de uiterlijke verschijningsvorm kon vaststellen:

Eigenschap 1

De uiterlijke verschijningsvorm verbindt de objectieve zijde van het strafbare feit met de subjectieve zijde. Er ontstaat daardoor een wisselwerking tussen objectieve en subjectieve zijde.

Eigenschap 2

De uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt om de (in de toekomst gelegen) gerichtheid van de gedraging vast te stellen.

Eigenschap 3

De uiterlijke verschijningsvorm is een methode om feiten en omstandigheden onder een bestanddeel te brengen.

Eigenschap 4

De uiterlijke verschijningsvorm plaatst de gedraging in zijn context.

In alle door mij bestudeerde uitspraken van de Hoge Raad heeft de uiterlijke verschijningsvorm elk van deze eigenschappen (cumulatief). Dit ondersteunt dat sprake is van een eenduidige, onderliggende systematiek.

Er bleek echter ook een aantal verschillen te bestaan tussen de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm bij de verschillende leerstukken, die niet gerelativeerd konden worden noch leken te duiden op een bepaalde eigenschap van de figuur. Het ging om de volgende verschillen:

Verschil 1

De uiterlijke verschijningsvorm heeft in de gevallen waarin de figuur wordt gebruikt in het kader van de *objectieve zijde* van het strafbare feit (poging, strafbare voorbereiding) een rol als criterium, dat standaard wordt toegepast. In het kader van de *subjectieve zijde* van het strafbare feit (voorwaardelijk opzet, de verdedigingswil bij noodweer(exces)) heeft de uiterlijke verschijningsvorm echter (slechts) een rol als (bewijs)vermoeden. De figuur wordt bij die leerstukken dan ook (slechts) in bepaalde gevallen gebruikt.

Verschil 2

Bij de onderscheiden leerstukken heeft de uiterlijke verschijningsvorm een andere ondergrens. De drempel ligt bij poging hoger dan bij strafbare voorbereiding, omdat bij poging niet alleen gerichtheid op het misdrijf, maar – anders dan bij voorbereiding – ook 'gerichtheid op voltooiing' is vereist. Als alleen naar de objectieve omstandigheden wordt gekeken ligt de drempel bij voorwaardelijk opzet hoger dan bij strafbare voorbereiding en poging (zelfs met het 'gerichtheid op voltooiingvereiste'). Bij strafbare voorbereiding en poging wordt echter, anders dan bij voorwaardelijk opzet, naast de objectieve omstandigheden ook de door de rechter vastgestelde intentie van de verdachte betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Bij opzet wordt de uiterlijke verschijningsvorm juist gebruikt om die intentie vast te stellen.

Verschil 3

Wanneer de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de *subjectieve zijde* (voorwaardelijk opzet, de verdedigingswil bij noodweer(exces)) dan wordt expliciet aandacht besteed aan eventuele contraindicaties. Dit gebeurt niet in gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de *objectieve zijde* van het strafbare feit.

Wat opvalt aan de door mij geconstateerde verschillen is dat er in de jurisprudentie, ondanks de overeenkomsten, een andere benadering wordt gekozen in gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast in het kader van de *objectieve zijde* van het strafbare feit ten opzichte van de gevallen waarin de figuur wordt toegepast in het kader van de *subjectieve zijde*. Er lijkt een bepaalde terughoudendheid te bestaan om de uiterlijke verschijningsvorm (in alle gevallen) toe te passen in het kader van de subjectieve zijde van het strafbare feit. Om hierin nader inzicht te verkrijgen, heb ik voornoemde verschillen vanuit een ander gezichtspunt nader bekeken (hoofdstuk 8). Ik heb (theoretische) gevallen bestudeerd waarin in het kader van één zaak de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast in het kader van meerdere leerstukken. Dit leverde op dat het bij de uiterlijke verschijningsvorm in de kern gaat om de gedraging, het opzet (de intentie) van de verdachte en de verhouding daartussen (perspectief objectief-subjectief) en bewijs(drempels) (bewijsperspectief).

De door mij gevonden leerstukoverstijgende eigenschappen van de uiterlijke verschijningsvorm lijken bij een eerste beschouwing aan te sluiten bij de finale handelingsleer, waarvan de centrale stelling is dat opzet onderdeel uitmaakt van de handeling. Het opzet en de handeling kunnen niet los van elkaar worden gezien, aangezien een (strafrechtelijk relevante) handeling is gericht op een doel (vgl. eigenschappen 1 en 2). Dat de uiterlijke verschijningsvorm de gedraging plaatst in zijn context (eigenschap 4) doet in het bijzonder denken aan het pleidooi van Peters – die wel wordt beschouwd als de 'vertegenwoordiger' van de finale handelingsleer in de Nederlandse strafrechtswetenschap – om de sociale betekenis van de gedraging centraal te stellen: de gedraging moeten worden bezien binnen de context waarin zij is gepleegd. Ook mijn bevinding dat het bij de uiterlijke verschijningsvorm in de kern gaat om de gedraging, het opzet (de intentie) van de verdachte en de verhouding daartussen, en bewijs, wijzen in de richting van de finale handelingsleer. Deze onderwerpen zijn immers ook kernelementen van die leer.

Dat neemt niet weg dat de verhouding tussen de gedraging en het opzet – afhankelijk van of de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de objectieve zijde of de subjectieve zijde van het strafbare feit – verschilt. Dit roept de vraag op of, als de uiterlijke verschijningsvorm al eigenschappen heeft van de finale handelingsleer, het dan wel steeds om dezelfde stroming binnen die leer gaat. Bovendien roept – ervan uitgaande dat de uiterlijke verschijningsvorm een 'finale figuur' is – de terughoudendheid die er bij de Hoge Raad lijkt te bestaan bij het toepassen van de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van de subjectieve zijde de vraag op of de finale handelingsleer in die gevallen wel (volledig) is omarmd door de Hoge Raad. In het tweede gedeelte van dit proefschrift onderzoek (verifieer) ik dan ook of de uiterlijke verschijningsvorm kan worden geplaatst in de finale handelingsleer (hoofdstukken 9 en 10).

Om tot een antwoord te komen heb ik per leerstuk onderzocht in welke mate de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de finale handelingsleer van Welzel – die wel wordt beschouwd als de grondlegger van de finale handelingsleer – dan wel Peters – die, zoals gezegd, wordt beschouwd als de belangrijkste Nederlandse vertegenwoordiger van de finale handelingsleer. In de leer van Welzel is de finale wil (het opzet) leidend. De gedraging is de verwezenlijking van de finale wil in de werkelijkheid. Gedragingen worden bezien in het licht van de finale wil. De leer van Peters is in zekere zin het spiegelbeeld van de leer van Welzel. In Peters' leer is de gedraging leidend. Gedragingen hebben volgens Peters een sociale betekenis, die alleen kan worden begrepen vanuit de situatie waarin de gedraging voorkomt. Het opzet ligt in de gedraging besloten en 'spreekt' uit de gedraging. Opzet heeft een normatief bepaalde betekenis binnen het kader van de handeling, zoals die in principe door iedereen kan worden 'waargenomen'. Naast deze beide (materieelrechtelijke) leren, staat 'finale bewijsvoering', die voortbouwend op de leer van Peters in de Nederlandse strafrechtelijke literatuur is ontwik-

keld. Nu het opzet besloten ligt in de gedraging, kan het opzet uit de gedraging worden afgeleid, zo is de redenering. Zo kan opzet worden bewezen.

Bij mijn vergelijking tussen de toepassing die de Hoge Raad geeft aan de uiterlijke verschijningsvorm en de finale handelingsleren van Welzel en Peters, bleek dat daar waar de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast bij de *objectieve zijde* van het strafbare feit (poging en voorbereiding), die toepassing aansluit bij de finale handelingsleer van Welzel. Bij voorbereiding lijkt sprake van een bijna volledige omarming van die leer. De enige uitzondering daarop is de objectieve benadering van de absoluut ondeugdelijke voorbereidingsmiddelen. Bij poging geldt nog sterker dat de enkele finaliteit van de gedraging niet voldoende is voor strafbaarheid. Ten opzichte van de leer van Welzel geldt een extra vereiste, namelijk dat sprake is van een bepaalde nabijheid tot voltooiing van het delict (gerichtheid op voltooiing). De objectieve benadering van de ondeugdelijke poging sluit evenmin aan bij het finale handelingsbegrip van Welzel. Zowel bij voorbereiding als poging wordt de strafbaarheid ten opzichte van die leer dus op een aantal punten beperkt. Vanuit de finale handelingsleer van Welzel bezien is aldus sprake van een aantal 'correcties' op die leer. In de gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast in het kader van de *subjectieve zijde* van het strafbare feit (voorwaardelijk opzet en noodweer(exces)) is geen sprake van een volledige aansluiting bij de finale leren van Welzel of Peters. De invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm sluit weliswaar (op hoofdlijnen) aan bij de finale handelingsleer van Peters, maar de uiterlijke verschijningsvorm wordt slechts in bepaalde gevallen gebruikt. In dergelijke gevallen dient de figuur bovendien alleen als een (bewijs)vermoeden.[1] Er is, met andere woorden, slechts sprake van finale bewijsvoering. De zoektocht naar de aansluiting bij de finale handelingsleren maakt nog scherper zichtbaar welke betekenis en welke rollen toekomen aan de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm.

De uiterlijke verschijningsvorm, zo luidt mijn eindconclusie, is een 'finaal figuur'. Als de figuur wordt toegepast dan wordt gekeken naar de finaliteit van de gedraging. Dat geldt bij alle door mij bestudeerde leerstukken waarin de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm toepast. In zoverre is sprake van een consistente toepassing van de figuur en kan worden gesproken van samenhang tussen de wijze waarop de figuur bij de verschillende leerstukken wordt toegepast.

1 Het gebruik van dit bewijsvermoeden is overigens geen vrijblijvendheid. Als verklaringen over hetgeen ten tijde van het feit in de verdachte is omgegaan ontbreken, kan de rechter alleen op basis van de uiterlijke verschijningsvorm alsnog tot het bewijs van voorwaardelijk opzet komen. Bij noodweer(exces) is de vraag naar de aanwezigheid van een 'verdedigingswil' pas aan de orde als de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging daartoe aanleiding geeft.

Echter, de finale handelingsleer is niet (als enige) leidend in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Hoe leidend de finaliteit is, zo kwam hiervoor al aan de orde, verschilt per leerstuk. Dit komt vooral door de verschillende rollen die de figuur bij de onderscheiden leerstukken heeft. Met name bij de *subjectieve zijde* van het strafbare feit lijkt sprake te zijn van een bepaalde terughoudendheid om op basis van de finaliteit van de gedraging tot het bewijs te komen. Dit betekent dat het (klassieke) onderscheid dat tussen de objectieve en de subjectieve zijde wordt gemaakt niet is verlaten met de introductie van de uiterlijke verschijningsvorm. De toepassing van de figuur bij het voorwaardelijk opzet – die eigenlijk niet bij deze klassieke tweedeling lijkt aan te sluiten, zelfs als wezensvreemd daaraan kan worden gezien – is door de terughoudende toepassing en de hoge eisen die aan de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm worden gesteld ingevlochten in die klassieke tweedeling en laat die in stand. Op het punt van de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm verschilt per leerstuk of die (meer) aansluit bij de finale leer van Welzel (poging, voorbereiding) of de leer van Peters (voorwaardelijk opzet, noodweer-(exces). Dit leidt ertoe dat de uiterlijke verschijningsvorm volledig overkoepelend bij alle leerstukken eigenlijk slechts gemeen heeft dat sprake is van een 'finale methode' (vgl. eigenschappen 1, 2 en 4) om gedragingen onder een delictsbestanddeel te brengen (vgl. eigenschap 3).

Het proefschrift eindigt met enkele aanbevelingen die erop zijn gericht handvatten te geven voor een (nog) betere systematische toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm als 'finale methode'. Het gaat om de volgende aanbevelingen:

Aanbeveling 1

Gebruik de uiterlijke verschijningsvorm alleen in gevallen die voldoen aan de door mij geïdentificeerde leerstukoverstijgende eigenschappen van de uiterlijke verschijningsvorm. Dat wil zeggen: gebruik de uiterlijke verschijningsvorm als een 'finale methode' om gedragingen onder een bestanddeel te brengen. Dit betekent dat de uiterlijke verschijningsvorm in mijn ogen alleen moet worden gebruikt in gevallen waarin het vaststellen van finaliteit aan de orde is.

Aanbeveling 2a

Maak bij poging een (duidelijker) onderscheid tussen (1) het vereiste van gerichtheid op het misdrijf (finaliteit) en (2) het aanvullende vereiste van gerichtheid op voltooiing van het misdrijf.

Aanbeveling 2b

Gebruik de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm bij de poging niet als criterium voor het vaststellen van gerichtheid op voltooiing, maar benoem in plaats daarvan relevante omstandigheden (of factoren) voor de vaststelling hiervan.

Aanbeveling 3a

Zet de lijn voort dat geen sprake is van strafbaarheid op grond van artikel 45 Sr in het geval een middel of object absoluut ondeugdelijk is.

Aanbeveling 3b

Stel bij poging de ondeugdelijkheid van het middel afzonderlijk vast. Betrek de ondeugdelijkheid van het middel als *omstandigheid* bij de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van het vereiste van *gerichtheid op het misdrijf*.

Aanbeveling 3c

Stel bij poging de ondeugdelijkheid van het object afzonderlijk vast. Betrek de ondeugdelijkheid van het object als *omstandigheid* bij het vereiste van *gerichtheid op voltooiing* van het misdrijf.

Aanbeveling 4

Maak ook bij andere opzetgradaties dan het voorwaardelijk opzet gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm als finale bewijsmethode in gevallen waarin ander bewijs van hetgeen ten tijde van het feit in de verdachte is omgegaan ontbreekt. Leg de drempel voor de uiterlijke verschijningsvorm daarbij hoger dan bij voorwaardelijk opzet.

Aanbeveling 5

Laat de aanmerkelijke kans als afzonderlijk vereiste voor voorwaardelijk opzet vervallen.

Aanbeveling 6a

Stel bij strafbare voorbereiding de ondeugdelijkheid van het middel afzonderlijk vast. Betrek de ondeugdelijkheid van het middel als *omstandigheid* bij de uiterlijke verschijningsvorm.

Aanbeveling 6b

Zet de jurisprudentielijn voort dat absolute ondeugdelijkheid van het object niet in de weg hoeft te staan aan strafbaarheid op grond van artikel 46 Sr.

Aanbeveling 7

Zet de jurisprudentielijn voort dat een aanvallende gedraging in de weg staat aan een beroep op noodweer(exces).

Aanbeveling 8

Ga terughoudend om met het afwijzen van een beroep op noodweer omdat niet is voldaan aan het 'verdedigingsvereiste'.

Aanbeveling 9

Gebruik de uiterlijke verschijningsvorm niet om vast te stellen of sprake is van een 'noodweersituatie'.

Aanbeveling 10

Gebruik de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van uitlokking om te beoordelen of het strafbare feit dat is gevolgd ook het strafbare feit is waartoe is uitgelokt (accessoriteitsvereiste).

Summary

THE CONCEPT OF 'OUTWARD APPEARANCE' IN CRIMINAL LAW

An analysis of the case law of the Supreme Court of the Netherlands

Criminal law judges in the Netherlands, those of first and second instance, as well as the Supreme Court, often use the concept of 'outward appearance' (*uiterlijke verschijningsvorm*) in their judgments, a concept that is neither defined by law, nor by case law. As this concept is used in the context of doctrines which form the core of substantive criminal law, its use can have substantial consequences for the scope of criminal liability. Without a clear view of the use, role and substance of the outward appearance concept, or its place in legal doctrine, its impact however remains uncertain.

First introduced in the legal literature, the concept of outward appearance was recognised by the Supreme Court in 1978. Both in legal literature and in case law, the concept was initially developed within the framework of the doctrine of punishable attempt (regulated in article 45 of the Dutch Criminal Code (DCC)). From 2003 onwards, the concept was transferred to the context of other doctrines, such as those relating to so called 'conditional intent'/*dolus eventualis* (*voorwaardelijk opzet*) (which has no statutory regulation in the Netherlands), punishable preparatory acts (regulated in article 46 DCC) (hereafter: (punishable) preparation) and self-defence (regulated in article 41 DCC). Legal literature on the concept of outward appearance is available, but the concept is mostly discussed within the context of one specific doctrine. Moreover, no consensus seems to exist in legal literature with respect to its substance, the manner in which it is (or should be) used and what its (distinct) role is or should be in the context of the different doctrines. There is very little literature that deals with the concept from a broad, integral perspective. The contributions which do, are only explorative in nature and are based on a limited selection of judgments. A broader view of the meaning of the concept is as such lacking to date, as is a more systematic reflection on the impact of the concept on criminal liability. Moreover, on the basis of literature on the subject, the impression arises that the manner in which the concept is used in the context of diverse doctrines differs. This raises the question as to whether its application is in any way well-considered and systematic.

With my analysis of Supreme Court case law, I aspired to contribute to the systematisation and substantive elucidation of the concept of outward

appearance, in its diverse applications and in an overarching sense. To that end, I first analysed how the concept is used in case law (in the first part of the analysis). This allowed for the identification of the characteristics of the concept and (possible) inconsistencies in its use. As it was the Supreme Court who introduced the concept in case law and gave it shape, I focused on the case law of this judicial entity. Secondly, I tried to unravel the concept of outward appearance by assessing with which existing legal doctrine the concept aligns best (in the second part of the analysis).

I first analysed case law per doctrine (chapters 2-5). As mentioned above, the Supreme Court uses the outward appearance concept in relation to punishable attempt conditional intent, punishable preparation and self-defence. On the basis of my analysis of the case law, I reached the conclusion that the use of the concept within one doctrine is systemic and coherent. The manner in which the concept is used, is laid down in diverse 'standard formulas', which were consistently applied in alternate contexts after the first appearance of the concept in case law relating to them. As such, I named these: the *Cito*-formula (attempt), the *HIV I*-formula (conditional intent), the *Samir A.*-formula (preparation) and the *Fietswiel*-formula (self-defence). Within the distinct doctrines, the outward appearance concept always plays the same role. In relation to attempt and preparation – where the outward appearance concept is used in relation to the *actus reus* or (objective) conduct element (*objectieve zijde*) – it functions as a *criterion*, to determine whether the conduct can be qualified as 'commencement of the performance of the criminal act' (*begin van uitvoering*) within the meaning of article 45 DCC (attempt) or whether the 'instrument' (*voorwerp*) the suspect has in his possession can be regarded as being 'aimed' ('*bestemd*') at the commission of the intended crime within the meaning of article 46 DCC (preparation). In relation to conditional intent and self-defence – where the outward appearance concept is used in relation to the *mens rea* or subjective element (*subjectieve zijde*) – the concept is, however, (only) used as an *(evidentiary) assumption* to determine if the suspect consciously accepted (*aanvaardde*) the significant likelihood that certain consequences would succeed his act (conditional intent) or whether the suspect had the intention to defend himself (self-defence)(hereafter: will to self-defend). Examining the substance of the outward appearance concept, I moreover learned that in the contexts of the diverse doctrines in which it is used, particular circumstances can be identified in the case law of the Supreme Court which play an important role in its application, no matter what the criminal offence at issue is.

Despite this systematic approach however, on some issues case law is not clear. Both in relation to attempt and preparation, it is unclear whether or not the outward appearance concept has a role in relation to assessing whether or not the attempt was defective ('*ondeugdelijk*'). In the context of intent, it is not clear whether or not the outward appearance concept can be used in relation to other concepts of intent/*dolus* than that of conditional intent. Neither is it clear if the concept of outward appearance may be applied in the context

of more than one doctrine, in one and the same case, in the event that multiple doctrines are in play therein.

Although my analysis focused on the case law of the Supreme Court, through explorative study, I also examined case law of district courts and courts of appeal (in chapter 6). I found that in the case law of these courts, the outward appearance concept is used in relation to even more doctrines. As such, I found application thereof in relation to co-perpetration (*medeplegen*), premeditation (*voorbedachte raad*), the exemption of legal qualification as money laundering (*kwalificatie-uitsluitingsgrond bij witwassen*) and the legal qualification of certain objects, conditions and acts. Most of these applications of the concept however, do not seem to be in line with the way the Supreme Court uses it.

Subsequently I compared the use, role and substance the outward appearance concept has (in the case law of the Supreme Court) in relation to the diverse doctrines with one another (chapter 7). This comparison showed that there are several similarities between the different doctrines, especially concerning the *substance* of the concept, which indicates certain characteristics of the concept. Furthermore, the comparison revealed some differences, mainly concerning the *use* and *role* of the concept in relation to the different doctrines. Further scrutiny of these differences, however showed that these differences actually point to certain complementary characteristics of the concept. In this manner, the following overarching characteristics of the concept of outward appearance were identified:

Characteristic 1

The outward appearance concept connects the *actus rea* with the *mens rea*. This way, an interaction between the *actus reus* and the *mens rea* is established.

Characteristic 2

The outward appearance concept is used to establish the purpose of the act.

Characteristic 3

The outward appearance concept is a method which is used to enable classification of facts under a crime description.

Characteristic 4

The outward appearance concept positions the act within its (factual) context.

The outward appearance concept showed all of these characteristics in all the studied judgments of the Supreme Court (cumulatively). This supports the conclusion that the concept is used by the Supreme Court in accordance with certain (implicit) underlying systemic rules.

However, I also found some differences between the use of the concept in relation to the different doctrines which could not be explained nor pointed to certain further characteristics of the concept. These are the following:

Difference 1

The outward appearance concept is used as a *criterion* in cases in which it is applied in relation to the *actus reus* (attempt, preparation). When it is used in relation to the *mens rea* (conditional intent, will to self-defend), the concept, however, is merely an *(evidentiary) assumption*, which moreover is only used in certain cases.

Difference 2

The threshold of proof of the outward appearance concept depends on the doctrinal context in which is it applied. The threshold of the outward appearance is higher when it is used in relation to attempt, than when it is used in relation to preparation. This is because in the context of attempt, the act must not only have the crime as an aim (*gerichtheid op het misdrijf*) (as is also required in relation to preparation), but also a certain proximity to the fulfilment of the crime (*gerichtheid op voltooiing)* is required. When looking only at the objective circumstances that are relevant in the context of the outward appearance, the threshold is higher when the concept is used in relation to conditional intent than when it is used in relation to preparation or attempt (even if the requirement of proximity to the fulfilment of the crime is taken into account). However, when the outward appearance concept is used in relation to preparation and attempt, not only objective circumstances, but also the criminal intent of the suspect (as established by the court), is taken into account in order to interpret the outward appearance of the act.

Difference 3

Where the outward appearance concept is used in relation to the *mens rea* (conditional intent, will to self-defend), the Supreme Court emphasises – in the distinct formulas it uses – the possibility of contra-indications. Where the concept is used in relation to the *actus reus* (attempt, preparation), the Supreme Court leaves this notion out of the formula used.

The identified differences show that, despite the similarities in the use of the concept, the approach therein differs, depending on whether it is applied in relation to the *actus reus* or in relation to the *mens rea*. There seems to be a certain reticence or cautiousness in its use with respect to the *mens rea*. In order to achieve better insight in this regard, I looked at the differences identified in the study from a different perspective (chapter 8). As such, I studied (theoretical) situations, deploying therein the outward appearance concept in relation to multiple doctrines, in one and the same 'case'. This showed that

the interaction between the *actus reus* and the *mens rea* and the thresholds of proof lie at the core of the outward appearance concept.

At first glance, the overarching characteristics of the concept of outward appearance seem to be in line with the 'finality doctrine' ('*finale handelingsleer*') (mainly developed in Germany), according to which intent is part of the act. *Mens rea* and *actus reus* cannot be viewed separately, since a (criminal) act is aimed at a certain goal (see characteristics 1 and 2). The observation that the outward appearance concept places the act within its factual context (characteristic 4), reminds of the appeal made by Peters – who is regarded as the most important representative of the finality doctrine in the Netherlands – to (only) look at the social meaning of the act (and not the psychology behind it). Also, my finding that the interaction between the *mens rea* and the *actus reus* and the thresholds of proof lie at the core of the outward appearance concept, aligns with the finality doctrine. These elements are, after all, also the main elements of that doctrine.

Nonetheless, my analysis also showed that the interaction between the *actus reus* and the *mens rea* differs, depending on whether the outward appearance concept is used in relation to one or the other element. This raises the question as to whether, if the point of departure is that the outward appearance concept can be positioned within the finality doctrine, the same school within this doctrine is always engaged. Moreover, assuming that the outward appearance concept is in fact a 'final concept', the reticence or cautiousness which seems to exist on the part of the Supreme Court in using the outward appearance concept in relation to the *mens rea*, raises the question if the Supreme Court has fully embraced the concept. In the second part of my analysis, I tried to answer these questions by verifying if the outward appearance concept is indeed in line with the finality doctrine (chapters 9 and 10).

To answer these questions, I analysed for each distinct doctrine in the context of which the outward appearance concept is deployed, if it aligns with the finality doctrine as expounded by Welzel – who is seen as the founding father of this doctrine – or rather with that of Peters – who, as mentioned above, is regarded as the most important Dutch representative of this doctrine. In Welzel's doctrine, the *mens rea* is guiding. The act is the manifestation of the final will (*finale Wille*) in the real world (*Realwelt*). Acts are interpreted in light of the final will. The doctrine of Peters is normative, and in a way the complete opposite of Welzel's. According to Peters, the *actus reus* is guiding. Acts have a social meaning, which can only be understood through the context in which they occur. (Criminal) intent is enclosed within the act and 'speaks' from the act. 'Intent' has a normative meaning within the context of the act, which can be 'seen' by everyone. It is important to distinguish from these (substantive law) doctrines, 'finality as an evidentiary method', which is an evidentiary method which was developed in Dutch legal literature. It builds

upon the proposition of Peters that intent 'speaks' from the act and which brings with it that evidence of underlying intent can be derived from the act.

My analysis showed that where the concept of outward appearance is used in relation to the *actus reus* (attempt, preparation), its use and substance are in line with Welzel's doctrine. In the context of preparation, this doctrine seems almost fully implemented. The only exception is the objective approach towards defective instruments in the context of preparatory acts (*ondeugdelijke voorbereidingmiddelen*), which does not align well with Welzel's subjective approach. With respect to attempt, it is even more clear that the finality of the act is not in itself sufficient for criminal liability. In addition to Welzel's doctrine, a certain proximity to the fulfilment of the crime is required (*gerichtheid op voltooiing*). Neither is the objective approach towards defective instruments in the context of attempt (*ondeugdelijke pogingsmiddelen*) and 'defective' victims or objects against whom or which the intended crime is directed (*ondeugdelijk object*) in line with Welzel's doctrine. As such, seen from Welzel's doctrine, both in the case of preparation and attempt, certain restrictions of criminal liability have been built into the case law of the Supreme Court. In the use of the concept of outward appearance in relation to the *mens rea* (conditional intent, the will to self-defend), the concept is neither in line with Welzel's doctrine nor (fully) with that of Peters. Although the substance of the outward appearance concept (the circumstances which are taken into account) is (mostly) in line with Peters's doctrine, the concept is only used in certain cases. In these cases, the outward appearance concept – and as such the finality of the act – serves as an *evidentiary assumption* only. In other words, the outward appearance – and as such the finality of the act – is only used as an evidentiary method when it is used in relation to the *mens rea*.[1]

Looking at all of these findings in consolidation, even though the use of the concept aligns with different schools within the finality doctrine and the extent to which the concept is used differs depending on in relation to which doctrine the concept is used, in the end, the outward appearance concept has as an overarching common feature that it is an evidentiary method which is used to enable the qualification of the facts of a case under the pertinent crime description (characteristic 3) by looking at the finality of the act (characteristics 1, 2 and 4). The outward appearance is, in other words, a 'final concept'. At the same time, it is clear that the Supreme Court has not fully embraced the finality doctrine. The ultimate consequence of embracing the finality doctrine would be that there would no longer be a distinction between the *mens rea*

1 It should be noted that the use of this method is mandatory if a judge – in cases where testimony is lacking – still wishes to come to the proof of conditional intent. He cannot make use of another evidentiary method. Also with self-defence the outward appearance is – in relation to the will to self-defend – the guiding principle. If the threshold of the outward appearance is not met, a claim on self-defence cannot be rejected on the ground that the suspect lacked a will to defend himself.

and the *actus reus* as two separate elements of criminal liability. The fact that the Supreme Court only uses the outward appearance concept as an evidentiary method in relation to the *mens rea* (and only in certain cases) and the cautiousness with which it uses the concept in relation to this element (high thresholds, emphasising the possibility of contra-indications), shows that the Supreme Court still values the distinction between the *mens rea* and the *actus reus* as separate elements. The finality doctrine is not the guiding principle in the case law of the Supreme Court, especially not when it comes to the *mens rea* element.

Taking both these notions (the outward appearance concept is a 'final concept', the finality doctrine is not the guiding principle) into account, I ended my analysis with several recommendations aimed at a more systematic use of the outward appearance concept as a 'final evidentiary method'. These recommendations are as follows:

Recommendation 1

Only use the concept of outward appearance in a manner in which its identified overarching characteristics are maintained in each application. This means that the outward appearance concept should only be used as an evidentiary method to enable the qualification of the facts of a case under the pertinent crime description by looking at the finality of the act.

Recommendation 2a

In the context of attempt, create a clearer distinction between (1) the finality of the act and (2) the additional requirement of proximity to the fulfilment of the crime.

Recommendation 2b

Do not use the concept of outward appearance in relation to the requirement of proximity to the fulfilment of the crime. Instead, name relevant circumstances that point in the direction of the fulfilment of this requirement.

Recommendation 3a

Uphold the case law that there is no punishable attempt where the commission of the crime is impossible (because of the defectiveness of the attempt).

Recommendation 3b

Establish the defectiveness of instruments used for the commission of attempt separately. Take this defectiveness into account as a circumstance when assessing the outward appearance of the act.

Recommendation 3c

Establish the defectiveness of the victim or the object against whom or which the crime is directed, separately. Take this defectiveness into account as a circumstance in relation to the requirement of proximity to the fulfilment of the crime.

Recommendation 4

Also use the outward appearance concept as an evidentiary assumption in the context of other concepts of intent/*dolus* than conditional intent. However, use therein a higher threshold of proof than in relation to conditional intent.

Recommendation 5

Do not require a 'significant likelihood' (*aanmerkelijke kans*) in relation to conditional intent.

Recommendation 6a

With respect to preparation, establish the defectiveness of the instruments which the suspect has in his possession separately. Take this defectiveness into account as a circumstance when establishing the outward appearance of the act.

Recommendation 6b

Uphold the case law that the defectiveness of the victim or object against whom or which the (future) crime is directed, does not stand in the way of criminal liability for preparation.

Recommendation 7

Uphold the case law that the fact that the act was, in its outward appearance, an attack, stands in the way of a successful claim on self-defence.

Recommendation 8

Do not (however) dismiss a claim on self-defence on the basis that the act looked, in its outward appearance, like an attack without careful scrutiny.

Recommendation 9

With respect to self-defence, do not use the outward appearance concept to establish whether or not the suspect was 'immediately and unlawfully attacked' by the alleged victim.

Recommendation 10

Use the concept of outward appearance in the context of soliciting another person to commit an offence (*uitlokking*) in order to establish whether the criminal act which followed was indeed the act that was solicited (accessorial liability requirement; *accessoriteitsvereiste*)).

Aangehaalde literatuur

Altena & Geelhoed 2017
J.G.H Altena & W. Geelhoed, 'Poging: deugdelijkheid en deelneming', *DD* 2017/45.

Arendse 2017(1)
S.S. Arendse, 'Een nieuwe loot aan de stam: de strafbaarstelling van 'eenvoudig' witwassen', *AAe* 2017, p. 139-143.

Arendse 2017(2)
S.S. Arendse, 'De uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht. Een spel zonder spelregels?', *Strafblad* 2017, p. 452-457.

Van Bemmelen 1936
J.M. van Bemmelen 'Modderman en het Wetboek van Strafrecht', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1936, p. 221-236.

Van Bemmelen 1955
J.M. van Bemmelen, *Op de grenzen van het strafrecht,* Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & zoon N.V. 1955.

De Bont & Van Schendel 2018
T. Bont & W. van Schendel, 'Overzichtsarresten van de Strafkamer', *Strafblad* 2018/2.

Buruma 2006
Y. Buruma, 'De gedraging als element van het strafbare feit', *DD* 2006/58.

Buytendijk 1957
F.J.J. Buytendijk, *Algemene theorie der menselijke houding en beweging. Als verbinding en tegenstelling van de fysiologische en psychologische beschouwing,* Utrecht: Het Spectrum/Antwerpen: Standaard 1957.

Corstens/Borgers & Kooijmans 2018
G.J.M. Corstens/J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht,* Deventer: Kluwer 2018.

Das e.a. 2014
A. Das, Y. Piekhaar & N. Tielemans, 'Gelegenheid voor beraad? Over indicaties voor voorbedachte raad, *DD* 2014/54.

Van Dijk 2008
A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen. Over opzet, schuld, schulduitsluitingsgronden en straf* (diss. Groningen), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2008.

Van Dijk 2017
A.A. van Dijk, *Opzet, kans en keuzes. Een analyse van doodslag in het verkeer,* Zutphen: Uitgeverij Paris 2017.
Dolman 2008
M. Dolman, 'Wie streeft, die sneeft', *DD* 2008/31.
Van Dorst 2015
A.J.A. van Dorst, *Cassatie in strafzaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.
Drion 1946
H. Drion, 'Een hergroepering der elementen van artikel 45 W.v.S.', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1946, p. 14-68.

Glastra van Loon 1956
J.F. Glastra van Loon, *Norm en handeling. Bijdrage tot een kentheoretische fundering der sociale wetenschappen*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1956.
Gritter & Sikkema 2008
E. Gritter & E. Sikkema, 'Subjectivering van het Nederlandse strafrecht?', *NJB* 2008/67.

Hazewinkel/Remmelink 1996
J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996.
De Hullu 2018
J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid,* Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Jansen 2015
R. Jansen 'Verdedigingswil bij noodweer', *DD* 2015/43.
D.H. de Jong 2009
D.H. de Jong, 'Karakterverschillen tussen medeplegen en medeplichtigheid', in: E. Gritter (red.), *Opstellen materieel strafrecht,* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 29-43.
F. de Jong 2004
F. de Jong, 'Opzetvaststelling: finaal of intersubjectief', *DD* 2004/53.
F. de Jong e.a. 2007
F. de Jong, T. van Roomen, E. Sikkema, 'Objectiverende tendensen binnen het voorwaardelijk opzet', *DD* 2007, p. 929-958.
F. de Jong 2009
F. de Jong, *Daad-Schuld. Bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijzondere aandacht voor de normativering van het delictsbestanddeel opzet* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
F. de Jong 2019
F. de Jong, 'Opzet en causaliteit, of: 'het algemeen-menselijke' karakter van het strafrechtelijke opzetbegrip', *DD* 2019/11.

Kelk & De Jong 2019
C. Kelk & F. De Jong, *Studieboek materieel strafrecht,* Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Van Kessel 2012
L.F. van Kessel, 'Diversiteit van de uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht', *Strafblad* 2012, p. 308-316.
Keulen 2009
B.F. Keulen, 'Grenzen aan de strafbare voorbereiding', in: E. Gritter (red.), *Opstellen materieel strafrecht,* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 45-76.
Keulen 2016
B.F. Keulen, 'Eenvoudig (schuld)witwassen', *DD* 2019/9.
Kooijmans 2014(1)
T. Kooijmans, 'Voorbereiding: bestemd tot het begaan van dat misdrijf?', *AAe* 2014, p. 208-213.
Kooijmans 2014 (2)
T. Kooijmans, 'Witwassen: communicatie tussen rechter en wetenschap, maar waar is de wetgever?', *DD* 2014/39
Koopmans 2017
F.A.J. Koopmans/F.W. Bleichrodt e.a., *Het beslissingsmodel van 348/350 Sv,* Deventer: Wolters Kluwer 2017.
Knigge 2003
G. Knigge, 'Het opzet van de deelnemer', in: J. Simmelink & M.S. Groenhuijsen (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 291-322.
Knigge & Wolswijk 2015
G. Knigge en H.D. Wolswijk, *Ons strafrecht Deel 1. Het materiële strafrecht,* Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Machielse 1986
A.J.M. Machielse, *Noodweer in het strafrecht. Een rechtsvergelijkende en dogmatische studie* (diss. Amsterdam UvA), Baarle-Nassau: Em. De Jong B.V. 1986.
Machielse 2008
A. Machielse, 'De opmars van de uiterlijke verschijningsvorm', in: A.A. Franken, M. de Langen & M. Moerings (red.), *Constante waarden. Liber amicorum prof.mr. C. Kelk,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 233-244.

NLR
Noyon/Langemeijer/Remmelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer (losbl).
Nieboer 1978
W. Nieboer, *Wetens en Willens,* Arnhem: Gouda Quint BV 1978.
Nieboer 1991
W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht,* Arnhem: Gouda Quint BV 1991.

Pelser 2004
C.M. Pelser, 'Samenspanning: over *overt act* en uiterlijke verschijningsvorm', in: M.M. Boone et al. (red.), *Discretie in het strafrecht,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 175-194.
Peters 1966
A.A.G. Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht,* Deventer: Kluwer 1966.

Politoff & Koopmans 1988
S.I. Politoff & F.A.J. Koopmans, *Schuld*, Arnhem: Gouda Quint B.v. 1988.
Postma 2014
A. Postma, *Opzet en toerekening bij medeplegen. Een rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Groningen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014.

Reijntjes 2003
J.M. Reijntjes, 'Het aantonen van opzet. Over de verhouding tussen vorm en materie in het strafrecht', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.M.H. Simmelink, *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu,* Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 473-490.
De Roos 2007
Th.A. de Roos, 'Samir A. – absoluut ondeugdelijke voorbereiding?', *AAe* 2007, p. 691-695.
Rozemond 1994
K. Rozemond, 'De algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen in het licht van de pogingsjurisprudentie van de Hoge Raad', *DD* 1994, p. 651-675.
Rozemond 2007
N. Rozemond, 'De subjectivering van het Nederlandse strafrecht', *NJB* 2007/1836.
Rozemond 2008
K. Rozemond, 'Hoe subjectief is de "daadwerkelijke voorbereiding"? Naschrift', *NJB* 2008/68.
Rozemond 2011
K. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi 2011.

Sikkema 2012
E. Sikkema, *Voorbereidingshandeling,* Nijmegen: Ars Aequi 2012.
Van Sliedregt 2010
E. van Sliedregt, 'Strafbare voorbereiding na Samir A. Daadwerkelijke voorbereiding?', *AAe* 2010, p. 890-896.
Smidt I
H.J. Smidt, tweede druk bewerkt door J.W. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Deel I*, Haarlem: Tjeenk Willink 1891.
Smith 2003
P. Smith, *Strafbare voorbereiding. Een rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
Strijards 1995
G.A.M. Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

T&C Sr
C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst en Commentaar Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online; bijgewerkt t/m 1 juli 2019).
T&C Sv
C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst en Commentaar Strafvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (online; online bijgewerk t/m 1 juli 2019).

Vellinga 1982
W.H. Vellinga, *Schuld in spiegelbeeld,* Arnhem: Gouda Quint B.V. 1982.
Van Verseveld 2016
A. van Verseveld, 'Noodweer: de Hoge Raad geeft een overzicht', *DD* 2016/34.
Ten Voorde 2017
J.M. ten Voorde, 'Absoluut ondeugdelijke poging gerelativeerd', *AAe* 2017, p. 126-131.
Vetzo 2016
M.J. Vetzo, 'Strafbare poging en formeel omschreven delicten: een bespreking naar aanleiding van HR 30 juni 2015, *NJ* 2015/403', *DD* 2016/73.

Welzel 1965
H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlijn: Walter de Gruyter & co. 1965.
Wolswijk 2009
H.D. Wolswijk, 'Middelen en wijzen van uitlokking. Een vergelijking tussen Nederlands en Duits recht, in: E. Gritter (red.), *Opstellen materieel strafrecht,* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 215-245.

Aangehaalde jurisprudentie Hoge Raad

Strafbare poging

Afpersing
- HR 8 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0501, *NJ* 1988/612, m.nt. 't Hart (*Grenswisselkantoor/GWK*).
- HR 8 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0645, *NJ* 1988/896, m.nt. Mulder (*Wella*).
- HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2776 (*Drugsdeal*).

Bevrijding van een gevangene
- HR 3 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AB8227, *NJ* 1984/375 (*C.s.*).

Brandstichting/ontploffing
- HR 19 maart 1934, *NJ* 1934/450, m.nt. Schalken (*Eindhovense brandstichting*).
- HR 24 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC9006, *NJ* 1992/815, m.nt. Taverne (*Hoevense brandstichting*).
- HR 7 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4142 (*Jerrycan*).
- HR 13 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6709, *NJ* 2007/171 (*Gasexplosie*).

Diefstal
- HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, *NJ* 1979/52, m.nt. Van Veen (*Cito*).
- HR 15 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC3984, *NJ* 1980/245, m.nt. Van Veen (*Lexanruit*).
- HR 22 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1519, *NJ* 1999/636.
- HR 7 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI1588, *NJ* 2004/63 (*Bankpas zonder pincode*).
- HR 2 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9806, *NJ* 2005/275.
- HR 3 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9152, *NJ* 2009/138 (*Ramkraak I*).
- HR 3 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9155 (*Ramkraak II*).
- HR 3 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9157 (*Ramkraak III*).
- HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5443.
- HR 22 maart 2001, ECLI:NL:HR:2013:BP2627, *NJ* 2013/159, m.nt. Mevis.
- HR 12 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN4351, *NJ* 2011/358 (*PTT*).
- HR 16 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2671 (*Telcentrum I*).
- HR 16 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2675 (*Telcentrum II*).
- HR 19 april 2014, ECLI:NL:HR:2016:683 (*Woninginbraak*).

Mensenhandel
- HR 2 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2806, *NJ* 2002/187 (*Liefdesbrieven*).

Moord/doodslag
- HR 24 februari 1948, *NJ* 1948/272, m.nt. Pompe (*Arsenicum*).
- HR 29 mei 1951, *NJ* 1951/480 (*Poging gasmoord/Hamer*).
- HR 23 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9921, *NJ* 1988/420, m.nt. Mulder (*Wurging*).
- HR 14 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9588, *NJ* 1994/293 (*Lucifer*).
- HR 1 juli 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0511, *NJ* 1997/427 (*Het Trefpunt*).
- HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6612, *NJ* 2005/164.
- HR 19 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ2169, *NJ* 2007/29 (*Eemskanaal*).
- HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6466, *NJ* 2012/517, m.nt. Keijzer (*Stadhuis Almelo)*.
- HR 6 december 2012, ECLI:NL:HR:2016:2761, *NJ* 2019/398, m.nt. Wolswijk (*Kinderdoodslag*).
- HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2763, *NJ* 2017/198.
- HR 14 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:421.

Oplichting
- HR 6 maart 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7279, *NJ* 1979/296 (*Autolening*).
- HR 8 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC8475, *NJ* 1993/321 (*Videodozen*).
- HR 12 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3587 (*Kastje*).
- HR 26 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6180, *NJ* 2007/366 (*Milieu-inspecteur*).
- HR 12 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5705, *NJ* 2009/237 (*CBR*).
- HR 26 juni 1028, ECLI:NL:HR:2018:1006.

Verboden voorwerpen
- HR 18 november 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9559, *NJ* 1987/276, m.nt. 't Hart.
- HR 20 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0821, *NJ* 1990/32, m.nt. Van Veen (*Heroïne in Utrecht I*).
- HR 20 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0822, *NJ* 1990/33, m.nt. Van Veen (*Heroïne in Utrecht II*).
- HR 31 augustus 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1187, *NJ* 2004/592 (*Vuurwerk*).
- HR 17 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:436, *NJ* 2007/436, m.nt. Reijntjes (*Cocaïne*).
- HR 7 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5707 (*Weed*).
- HR 17 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ3565, *NJ* 2010/337, m.nt. Borgers (*Kweekruimte I*).
- HR 17 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ3566 (*Kweekruimte II*).
- HR 15 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9971, *NJ* 2011/95 (*Heroïne uit Roemenië*).
- HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, *NJ* 2015/403, m.nt. Rozemond (*Vuurwapen*).
- HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:575, *NJ* 2016/318, m.nt. Rozemond (*Hasjiesj uit Marokko*).
- HR 2 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:975, *NJ* 2020/244.

Vervalsing
- HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ8635, *NJ* 2013/280 (*Vervalsen betaalpassen*).

Vrijheidsberoving
- HR 15 maart 2015, ECLI:NL:HR:2005:AR3260 (*Omhelzing*).

Zeden
· HR 13 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1093.
· HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:579, *NJ* 2017/290, m.nt. Mevis (*Ponypark*).
· HR 12 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1736, *NJ* 2020/36, m.nt. Jörg.

(VOORWAARDELIJK) OPZET

Ambtelijke omkoping
· HR 9 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1083 (niet gepubliceerd).

Belastingfraude
· HR 29 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB8977, *NJ* 2009/130, m.nt. Buruma (*Kasrondje*).

Bedreiging
· HR 9 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1892 (*Snackbar*).

Conclusie AG
· Conclusie 28 augustus 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1124.

Beschadiging
· HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:718, *NJ* 2019/103, m.nt. Wolswijk (*American Staffords*).

Brandstichting
· HR 4 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4265 (*Vuurpijl*).

Mishandeling
· HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR1860, *NJ* 2005/154, m.nt. D.H. de Jong (*HIV III*).
· HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY9659, *NJ* 2007/313, m.nt. Buruma (*HIV IV*).
· HR 15 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BA7888, *NJ* 2008/609, m.nt. Mevis (*Uitgeweken*).
· HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087, *NJ* 2008/375 (*Vliegende tackle*).
· HR 28 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4435 (*Parkeerwacht*).
· HR 6 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7977 (*Beveiliger*).
· HR 13 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7123, *NJ* 2012/12 (*Schouderduw*).
· HR 27 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6362, *NJ* 2012/301, m.nt. Keijzer (*Groninger HIV*).
· HR 15 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5166 (*Flessenhals*).
· HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9985 (*Huiselijk geweld*).
· HR 18 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY5326, *NJ* 2013/55 (*Zandheuvel*).
· HR 23 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1699 (*Wijnglas*).
· HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:862, *NJ* 2017/67, m.nt. Mevis (*JS*).
· HR 27 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:453, *NJ* 2019/192, m.nt. Wolswijk (*Gebalde Vuist*).

- HR 24 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:659, *NJ* 2019/193, m.nt. Wolswijk (*Bokser*).
- HR 3 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1051 (*Overzichtsarrest zwaar lichamelijk letsel*).
- HR 23 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1093.

Moord/doodslag
- HR 23 juli 1937, ECLI:NL:HR:1937:287, *NJ* 1938/869, m.nt. Pompe.
- HR 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0139, *NJ* 1997/199, m.nt. 't Hart (*Porsche*).
- HR 17 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE6118.
- HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003/552 (*HIV I*).
- HR 24 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8058, *NJ* 2003/555 (*HIV II*).
- HR 17 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9360, *NJ* 2004/323 (*Doodslag in Sint-Michielsgestel*).
- HR 24 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1498, *NJ* 2004/375, m.nt. Mevis (*Drugsroof*).
- HR 16 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2368, *NJ* 2007/120 (*Vleesmes*).
- HR 5 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1668, *NJ* 2006/663 (*Spookrijder*).
- HR 19 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1658 (*Verstikking*).
- HR 2 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7924 (*Rijswijkse stoeptegelmoord*).
- HR 8 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5982, *NJ* 2008/233 (*Kraakpand*).
- HR 10 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6631, *NJ* 2009/111.
- HR 29 september 2009, ECLI:NL:HR:BI4736, *NJ* 2010/117, m.nt. Keijzer (*Lekkanaal*).
- HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5260, *NJ* 2012/131 (*Dakkapel*).
- HR 17 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3081 (*Vol café*).
- HR 30 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5396, *NJ* 2013/111, m.nt. Keijzer (*Geparkeerde auto*).
- HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6742, *NJ* 2013/112, m.nt Keijzer.
- HR 5 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2960.
- HR 17 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:347, *NJ* 2015/117 (*Vrachtwagen*).
- HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3349, *NJ* 2016/59, m.nt. Keijzer (*Betalingsruzie*).
- HR 19 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:691, *NJ* 2016/258, m.nt. Keijzer (*In het mes gelopen*).
- HR 13 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2060, *NJ* 2016/421 (*Veiligheidspal*).
- HR 24 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:60, *NJ* 2017/375, m.nt. Keulen (*Knallen*).
- HR 30 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:973, NJ 2017/250 (*Stiefvader*).
- HR 30 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:117 (*Doorzeefde auto*).
- HR 26 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1007, *NJ* 2018/337, m.nt. Reijntjes (*Stiefmoeder*).
- HR 19 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:389, *NJ* 2019/150 (*Alcoholrijder*).

STRAFBARE VOORBEREIDING

- HR 18 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ0535 (*Ford Transit I*).
- HR 18 november 2003, ECLI:NL:HR:AJ0517 (*Ford Transit II*).
- HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0213 (*Samir A.*).
- HR 7 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH9025, *NJ* 2009/401 (*Bestorming ADO-home*).
- HR 12 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1956, *NJ* 2013/133 (*Bristol*).

- HR 28 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:179, *NJ* 2014/107 (*Opel Vectra*).
- HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1233, *NJ* 2014/338, m.nt. Rozemond (*Richard*).
- HR 4 november 2014, ECLI:Nl:HR:2014:3081, *NJ* 2015/185, m.nt. Rozemond (*Prinsjesdag*).
- HR 9 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1503, *NJ* 2015/450, m.nt. Reijntjes (*Holland Casino*).

NOODWEER(EXCES)

- HR 10 februari 1987, *NJ* 1987/950.
- HR 24 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC8255, *NJ* 1990/353, m.nt. 't Hart (*Gezochte confrontatie*).
- HR 16 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR2443, *NJ* 2007, 467.
- HR 8 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4788, *NJ* 2010/339 (*Fietswiel*).
- HR 15 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT2175, *NJ* 2012/474, m.nt. Borgers (*Afrollen*).
- HR 17 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9085 (*Uitgaansgeweld*).
- HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:2018, *NJ* 2016/154, m.nt. Rozemond (*Portiek*).
- HR 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, *NJ* 2016/316, m.nt. Rozemond (*Overzichtsarrest noodweer(exces)*).
- HR 3 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:496, *NJ* 2018/200 (*Cafédeur*).
- HR 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1762 (*IJmeerdijk*).
- HR 14 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:715, *NJ* 2019/218 (*Schietpartij in Almere*).
- HR 8 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1550.

Conclusie AG
- Conclusie 13 oktober 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BJ3255.
- Conclusie 26 mei 2015, ECLI:NL:PHR:2015:668, *NJ* 2015/271.
- Conclusie 13 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:949.
- Conclusie 10 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:313.

MEDEPLEGEN

- HR 28 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9962, *NJ* 2003/142, m.nt. Schalken (*Veghel*).
- HR 3 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1307, *NJ* 2014/511, m.nt. Mevis (*Vluchtauto*).
- HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, *NJ* 2015/390, m.nt. Mevis (*Overzichtsarrest medeplegen*).
- HR 6 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:10, *NJ* 2015/399, m.nt. Mevis.
- HR 24 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:716, *NJ* 2015/395 m.nt. Mevis.
- HR 14 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:928, *NJ* 2015/393, m.nt. Mevis (*Tasjesroof*).
- HR 1 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2453.
- HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1316, *NJ* 2016/411, m.nt. Rozemond.
- HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1323, *NJ* 2016/412, m.nt. Rozemond (*VW Polo*).
- HR 20 september 2016, ECLI:NL:HR:2126, *NJ* 2016/420.
- HR 7 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:371, *NJ* 2017/246.
- HR 27 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:432, *NJ* 2018/253.

· HR 22 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:741, *NJ* 2018/358.
· HR 17 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1358.

VOORBEDACHTE RAAD

· HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:963, *NJ* 2014/156 (*Standaardarrest voorbedachte raad*).
· HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:469 (*Bar*).
· HR 14 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2962 (*Sint Odolphusstraat*).
· HR 13 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:48, *NJ* 2015/65 (*Pilaar*).
· HR 20 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:93, *NJ* 2015/77 (*V.*).
· HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1233.

DUIDING VAN VOORWERPEN, TOESTANDEN EN GEDRAGINGEN

· HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7954, *NJ* 2001/14 (*Krulsla*).
· HR 17 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF0625, *NJ* 2003/9.
· HR 1 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1715, *NJ* 2008/408.
· HR 18 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:663.
· HR 22 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:964, *NJ* 2014/255.
· HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3632.
· HR 3 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1055.
· HR 11 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:902.

Conclusie AG
· Conclusie 10 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1356.
· Conclusie 18 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1255.
· Conclusie 28 mei 2019, ECLI:NL:PHR:2019:547.

KWALIFICATIE-UITSLUITINGSGROND BIJ WITWASSEN

· HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:BX6910, *NJ* 2013/266.
· HR 13 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2842, *NJ* 2017/218.
· HR 26 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2499, *NJ* 2019/102, m.nt. Reijntjes (*Witwassen*).

Conclusie AG
· Conclusie 12 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:221.

Aangehaalde lagere rechtspraak

Poging
- Hof Leeuwarden 18 april 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AT4108.

Voorwaardelijk opzet
- Rb. Gelderland 7 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1512.
- Hof Leeuwarden 27 juli 2007, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR3370.
- Hof Amsterdam 19 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:3908.
- Hof Den Haag 20 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3703.

Voorbereiding
- Hof Den Haag, 31 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY1795.

Medeplegen
- Rb. Utrecht 11 mei 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW5536.

Voorbedachte raad
- Rb. Den Haag 8 juni 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW7864.
- Hof Den Haag 23 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:4813.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 26 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8947.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 26 april 2013 ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8949.

Roepnamenregister uitspraken Hoge Raad

Afrollen
ECLI:NL:HR:2011:BT2175, *NJ* 2012/474
5 | 2; 3.1.1; 3.1.5.2; 3.1.5.3; 4.1.2; 4.1.5; 4.3; 4.3.2

Alcoholrijder
ECLI:NL:HR:2019:389, *NJ* 2019/150
3 | 2.1.5.2; 2.2.2; 3.1.3; 3.7.2; 3.7.5; 3.7.7

American Staffords
ECLI:NL:HR:2018:718, *NJ* 2019/103
3 | 2.2; 3.4; 3.7.2; 3.7.5; 3.8.1.2
10 | 2.5.1

Arsenicum
NJ 1948/272
2 | 2.2.3.2

Autolening
ECLI:NL:HR:1979:AB7279, *NJ* 1979/296
2 | 2.1.4; 3.2; 3.12.1.1; 3.12.3.3

Bankpas zonder pincode
ECLI:NL:HR:2003:AI1588, *NJ* 2004/63
1 | 3.1.2
2 | 2.2.1; 2.2.2.2; 2.2.3.2; 3.1
S | 3.1.2.1

Bar
ECLI:NL:HR:2014:469
6 | 3

Bestorming ADO-home
ECLI:NL:HR:2009:BH9025, *NJ* 2009/401
4 | 4.1.2
8 | 3

Betalingsruzie
ECLI:NL:HR:2015:3349, *NJ* 2016/59
3 | 2.1.5.1; 3.1.2.1
S | 3.2.1

Beveiliger
ECLI:NL:HR:2011:BQ7977
3 | 3.2.3

Bokser
ECLI:NL:HR:2018:659, *NJ* 2019/193
3 | 2.1.5.2; 3.2.2; 3.7.6; 3.7.8; 3.8.1.3

Bristol
ECLI:NL:HR:2013:BZ1956, *NJ* 2013/133
4 | 1; 2; 3.1.3; 3.1.5.2; 4.1.3; 4.1.6; 4.1.8

Cafédeur
ECLI:NL:HR:2018:496, *NJ* 2018/200
1 | 3.4.2
5 | 2; 3.1.5.2; 4.1.3; 4.1.6; 4.1.8; 4.3; 4.3.1

CBR
ECLI:NL:HR:2009:BH5705, *NJ* 2009/237
2 | 3.2

Cito
ECLI:NL:HR:1978:AC6373, *NJ* 1979/52
1 | 1; 2; 3.1.1; 3.3.1
2 | 1; 2.1.1.1; 2.1.4; 2.1.1.2; 2.2.3.2; 3.1; 3.2.2; 3.5.2 3.12.1.1; 3.12.2; 3.12.2.1; 3.12.2.3 3.12.2.4; 3.12.3.3

Cocaïne
ECLI:NL:HR:2007:436, *NJ* 2007/436
2 | 3.6.2; 3.12.1.2; 3.12.3.4

C.s.
ECLI:NL:HR:1984:AB8227, *NJ* 1984/375
2 | 3.3; 3.12.1.2

Dakkapel
ECLI:NL:HR:2012:BU5260, *NJ* 2012/131
3 | 2.1.1; 2.1.4; 2.1.5.1; 3.1.2.2; 3.1.6; 3.7.3; 3.7.7
10 | 2.5.2

Doodslag in Sint-Michielsgestel
ECLI:NL:HR:2004:AN9360, *NJ* 2004/323
3 | 3.1.3.2

Doorzeefde auto
ECLI:NL:HR:2018:117
3 | 2.1.4; 2.1.5.1; 2.1.5.2; 2.2.2; 3.1.2.2; 3.1.6; 3.7.3

Drugsdeal
ECLI:NL:HR:2016:2776
2 | 2.2.4

Drugsroof
ECLI:NL:HR:2004:AO1498, *NJ* 2004/375
1 | 3.2
3 | 2.1.5.2; 3.1.2.1; 3.7.10
9 | 4

Eemskanaal
ECLI:NL:HR:2006:AZ2169, *NJ* 2007/29
2 | 2.4; 3.4.1

Eindhovense brandstichting
NJ 1934/450
1 | 2
2 | 3.1; 3.12.2.2; 3.12.2.6

Fietswiel
ECLI:NL:HR:2010:BK4788, *NJ* 2010/339
1 | 1; 2
5 | 1; 2; 3.1.1; 3.1.2; 3.1.5.1; 3.1.5.2; 4.1.2; 4.1.4; 4.3.1; 4.3.2

Flessenhals
ECLI:NL:HR:2012:BW5166
3 | 2.1.4; 3.2.1; 3.7.3; 3.7.8

Ford Transit I
ECLI:NL:HR:2003:AJ0535
1 | 1; 2; 3.3.1
4 | 2; 3.1.1; 3.1.3; 3.1.5.2; 4.1.2; 4.1.3; 4.1.4; 4.1.5; 4.1.7; 4.2

Ford Transit II
ECLI:NL:HR:AJ0517
1 | 2; 3.3.1
4 | 2; 3.1.1; 3.1.3; 3.1.5.2; 4.1.4; 4.1.7

Gasexplosie
ECLI:NL:HR:2007:AZ6709, *NJ* 2007/171
2 | 2.5; 3.7; 3.12.2.1; 3.12.2.4

Gebalde vuist
ECLI:NL:HR:2018:453, *NJ* 2019/192
3 | 3.1.2.1; 3.2.1.2; 3.2.2; 3.7.6

Geparkeerde auto
ECLI:NL:HR:2012:BX5396, *NJ* 2013/111
3 | 2.1.5.1; 2.2.1; 2.2.2; 3.1.4; 3.1.6; 3.7.2; 3.7.3; 3.7.7; 3.7.8
10 | 2.5.1

Gezochte confrontatie
ECLI:NL:HR:1989:ZC8255, *NJ* 1990/353
5 | 4.1.2

Groninger HIV
ECLI:NL:HR:2012:BT6362, *NJ* 2012/301
3 | 3.1.1

GWK (Grenswisselkantoor)
ECLI:NL:HR:1987:AC0501, *NJ* 1988/612
1 | 3.1.1;
2 | 2.1.1.2; 3.5; 3.12.2.1; 3.12.2.3
10 | 3.3.1.2

Hasjiesj uit Marokko
ECLI:NL:HR:2016:575, *NJ* 2016/318
1 | 3.1.1
2 | 2.1.1.2; 3.6; 3.6.2; 3.12.2; 3.12.3.3; 3.12.3.4
10 | 3.3.1.2

Heroïne in Utrecht I
ECLI:NL:HR:1989:AD0821, *NJ* 1990/32
2 | 3.6.2; 3.12.2

Heroïne in Utrecht II
ECLI:NL:HR:1989:AD0822, *NJ* 1990/33
2 | 3.6.2

Heroïne uit Roemenië
ECLI:NL:HR:2011:BO9971, *NJ* 2011/95
2 | 2.1.5.2; 3.6; 3.6.2; 3.12.3.3
10 | 3.3.1.2

HIV I
ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003/552
1 | 1; 2; 3.2
3 | 1; 2.1.1; 2.1.5.2; 3.1.1; 3.7.2; 3.7.5; 3.7.7
9 | 4
10 | 1
S | 3.2.2

HIV II
ECLI:NL:HR:2003:AF8058, *NJ* 2003/555
3 | 3.1.1
S | 3.2.2

HIV III
ECLI:NL:HR:2005:AR1860
3 | 3.1.1
S | 3.2.2

HIV IV
ECLI:NL:HR:2007:AY9659, *NJ* 2007/313
1 | 3.2
3 | 3.1; 3.1.1
S | 3.2.2

Hoevense brandstichting
ECLI:NL:HR:1992:ZC9006, *NJ* 1992/815
2 | 2.1.1.2; 3.7; 3.12.2.1; 3.12.2.2
3.12.3.4

Holland Casino
ECLI:NL:HR:2015:1503, *NJ* 2015/450
4 | 2; 3.1.1; 3.1.3; 3.1.4; 3.1.5.2; 3.1.5.3; 4.1.2; 4.1.3; 4.1.5

Huiselijk geweld
ECLI:NL:HR:2012:BW9985
3 | 3.1.2.1; 3.2.1.2; 3.2.2; 3.7.6

IJmeerdijk
ECLI:NL:HR:2018:1762
5 | 2; 4.1.2; 4.1.3; 4.1.4; 4.3.1; 4.3.2

In het mes gelopen
ECLI:NL:HR:2016:691, *NJ* 2016/258
1 | 3.2
3 | 2.1.5.7; 2.3; 3.1.2.1; 3.2.1.2; 3.7.2

Jerrycan
ECLI:NL:HR:2004:AR4142
2 | 3.7; 3.12.1.1; 3.12.2.1; 3.12.2.4 3.12.3.3

JS
ECLI:NL:HR:2016:862, *NJ* 2017/67
1 | 3.2
3 | 2.1.5.1; 2.1.5.2; 2.1.5.3; 2.1.5.7; 3.2.4
10 | 2.4; 2.6

Kasrondje
ECLI:NL:HR:2008:BB8977, *NJ* 2009/130
3 | 3.5; 3.7.5; 3.7.7

Kastje
ECLI:NL:HR:2007:AZ3587
2 | 2.2.4

Kinderdoodslag
ECLI:NL:HR:2016:2761, *NJ* 2019/398
1 | 3.1.2
2 | 2.2.3; 2.2.5; 3.4.1
6 | 2.2.1.2
8 | 4.2
S | 3.1.2

Knallen
ECLI:NL:HR:2017:60, *NJ* 2017/375
3 | 2.1.5.1; 3.1.3; 3.1.6; 3.7.4

Kraakpand
ECLI:NL:HR:2008:BC5982, *NJ* 2008/233
3 | 2.2.1; 2.2.2; 3.1.2.1; 3.7.8
S | 3.5

Krulsla
ECLI:NL:HR:2000:AA7954, *NJ* 2001/14
6 | 5

Kweekruimte I & II
ECLI:NL:HR:2009:BJ3565, *NJ* 2010/337
ECLI:NL:HR:2009:BJ3566
2 | 2.1.5.2; 3.6.3; 3.6.4

Lekkanaal
ECLI:NL:HR:BI4736, *NJ* 2010/117
3 | 3.1.3; 3.1.5.2; 3.1.6; 3.7.4; 3.7.8; 3.7.9; 3.8.2
8 | 2.2
10 | 2.5.2

Lexanruit
ECLI:NL:HR:1980:AC3984, *NJ* 1980/245
2 | 2.2.3.2

Liefdesbrieven
ECLI:NL:HR:2001:AB2806, *NJ* 2002/187
1 | 2
2 | 1; 2.1.1.2; 2.1.5.2; 3.8; 3.12.1; 3.12.1.1; 3.12.1.3; 3.12.3.4

Lucifer
ECLI:NL:HR:1993:ZC9588, *NJ* 1994/293
2 | 3.4; 3.7.2; 3.12; 3.12.1.1; 3.12.2.1 3.12.2.4

Milieu-Inspecteur
ECLI:NL:HR:2007:AZ6180, *NJ* 2007/366
2 | 2.2.3; 2.2.5; 3.2.2

Omhelzing
ECLI:NL:HR:2005:AR3260
2 | 2.1.1; 2.1.5.2; 3.9; 3.12.1.1; 3.12.1.3

Opel Vectra
ECLI:NL:HR:2014:179, *NJ* 2014/107
4 | 1; 2; 3.2; 4.1.1; 4.1.2; 4.1.7; 4.1.8
10 | 4.2.2

Overzichtsarrest medeplegen
ECLI:NL:HR:2014:3474, *NJ* 2015/390
1 | 2
6 | 2.2; 2.2.1.1
S | 3.5

Overzichtsarrest noodweer(exces)
ECLI:NL:HR:2016:456, *NJ* 2016/316
1 | 3.4.2
5 | 1; 2; 3.1.1; 3.1.6; 3.2; 4.3

Overzichtsarrest zwaar lichamelijk letsel
ECLI:NL:HR:2018:1051
3 | 3.2.2

Parkeerwacht
ECLI:NL:HR:2011:BQ4435
3 | 3.2.3

Pilaar
ECLI:NL:HR:2015:48, *NJ* 2015/65
6 | 3

Poging gasmoord/Hamer
NJ 1951/480
1 | 2; 3.1.1
2 | 3.1.2; 3.12.2.2

Ponypark
ECLI:NL:HR:2017:579, *NJ* 2017/290
2 | 2.2.2; 3.11
8 | 4.2
S | 3.1.2

Porsche
ECLI:NL:HR:1996:ZD0139, *NJ* 1997/199
3 | 3.1.3; 3.1.5.2; 3.7.2; 3.7.9
9 | 3
10 | 2.3.3

Portiek
ECLI:NL:HR:2016:2018, *NJ* 2016/154
1 | 3.4.2
5 | 2; 3.1.5.1; 3.1.5.2; 4.1.2; 4.1.3; 4.1.4; 4.1.7; 4.3.1; 4.3.2
10 | 5.3

Prinsjesdag
ECLI:Nl:HR:2014:3081, *NJ* 2015/185
4 | 1; 2; 3.2; 3.3.2; 4.1.2; 4.1.3; 4.1.5; 4.1.6; 4.17
8 | 3

PTT
ECLI:NL:HR:2011:BN4351, *NJ* 2011/358
2 | 2.1.4; 2.5; 3.1; 3.12.1.1; 3.12.2.1
3.12.2.3; 3.12.3.3; 3.12.3.4

Ramkraak I, II & III
ECLI:NL:HR:2009:BG9152, *NJ* 2009/138
ECLI:NL:HR:2009:BG9155
ECLI:NL:HR:2009:BG9157
2 | 3.1; 3.6.2.2; 3.12.1.3; 3.12.2.5

Richard
ECLI:NL:HR:2014:1233, *NJ* 2014/338
1 | 3.1.2; 3.3
4 | 1; 2; 3.3.3; 3.3.4; 4.1.2; 4.1.5; 4.1.6
8 | 4.2
10 | 3.4.1; 4.3
S | 3.1.2

Rijswijkse stoeptegelmoord
ECLI:NL:HR:2007:BA7924
3 | 2.1.4; 3.1.4; 3.7.2; 3.7.3

Samir A.
ECLI:NL:HR:2007:AZ0213
1 | 1; 3.3; 3.7
4 | 1; 2; 3.1.3; 3.1.5.2; 3.1.6; 3.2; 3.3; 4.1.2;
4.1.3; 4.1.4; 4.1.5; 4.1.6; 4.1.7; 4.1.8; 4.2
8 | 4.1; 4.2
10 | 1; 4.2.2; 4.3
S | 3.3.2

Schietpartij in Almere
ECLI:NL:HR:2019:715, *NJ* 2019/218
1 | 3.4.2
5 | 2; 4.1.2; 4.1.5; 4.1.6; 4.1.8; 4.3; 4.3.1

Schouderduw
ECLI:NL:HR:2011:BT7123, *NJ* 2012/12
3 | 3.2.2; 3.7.8

Sint Odolphusstraat
14 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2962
6 | 3

Snackbar
ECLI:NL:HR:2018:1892
3 | 2.1.5.1; 2.3; 3.6; 3.7.4; 3.8.1.3

Spookrijder
ECLI:NL:HR:2006:AZ1668, *NJ* 2006/663
3 | 2.1.5.1; 2.1.5.2; 3.1.3; 3.1.6; 3.7.3;
3.7.4; 3.8.2

Stadhuis Almelo
ECLI:NL:HR:2012:BT6466, *NJ* 2012/517
2 | 2.5
3 | 3.4; 3.6.2.2; 3.12; 3.12.2.3; 3.12.2.4;
3.12.2.5; 3.12.3.3; 3.12.3.4
S | 3.1.1

Standaardarrest voorbedachte raad
ECLI:NL:HR:2013:963, *NJ* 2014/156
4 | 3.1.5.2
6 | 3.2.3.2; 3.2.4
S | 3.5

Stiefmoeder
ECLI:NL:HR:2018:1007, *NJ* 2018/337
3 | 2.2.2; 3.1.5; 3.1.6; 3.2.2; 3.7.2;
3.7.4; 3.7.5; 3.7.6; 3.7.9; 3.8.1.3; 3.8.2
8 | 2.2

Stiefvader 3 | 2.1.5.2; 3.1.2.2; 3.8.2
ECLI:NL:HR:2017:973, NJ 2017/250 8 | 5

Tasjesroof 6 | 2
ECLI:NL:HR:2015:928, *NJ* 2015/393

Telcentrum I & II 2 | 3.1; 3.10.2; 3.12.1.2; 3.12.2.2
ECLI:NL:HR:2014:2671 3.12.2.4; 3.12.2.5; 3.12.2.6
ECLI:NL:HR:2014:2675

Trefpunt, het 2 | 3.4.1; 3.12.1.1; 3.12.1.2
ECLI:NL:HR:1996:ZD0511, *NJ* 1997/427 8 | 2.1

Uitgaansgeweld 5 | 2; 3.1.1; 4.1.2; 4.1.4; 4.1.6; 4.3.1;
ECLI:NL:HR:2012:BV9085 4.3.2

Uitgeweken 1 | 3.2
ECLI:NL:HR:2008:BA7888, *NJ* 2008/609 3 | 3.2.3; 3.3.2; 3.7.3; 3.7.4; 3.7.9; 3.7.10

V. 6 | 3
ECLI:NL:HR:2015:93, *NJ* 2015/77

Veghel 6 | 2
ECLI:NL:HR:2002:AD9962, *NJ* 2003/142

Veiligheidspal 3 | 3.1.2.1; 3.7.2; 3.7.9; 3.8.2
ECLI:NL:HR:2016:2060, *NJ* 2016/421 8 | 2.2

Verstikking 3 | 2.1.5.1; 2.2.1; 3.1.5; 3.1.6; 3.3.2;
ECLI:NL:HR:2006:AZ1658 3.7.4; 3.7.6; 3.7.8; 3.7.9; 3.8.1.3

Vervalsen betaalpassen 2 | 3.10; 3.12.1.1; 3.12.2.2; 3.12.2.4
ECLI:NL:HR:2013:BZ8635, *NJ* 2013/280

Videodozen 1 | 3.1.1
ECLI:NL:HR:1992:ZC8475, *NJ* 1993/321 2 | 2.2.3.2; 3.2; 3.12.3.3

Vleesmes 3 | 3.1.2.2; 3.2.1.2; 3.7.8
ECLI:NL:HR:2006:AV2368, *NJ* 2007/120

Vliegende Tackle 3 | 2.1.5.2; 3.2.2; 3.2.4
ECLI:NL:HR:2008:BB7087, *NJ* 2008/375 S | 3.2.1

Vluchtauto 6 | 2
ECLI:NL:HR:2014:1307, *NJ* 2014/511

Vol café 3 | 2.1.1; 3.1.2.2; 3.1.6; 3.7.3; 3.7.7
ECLI:NL:HR:2012:BW3081

Vrachtwagen 3 | 2.1.4; 3.1.3; 3.1.6; 3.7.3; 3.7.6;
ECLI:NL:HR:2015:347, *NJ* 2015/117 3.7.7; 3.8.2

Vuurpijl
ECLI:NL:HR:2012:BX4265
3 | 3.3; 3.7.2; 3.7.3; 3.7.8; 3.7.9; 3.8.2

Vuurwapen
ECLI:NL:HR:2015:1769, *NJ* 2015/403
2 | 3.6.1; 3.6.2.2; 3.6.4; 3.12.1; 3.12.2.5; 3.12.3.3; 3.12.3.4
10 | 3.1.1.2

Vuurwerk
ECLI:NL:HR:2004:AP1187, *NJ* 2004/592
2 | 3.6.1; 3.6.2.2; 3.12.1.1; 3.12.1.3
8 | 2.2

VW Polo
ECLI:NL:HR:2016:1323, *NJ* 2016/412
6 | 2

Weed
ECLI:NL:HR:2009:BH5707
2 | 2.1.5.2; 3.6.1.2; 3.6.2; 3.12.1.1

Wella
ECLI:NL:HR:1987:AC0645, *NJ* 1988/896
2 | 3.5; 3.12.2.1

Wijnglas
ECLI:NL:HR:2015:1699
3 | 2.2.2; 3.2.1

Witwassen
ECLI:NL:HR:2017:2499, *NJ* 2019/102
6 | 4

Woninginbraak
ECLI:NL:HR:2016:683
2 | 3.1

Wurging
ECLI:NL:HR:1987:AC9921, *NJ* 1988/420
1 | 3.1.1
2 | 2.2.1; 2.2.2.2; 3.4; 3.12
9 | 3
10 | 1
S | 2.3; 3.1.2.1

Zandheuvel
ECLI:NL:HR:2012:BY5326, *NJ* 2013/55
3 | 3.2.3; 3.7.3

Bijlage – vragenlijst

Gebruik en rol

- In het kader van welk leerstuk wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt?
- Hoe luidt de formule waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt?
- Wat was de centrale rechtsvraag/rechtsvragen (waarbij de uiterlijke verschijningsvorm werd gebruikt)?
- Wordt de uiterlijke verschijningsvorm in alle uitspraken van de Hoge Raad waarin soortgelijke vragen aan de orde zijn gebruikt?
- Waarop heeft de uiterlijke verschijningsvorm betrekking? Is dat een delictsbestanddeel?
- Wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt in het kader van de objectieve of de subjectieve zijde van het strafbare feit?
- Welk delict was ten laste gelegd (hoofdnorm)? Is dat een formeel of materieel delict? Is dat een krenkings- of gevaarzettingsdelict? Is sprake van een commissie of omissiedelict?
- Bij welke (deel)vraag van het beslissingsschema van artikel 350 Sv wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt?
- Welke rol speelt de uiterlijke verschijningsvorm?

Invulling

- Zijn er voldoende feiten en omstandigheden aanwezig om aan de uiterlijke verschijningsvorm te voldoen?
- Welke feiten en omstandigheden worden bij de uiterlijke verschijningsvorm betrokken? Worden zij cumulatief gebruikt?
- Zitten bij de feiten en omstandigheden ook subjectieve onderdelen? Zo ja, zijn zij subjectief bezien vanuit (a) de verdachte; (b) het slachtoffer; (c) degene die ernaar kijkt; (d) de rechter. Worden die subjectieve onderdelen ingelezen (in de verdachte)?
- Was de wilsgerichtheid van de verdachte bewezen? Zo ja, op basis van welke feiten en omstandigheden?
- Zijn de andere bestanddelen bewezen?
- Zijn de feiten en omstandigheden die worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm opgenomen in de tenlastelegging? Zijn ze bewezen?
- Worden contra-indicaties gebruikt (door de rechter of de verdachte)? wat is het verband tussen de contra-indicaties, het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm en de feiten en omstandigheden die bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken?

Overig

Vallen nog bijzondere dingen op in de uitspraak, de conclusie van de AG of de annotatie?

Curriculum vitae

Mr. S.S. (Sara) Arendse werd op 23 oktober 1988 geboren te Malden. Na haar eindexamen aan het Merlet College in Cuijk studeerde zij rechten aan de Universiteit Leiden. Zij behaalde haar meesterstitel in 2011 cum laude. Van 2011 tot 2013 volgde zij de masteropleiding tot wetgevingsjurist aan de Academie voor Wetgeving. Met de start van die opleiding trad zij als wetgevingsjurist in dienst bij de directie wetgeving van het ministerie van Justitie en Veiligheid. Als wetgevingsjurist werkte zij zowel aan wetsvoorstellen op het terrein van het materiële strafrecht, als voorstellen op het terrein van het strafprocesrecht (waaronder het project dat moet leiden tot een gemoderniseerd Wetboek van Strafvordering) en het penitentiaire recht. Ook deed zij ervaring op met onderhandelingen in de EU en de Raad van Europa. In 2019 werd Arendse benoemd tot raadadviseur. In 2014 ving zij, onder begeleiding van prof. mr. C.P.M. Cleiren en prof. mr. J.M ten Voorde, als buitenpromovenda aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid (Instituut voor Strafrecht & Criminologie) van de Universiteit Leiden, aan met de werkzaamheden aan dit proefschrift. Arendse heeft verschillende publicaties op haar naam staan over uiteenlopende onderwerpen. Van 2009 tot 2014 was zij redactiesecretaris van *Tekst en Commentaar Strafrecht* en *Tekst en Commentaar Strafvordering* (Wolters Kluwer). Aan deze laatste uitgave is zij nog steeds als auteur verbonden.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden zijn in 2019 en 2020 verschenen:

MI-318 R.J.W. van Eijk, *Web Privacy Measurement in Real-Time Bidding Systems. A Graph-Based Approach to RTB system classification*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019, ISBN 978 94 028 1323 4

MI-319 M.P. Sombroek-van Doorm, *Medisch beroepsgeheim en de zorgplicht van de arts bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders,* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, ISBN 978 94 6236 906 1

MI-320 Y. Tan, *The Rome Statute as Evidence of Customary International Law,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-321 T. van der Linden, *Aanvullend Verrijkingsrecht,* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, ISBN 978 94 6290 678 5, e-ISBN 978 94 6274 544 5

MI-322 L.B. Louwerse, *The EU's Conceptualisation of the Rule of Law in its External Relations. Case studies on development cooperation and enlargement,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-323 I. Antonaki, *Privatisations and golden shares. Bridging the gap between the State and the market in the area of free movement of capital in the EU*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-324 E. Cammeraat, *Economic Effects of Social Protection*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-325 L.B. Esser, *De strafbaarstelling van mensenhandel ontrafeld. Een analyse en heroriëntatie in het licht van rechtsbelangen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, ISBN 978 94 6290 697 6

MI-326 L.G.A. Janssen, *EU bank resolution framework. A comparative study on the relation with national private law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-327 L.Y. d'Hondt, *Addressing Industrial Pollution in Indonesia. The Nexus between Regulation and Redress Seeking* (diss. Leiden) Amsterdam: Ipskamp Printing 2019, ISBN 978 94 028 1697 6

MI-328 L.F. Fiallos Pazmiño, *Legal Perspectives on the Cross Border Operations of Unmanned Aircraft Systems,* (diss. Leiden)

MI-329 M. Lochs, *Contempt of court. Een meerwaarde voor de goede strafrechtspleging in Nederland?* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, ISBN 978 94 6290 714 0

MI-330 M.V. Antonov, *Formalism, Realism and Conservatism in Russian Law*, (diss. Leiden) Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-331 P. van Berlo, *Human Rights Elephants in an Era of Globalisation. Commodification, Crimmigration, and Human Rights in Confinement* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020, ISBN 978 94 6240 565 3

MI-332 M. Wensveen, *Eigen haard is goud waard? Een studie naar de woonsituatie, het verhuisgedrag en recidive van (ex-)gedetineerden* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019, ISBN 978 94 0281 780 5

MI-333 J. Brouwer, *Detection, Detention, Deportation. Criminal justice and migration control through the lens of crimmigration* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6236 988 7

MI-334 H. Bosdriesz, *Furthering the fight against impunity in Latin America. The contributions of the Inter-American Court of Human Rights to domestic accountability processes*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-335 M.R. Bruning e.a., *Kind in proces: van communicatie naar effectieve participatie. Het hoorrecht en de procespositie van minderjarigen in familie- en jeugdzaken*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020

MI-336 J. van Kralingen, *De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht; deconstructie van een leerstuk. Een historisch-comparatieve studie* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 782 9

MI-337 J.C.A. van Dam, *Guidance documents of the European Commission in the Dutch legal order*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-338 F. Jiang, *Greening' the WTO Ban on China's Export Duties. Should WTO law allow China to use export duties to protect the environment and, if so, in what manner?*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-339 M.J.R. Broekema, *Cognitive Bias in the Judgment of Business Valuations and Valuators. How Systematic Patterns of Irrationality Affect Entrepreneurs, Legal Professionals and Business Valuators*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-340 H. Horii, *Child Marriage as a Choice. Rethinking agency in international human rights*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-341 R. de Graaff, *Concurrence in European Private Law*, (diss. Leiden), The Hague: Eleven International Publishing 2020, ISBN 978 94 6236 134 8

MI-342 J.M.M. van der Vliet, *The International Legal Protection of Environmental Refugees. A human rights-based, security and State responsibility approach*, (diss. Leiden), The Hague: Eleven International Publishing 2020, ISBN 978 94 6236 139 3

MI-343 M. Samadi, *Normering en Toezicht in de Opsporing. Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 816 1

MI-344 D.J. Verheij, *Credit rating agency liability in Europe. Rating the combination of EU and national law in rights of redress*, (diss. Leiden), The Hague: Eleven International Publishing 2020, ISBN 978 94 6236 144 7

MI-345 P. Rustenburg, *Een algemene normtheorie toegepast op open normen in het belastingrecht*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-346 J.V.O.R. Doekhie e.a., *Invoering jeugdstrafrecht in Caribisch Nederland: een verkenning naar een jeugdstrafrechtmonitor*, Den Haag: Boom criminologie 2020, ISBN 978-94-6236-151-5

MI-347 A. Varga, *Establishing State Responsibility in the Absence of Effective Government*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-348 M. Darouei, *Managing a Sustainable Career in the Contemporary World of Work: Personal Choices and Contextual Challenges*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-349 N. Strohmaier, *Making Sense of Business Failure. A social psychological perspective on financial and legal judgments in the context of insolvency*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-350 S. Kouwagam, *How Lawyers Win Land Conflicts for Corporations. Legal Strategy and its Influence on the Rule of Law in Indonesia*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-351 A.D. Sarmiento Lamus, *The proliferation of dissenting opinions in international law. A comparative analysis of the exercise of the right to dissent at the ICJ and the IACtHR*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-352 B. Ribeiro de Almeida, *Building land tenure systems. The political, legal, and institutional struggles of Timor-Leste*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-353 K.A.M. van der Zon, *Pleegrechten voor kinderen. Een onderzoek naar het realiseren van de rechten van kinderen die in het kader van de ondertoezichtstelling in een pleeggezin zijn geplaatst* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 842 0

MI-354 E.G. van 't Zand e.a., *Bestuurlijke boetes en de Verklaring Omtrent het Gedrag. Een onderzoek naar de realiseerbaarheid en wenselijkheid van het betrekken van bestuurlijke boetes bij de VOG-screening aan de hand van een casestudy naar handhaving en integriteit in de financiële sector*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 843 7

MI-355 J. Boakye, *Understanding Illegal Logging in Ghana. A Socio-Legal Study on (non)Compliance with Logging Regulations*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020

MI-356 N.N.A. Sánchez Castillo-Winckels, *International law and the sustainable governance of shared natural resources. A principled approach,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020, ISBN 978 94 0282 145 1

MI-357 S.S. Arendse, *De uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht. Een analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 844 4