



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



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

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 onvoltooid en voltooid 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 bewezenverklarde 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 bewezenverklarde 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 bewezenverklarde 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 bewezenverklarde 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 bewezenverklarde 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*-arrest¹⁷ 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 bewezenverklarde 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 uitgemakt. 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*-arrest¹⁹ nagelaten de uiterlijke verschijningsvorm te gebruiken. De Hoge Raad overwoog (*r.o.* 4.5):

'In het oordeel van het Hof, dat de bewezenverklarde 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 bewezenverklarde 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 blijkt 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 bewezenverklarde 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 (gekwalficeerde) 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 bewezenverklarde gedragingen onder de delictsomschrijving te brengen. De uiterlijke verschijningsvorm is daarbij een *standaardcriterium*, aan de hand waarvan wordt bepaald of de bewezenverklarde 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 betrap 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 betrap.’

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.”

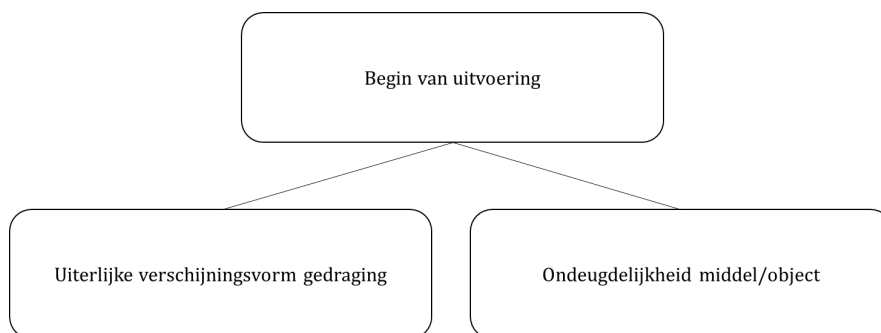
(...)

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;

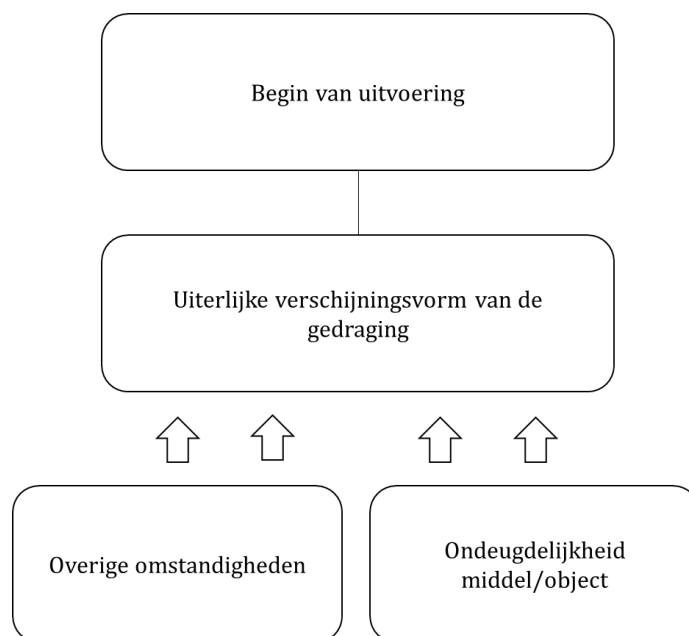
– de verdachte later op diezelfde dag in een chatgesprek via het MSN-account van N. heeft gevraagd om wat foto's van zichzelf te maken waarbij zij een beetje met haar beentjes wijd moest gaan zitten en een strak hemdje aan moest doen zodat de verdachte haar tietjes een beetje zou zien en hem vervolgens 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 (wurgten 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 worden 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 rechts-overweging 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 Hartevelde 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 beschikingsmacht 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 berusten'.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 uitgeklimmen 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 onvoltooid 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 bewezenverklarde gedragingen kunnen worden gekwalificeerd als ‘begin van uitvoering’ in de zin van artikel 45 Sr. Van ‘begin van uitvoering’ is sprake als de bewezenverklarde 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 bewezenverklarde 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 bewezenverklarde 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 blijkt 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, opplak-snorren) 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 opgeklimmen 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 mededeelt 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 accountantskantoor, 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 Bureau 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 verdichtfels 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 oplichtingmiddelen 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 oplichtingmiddelen 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 schroevendraaier, 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 (vernietiging).

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 (vernietiging).

3.4 Moord en doodslag (287 en 288 Sr)⁶³

3.4.1 Jurisprudentie⁶⁴

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 verlot 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 verlot voor het bezit van een vuurwapen had. Gelet op deze vaststellingen geeft het kennelijk oordeel van het Hof dat de bewezenverklarde 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 heroïne 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 verschafte 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 achterraimte 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-delic'). 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 rechts-overweging 4.4 (opsomming feiten en omstandigheden), maar ook in rechts-overweging 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 uitsluitel, 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 uitsluitel. 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 voortvloeiende 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 vervolgafliveringen 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 uitsluitel 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*, *Cocaine*, *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 uitsluitel 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 hennep teelt 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 uitgespoten 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 betreft 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 doorgeslagen 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 gilte 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 blijkt 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 voltooiën 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 diens gevolg 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 blijkt 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 prepareren.

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 prepareren 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 prepareren 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 prepareren 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 betreft 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. Pelsler 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 Treppunt*. 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 gezien 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 Hartevelde bij HR 13 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1093, onder 4.5; de conclusie van AG Hartevelde 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 Hartevelde bij HR 13 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1093, onder 4.5; de conclusie van AG Hartevelde 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 uitvoeringshandeling 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 besteedt 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 schroevendraaijer 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 gezien.

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 betreft 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 *Gas-explosie*-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 betaaldpassen* 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 samenhangen 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 beschikkingmacht 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 *Veroalsen 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 uitvoering’) 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 uitgenomen (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 (acuu) 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 *Eindhovenense 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. Pelsers 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 verstopten 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 – betreft 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 delictomschrijving* 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 beschikingsmacht 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 tweebrengen 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 poging¹¹³) 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 bewezenverklarde gedragingen onder de delictomschrijving 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.