



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

6 Overige verschijningsvormen van de uiterlijke verschijningsvorm

1 INLEIDING

In de hoofdstukken 2-5 beschreef ik de toepassing van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Tijdens mijn analyse ben ik ook uitspraken tegengekomen waarin de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm niet zelf gebruikt, maar waarin die figuur wel wordt genoemd, bijvoorbeeld omdat een overweging van het gerechtshof (verkort) wordt aangehaald. Ik ben aldus gestuit op uitspraken van gerechtshoven waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van medeplegen, de voorbedachte raad, de kwalificatie-uitsluitingsgrond bij witwassen en bij de aanduiding van voorwerpen, toestanden en gedragingen.

Hoewel ik mij in mijn onderzoek in beginsel heb gericht op de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad, besteed ik op deze plaats toch enige aandacht aan de aldus door mij gevonden lagere rechtspraak. Ik doe dat omdat de uiterlijke verschijningsvorm zich al eerder in de jurisprudentie van de Hoge Raad heeft ‘verspreid’ naar nieuwe leerstukken. Bestudering van de lagere rechtspraak waarop ik ben gestuit, kan inzicht geven in eventuele toekomstige toepassingsmogelijkheden van de figuur. De jurisprudentie van de Hoge Raad biedt daarbij (op een aantal punten) zelf al enige aanwijzingen over of de Hoge Raad bij het betreffende onderwerp (in de toekomst) een toepassingsmogelijkheid voor de uiterlijke verschijningsvorm ziet weggelegd. In de Slotbeschouwingen zal ik aanbevelingen doen over in hoeverre de uiterlijke verschijningsvorm bij de hierna te bespreken onderwerpen in de toekomst zou moeten worden toegepast. Om dat te kunnen doen, zal in dit hoofdstuk op een aantal punten een vergelijking worden gemaakt met de toepassing van de figuur bij de in de hoofdstukken 2-5 besproken leerstukken.

Ik wil de lagere rechtspraak in dit hoofdstuk niet volledig uitdiepen. Het (volledig) betrekken van de lagere rechtspraak bij mijn rechtspraakanalyse zou het vinden van een onderliggende systematiek van de uiterlijke verschijningsvorm bemoeilijken. Een verkennende bespreking is voldoende om een beeld te krijgen van eventuele andere toepassingsmogelijkheden van de uiterlijke verschijningsvorm in de lagere rechtspraak.¹

1 Zie ook hfdst. 1, par. 5.2.

Ik bespreek de verschillende onderwerpen waarbij de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt door de lagere rechter hieronder ieder in een afzonderlijke paragraaf. Net als in de rest van dit boek bespreek ik de onderwerpen in chronologische volgorde, dat wil zeggen dat ik bij alle onderwerpen ben nagegaan van wanneer het oudste arrest dateert waarin de uiterlijke verschijningsvorm voorkwam en de onderwerpen op basis daarvan in volgorde heb geplaatst. De paragrafen hebben in hoofdlijnen dezelfde opbouw. Eerst worden de belangrijkste overwegingen uit de uitspraken van de Hoge Raad weergegeven. Daarna volgt een korte analyse van die rechtspraak. Daarbij zal ik ook steeds de vraag beantwoorden of verwacht kan worden dat de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm in de toekomst bij het betreffende onderwerp zal toepassen. Ik bespreek dit in de eerste plaats aan de hand van de aanwijzingen die de arresten zelf daarvoor bevatten. In de tweede plaats zal ik – voor zover relevant – een vergelijking maken met de toepassing van de figuur door de Hoge Raad bij de in de hoofdstukken 2-5 besproken leerstukken. Als de toepassing van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm erg ‘lijkt’ op een toepassing die al wordt gegeven aan die figuur, dan kan dat een aanwijzing zijn dat er in de toekomst mogelijk een toepassingsmogelijkheid is voor de figuur. Ten derde zal ik bezien of andere uitspraken, bijvoorbeeld overzichts- of standaardarresten, aanwijzingen bevatten over in hoeverre in de toekomst verwacht mag worden dat de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm bij het betreffende onderwerp zal toepassen. Paragraaf 5 heeft een iets andere opbouw dan de andere paragrafen. In verband met de grote hoeveelheid uitspraken over dit onderwerp, zal ik de overwegingen uit die uitspraken in deze paragraaf niet allemaal eerst citeren. Ik begin daar dus meteen met mijn analyse, waarin de verschillende uitspraken aan de orde zullen komen.

2 MEDEPLEGEN

2.1 Jurisprudentie

HR 28 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9962, NJ 2003/142 (*Veghel*), m.nt. Schalken
Medeplegen moord (289 Sr)/doodslag (287 Sr)

‘3.4 De Hoge Raad begrijpt het oordeel van het Hof “dat de verdachte in beginsel als medepleger van de levensberoving” kan worden beschouwd aldus:

Gelet op hetgeen de verdachte, op de eerste verdieping van de woning aangekomen, waarnam en op de door hem, aansluitend op het door De V. jegens het slachtoffer gepleegde geweld en met het door deze aangereikte mes, aan het slachtoffer toegebrachte steken – die op zichzelf, en in ieder geval in het verband van de aan het slachtoffer reeds door De V. toegebrachte verwondingen, naar hun uiterlijke verschijningsvorm kunnen worden beschouwd als te zijn gericht op de dood van het slachtoffer – dient zich hier op het eerste gezicht een situatie aan waarin ten

aanzien van de verdachte en De V. kan worden gesproken van de voor medeplegen van levensberoving vereiste mate van volledige en nauwe samenwerking, gericht op de dood van het slachtoffer.

Gelet op de in dat verband door het Hof opgenomen overweging dat de verdachte “met die wetenschap” heeft gestoken heeft het Hof kennelijk bij de verdachte ook het voor dat medeplegen vereiste opzet aanwezig geacht.

3.5 In het uiteindelijke oordeel van het Hof dat hem “niets anders rest dan de verdachte vrij te spreken” ligt als opvatting van het Hof besloten dat de omstandigheid dat de door de verdachte toegebrachte steken, achteraf bezien, niet als uitvoeringshandelingen van de tenlastegelegde feiten kunnen gelden op de grond dat niet is komen vast te staan dat het slachtoffer ten tijde daarvan nog leefde, dwingt tot het oordeel dat van medeplegen niet kan worden gesproken.

Daarmee heeft het Hof blijk gegeven van een onjuiste, namelijk een te beperkte opvatting omtrent het begrip medeplegen, in de tenlastelegging uitgedrukt met de woorden “tezamen en in vereniging met een ander”.

HR 3 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1307, NJ 2014/511, m.nt. Mevis (*Vluchtauto*)
Medeplegen gekwalificeerde diefstal (311 Sr)

‘2.2.3. Het Hof heeft ten aanzien van de bewezenverklaring voorts het volgende overwogen:

(...)

In samenhang met de in de bewijsmiddelen vermelde feiten en omstandigheden is naar het oordeel van het hof de gedraging van de verdachte, te weten: het plaatsnemen achter het stuur, het draaiend houden van de motor, het onmiddellijk met hoge snelheid weggrijden op het moment dat de medeverdachte achter in de auto springt, naar uiterlijke verschijningsvorm aan te merken als het door de verdachte faciliteren van de vluchtmogelijkheid bij die inbraak. Het kan niet anders zijn dan dat hierover van te voren door de verdachte en zijn medeverdachten afspraken zijn gemaakt. Door aldus te handelen heeft de verdachte naar ‘s hofs oordeel een zodanig significante bijdrage geleverd dat sprake is van een bewuste, nauwe en volledige samenwerking tussen de verdachte en zijn mededaders welke gericht was op het plegen van de woninginbraak.

Het hof verwierpt het verweer.’

HR 14 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:928, NJ 2015/393, m.nt Mevis (*Tasjesroof*)
Medeplegen gekwalificeerde diefstal en poging tot gekwalificeerde diefstal (311 Sr)

‘2.2.3. Het Hof heeft ten aanzien van de bewezenverklaring voorts het volgende overwogen:

(...)

Uit voornoemde feitelijkheden – in onderling verband en samenhang bezien – leidt het hof af dat het niet anders kan zijn dan dat verdachte wist dat de het – kort gezegd – de bedoeling was iemand te beroven. Bij dit oordeel heeft het hof betrokken dat verdachte hier geen alternatief scenario tegenover heeft gesteld, integendeel hij heeft iedere betrokkenheid bij dit feit ontkend. Uit de uiterlijke verschijningsvorm van alle hierboven geschetste feiten en omstandigheden leidt het hof mede af, dat sprake is geweest van een zodanig nauwe en bewuste samenwerking en

een gezamenlijke uitvoering voorafgaand aan de beroving en na afloop van de beroving, dat verdachte als medepleger kan worden aangemerkt. Daarbij is het hof van oordeel dat verdachte – wederom in het bijzonder gelet op het feit dat hij geen alternatief scenario heeft aannemelijk gemaakt of zelfs maar heeft genoemd – bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat zijn mededaders niet alleen één vrouw/meisje daadwerkelijk van een tas beroofden, maar dat ook is gepoogd een andere vrouw/ander meisje van haar tas te beroven, die in haar gezelschap verkeerde.

2.3. In zijn arrest van 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474 heeft de Hoge Raad enige algemene overwegingen over het medeplegen gegeven, in het bijzonder gericht op de afbakening tussen medeplegen en medeplichtigheid en meer in het bijzonder met het oog op gevallen waarin het medeplegen niet bestaat in gezamenlijke uitvoering. Voor de kwalificatie medeplegen is vereist dat sprake is van nauwe en bewuste samenwerking. Die kwalificatie is slechts gerechtvaardigd als de bewezenverklaring – intellectuele en/of materiële –bijdrage aan het delict van de verdachte van voldoende gewicht is.

Indien het tenlastegelegde medeplegen in de kern niet bestaat uit een gezamenlijke uitvoering, maar uit gedragingen die met medeplichtigheid in verband plegen te worden gebracht (zoals het verstrekken van inlichtingen, op de uitkijk staan, helpen bij de vlucht), rust op de rechter de taak om in het geval dat hij toch tot een bewezenverklaring van het medeplegen komt, in de bewijsvoering – dus in de bewijsmiddelen en zo nodig in een afzonderlijke bewijsoverweging – dat medeplegen nauwkeurig te motiveren. Bij de vorming van zijn oordeel dat sprake is van de voor medeplegen vereiste nauwe en bewuste samenwerking, kan de rechter rekening houden met onder meer de intensiteit van de samenwerking, de onderlinge taakverdeling, de rol in de voorbereiding, de uitvoering of de afhandeling van het delict en het belang van de rol van de verdachte, diens aanwezigheid op belangrijke momenten en het zich niet terugtrekken op een daartoe geëigend tijdstip.’

HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1323, NJ 2016/412, m.nt. Rozemond (VW Polo)
Medeplegen poging gekwalificeerde diefstal (311 Sr)

‘2.3. Het Hof heeft ten aanzien van de bewezenverklaring voorts het volgende overwogen:

(...)

Het hof komt op basis van de hiervoor weergegeven feiten en omstandigheden in onderling verband en samenhang bezien, met name gelet op hun uiterlijke verschijningsvorm, tot de conclusie dat sprake is geweest van een bewuste en nauwe samenwerking tussen verdachte en zijn medeverdachten en dat die samenwerking was gericht op een inbraak in de woning aan de a-sstraat 1 te a-plaats.

3. Aan de beoordeling van het middel voorafgaande opmerkingen

In zijn arresten van 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, NJ 2015/390 en 24 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:716 heeft de Hoge Raad enige algemene overwegingen over het medeplegen gegeven. Daarbij is aangegeven dat het een belangrijke en moeilijke vraag is wanneer de samenwerking zo nauw en bewust is geweest

dat van medeplegen mag worden gesproken. De kwalificatie medeplegen vereist dat sprake is van nauwe en bewuste samenwerking. Dat vergt dat de bewezenverklarde – intellectuele en/of materiële – bijdrage aan het delict van de verdachte van voldoende gewicht is. De vraag of aan deze eis is voldaan, laat zich niet in algemene zin beantwoorden, maar vergt een beoordeling van het concrete geval, zoals ook in bovengenoemde arresten is benadrukt.

De Hoge Raad kan hieromtrent geen algemene regels geven, maar slechts tot op zekere hoogte duidelijkheid verschaffen door het formuleren van aandachtspunten zoals in bovengenoemde arresten is gebeurd alsook door het beslissen van concrete gevallen, waarbij de toetsing in cassatie overigens sterk wordt gekleurd door de precieze bewijsvoering van de feitenrechter, waaronder begrepen een eventuele op het medeplegen toegesneden nadere motivering.

Het beslissingskader zoals dat is neergelegd in de hierboven genoemde arresten kan, met begrippen die niet steeds precies van elkaar af te grenzen zijn, niet anders dan globaal zijn (vgl. het arrest van heden ECLI:NL:HR:2016:1316). Dat hangt enerzijds samen met de variëteit van concrete omstandigheden in afzonderlijke gevallen, waarbij ook de aard van het delict een rol kan spelen (vgl. het arrest van heden ECLI:NL:HR:2016:1320 over art. 141 Sr en ECLI:NL:HR:2016:1322 over bedreiging met geweld). Anderzijds is van belang de variëteit in de mate waarin die concrete omstandigheden kunnen worden vastgesteld, in welk verband de procesopstelling van de verdachte een rol kan spelen (vgl. het arrest van heden ECLI:NL:HR:2016:1315 alsmede de rechtsoverwegingen onder 4.2 hierna). In concrete zaken kan een en ander leiden tot een moeilijke afweging bij de beantwoording van de vraag of sprake is van medeplegen. Daaraan valt niet te ontkomen omdat er altijd zogenoemde grensgevallen zullen zijn.'

2.2 Analyse

In de uitspraken *Veghel*, *Vluchtauto*, *Tasjesroof* en *VW Polo* haalde de Hoge Raad overwegingen van het gerechtshof aan waarin de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm werd gebruikt in het kader van medeplegen. Wat daarbij opvalt is dat de uiterlijke verschijningsvorm in de uitspraken op verschillende manieren is toegepast. Er is in de lagere rechtspraak dus geen sprake van een eenduidige of uniforme toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm bij medeplegen.

Van medeplegen is op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad sprake wanneer sprake is van een nauwe en bewuste samenwerking. Daartoe is een 'intellectuele en/of materiële bijdrage aan het delict van de verdachte van voldoende gewicht' vereist. Een gezamenlijke uitvoering kan wijzen op een dergelijke nauwe en bewuste samenwerking. Een dergelijke gezamenlijke uitvoering kan onder andere aan de orde zijn als de verdachte een *uitvoerings-*

handeling verrichte.² In het *Veghel*-arrest werd de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om vast te stellen of sprake was van een uitvoeringshandeling. Ik bespreek dit in paragraaf 2.2.1.

Voor medeplegen is ook opzet vereist. Dit betreft zowel opzet op de samenwerking als op het grondfeit.³ In de uitspraak *Vluchtauto* werd de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt vast te stellen of de verdachte opzet had op de delictsbestanddelen. Dit komt aan de orde in paragraaf 2.2.2.

In de uitspraken *Tasjesroof* en *VW Polo* werd de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt in het kader van de voor medeplegen vereiste ‘nauwe en bewuste samenwerking’ als zodanig. Dit bespreek ik in paragraaf 2.2.3.

2.2.1 Uitvoeringshandeling

2.2.1.1 Het *Veghel*-arrest

In het *Veghel*-arrest was een van de te beantwoorden vragen of de gedraging van de verdachte kon worden aangemerkt als een uitvoeringshandeling van levensberoving nu niet vaststond dat het slachtoffer, dat al zeer zwaar verwond was door de medeverdachte, nog leefde toen de verdachte hem in zijn bovenbeen en de buik stak. Het gerechtshof had de verdachte om die reden vrijgesproken van het medeplegen van levensberoving (moord/doodslag). De Hoge Raad bracht in zijn overweging tot uitdrukking dat op zichzelf het insteken op een al zwaar gewond slachtoffer kan worden beschouwd als een uitvoeringshandeling van levensberoving. Nu de verdachte een uitvoeringshandeling van het grondmisdrijf had gepleegd, was ‘op het eerste gezicht’ sprake van de voor medeplegen vereiste mate van volledige en nauwe samenwerking. De uiterlijke verschijningsvorm werd hier dus *niet* gebruikt om vast te stellen of sprake was van de nauwe en bewuste samenwerking die is vereist voor medeplegen, maar – als tussenstap – of de verdachte een *uitvoeringshandeling* had verricht. Wanneer de verdachte een uitvoeringshandeling van het misdrijf heeft gepleegd, kan immers redelijk snel worden aangenomen dat sprake is van medeplegen.⁴

2 Voor medeplegen is evenwel *niet vereist* dat de verdachte een uitvoeringshandeling heeft verricht. Medeplegen kan bijvoorbeeld ook bestaan uit een intellectuele bijdrage van voldoende gewicht en/of gedragingen voor, tijdens of na het strafbare feit die geen uitvoeringshandelingen betreffen. De Hullu 2018, p. 462-463; Knigge & Wolswijk 2015, p. 267-270; HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, NJ 2015/390 (*Overzichtsarrest medeplegen*), r.o. 3. Zie ook de noot van Mevis bij HR 6 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:10, NJ 2015/399. Mevis meent dat niet te snel moet worden aangenomen dat sprake is van een ‘gezamenlijke uitvoering’ (en dus van medeplegen) in gevallen waarin de verdachte geen uitvoeringshandelingen heeft verricht en/of niet ter plaatse aanwezig was. Postma 2014, p. 14-18.

3 Zie hierover Knigge 2003, p. 309-320; D.H. de Jong 2009, p. 31-32 en Postma 2014, p. 93-105.

4 Vgl. HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, NJ 2015/390 (*Overzichtsarrest medeplegen*), r.o. 3.2.3; zie eveneens De Hullu 2018, p. 463. Zoals in al aan de orde kwam (zie vorige voetnoot) is dat de verdachte een uitvoeringshandeling heeft verricht niet vereist voor medeplegen, maar kan het gegeven dat de verdachte een uitvoeringshandeling heeft verricht

2.2.1.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad?

Het gebruik dat in de *Veghel*-uitspraak van de uiterlijke verschijningsvorm is gemaakt doet erg denken aan de wijze waarop de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast bij poging. Ook bij dat leerstuk wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om vast te stellen of sprake is van een uitvoeringshandeling ('begin van uitvoering').⁵ De vraag die in de *Veghel*-uitspraak moest worden beantwoord komt in wezen neer op: Is sprake van een uitvoeringshandeling wanneer niet duidelijk is of het slachtoffer nog leeft? De zaak doet in dat opzicht denken aan het *Kinderdoodslag*-arrest, besproken in hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.3. Daar was immers de (vergelijkbare) vraag aan de orde of de verdachte wel een uitvoeringshandeling van doodslag had gepleegd, nu niet kon worden vastgesteld dat de baby's ten tijde van het handelen van de verdachte nog leefden. Zoals ik in hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.3 besprak, blijkt uit de *Kinderdoodslag*-uitspraak niet duidelijk of de Hoge Raad wil dat de feitenrechter deze vraag aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm beantwoordt. Mocht dat wel zo zijn, dan is voorstelbaar dat de uiterlijke verschijningsvorm in de toekomst ook wanneer een dergelijke vraag in het kader van medeplegen centraal staat, wordt toegepast. Meer in zijn algemeenheid is voorstelbaar dat de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van medeplegen wordt toegepast in gevallen waarin discussie bestaat over of de verdachte een uitvoeringshandeling heeft verricht. Dat de Hoge Raad ook in zijn 'samenvatting' van de overwegingen van het gerechtshof de uiterlijke verschijningsvorm noemt, zie ik als een aanwijzing dat de Hoge Raad dit gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm niet (zonder meer) afwijst.⁶ Daarbij moet wel bedacht worden dat, zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, voor medeplegen niet is vereist dat de verdachte een uitvoeringshandeling van het strafbare feit heeft gepleegd. Het lijkt tegen deze achtergrond dan ook niet waarschijnlijk dat de uiterlijke verschijningsvorm standaard (als criterium) wordt gebruikt om vast te stellen dat sprake is van een nauwe en bewuste samenwerking. Ik kom hierop in paragraaf 2.2.3 nog terug.

wel ertoe leiden dat wordt geoordeeld dat sprake was van een nauwe en bewuste samenwerking.

5 Zie hfdst. 2, par. 2.1. Een verschil is wel dat de uitvoeringshandeling bij poging onderdeel uitmaakt van de wettelijke omschrijving, waardoor daar altijd zal moeten worden vastgesteld of sprake is van een uitvoeringshandeling. Een uitvoeringshandeling is voor medeplegen echter niet vereist. Zie verderop in deze paragraaf.

6 In de uitspraken *Vluchtauto*, *Tasjesroof* en *VW Polo* citeert de Hoge Raad de overwegingen van het gerechtshof letterlijk. In de *Veghel*-uitspraak vat de Hoge Raad de overwegingen van het gerechtshof (in *r.o.* 3.4) samen. In die samenvatting herhaalt de Hoge Raad ook de passage uit de uitspraak van het gerechtshof over de uiterlijke verschijningsvorm.

2.2.2 Opzet op de delictsbestanddelen (alternatief scenario)

2.2.2.1 Het Vluchtauto-arrest

In de uitspraak *Vluchtauto* had de verdachte een alternatief scenario aangedragen. Hij was in de auto – op de bijrijdersstoel – gaan zitten om muziek te luisteren. Hij had, naar eigen zeggen, pas plaatsgenomen achter het stuur toen de medeverdachte achter in de auto was gestapt. Op dat moment zou de motor van de auto nog niet hebben gedraaid. Het gerechtshof achtte deze verklaring niet aannemelijk en meende dat de gedragingen van de verdachte ‘naar uiterlijke verschijningsvorm [waren] aan te merken als het door de verdachte faciliteren van de vluchtmogelijkheid’. De uiterlijke verschijningsvorm werd hier door het gerechtshof dus niet gebruikt om vast te stellen of sprake was van medeplegen, maar – als tussenstap – om vast te stellen wat de verdachte precies aan het doen was, op welk doel zijn gedraging was gericht. Zat de verdachte te wachten op de medeverdachte? Of was hij inderdaad iets heel anders aan het doen, zoals hij zelf beweerde? In de kern was daarmee mijns inziens in deze zaak de vraag of de verdachte het voor medeplegen vereiste opzet op het grondfeit had. De uiterlijke verschijningsvorm droeg bij aan het weerleggen van een alternatieve verklaring voor de gedraging. De Hoge Raad ging in *Vluchtauto* op het oordeel van het gerechtshof ten aanzien van het alternatieve scenario/de uiterlijke verschijningsvorm niet in. De Hoge Raad oordeelde dat het (enkele) (volgens afspraak) faciliteren van een vluchtmogelijkheid niet het oordeel kan dragen dat sprake is van de voor medeplegen vereiste bewuste en nauwe samenwerking.

2.2.2.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad?

In de kern weergegeven is de vraag die door het gerechtshof aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm werd beantwoord in de *Vluchtauto*-uitspraak of het opzet van de verdachte was gericht op het grondfeit. Daarbij werd een alternatief scenario aangedragen. Een soortgelijke toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm beschreef ik in hoofdstuk 3 (zie in het bijzonder de paragraaf 3.1.2.2). Opvallend is wel dat het gerechtshof hier de uiterlijke verschijningsvorm lijkt te gebruiken voor ‘vol’ opzet. Ik ben zelf maar één uitspraak tegengekomen waarin de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm (mogelijk) toepaste in het kader van ‘vol’ opzet (hoofdstuk 3, paragraaf 2.3). Mocht de jurisprudentie zich zo ontwikkelen dat de uiterlijke verschijningsvorm (vaker) wordt toegepast in het kader van andere opzetgradaties, dan zie ik niet in waarom de uiterlijke verschijningsvorm (in de toekomst) niet ook in de jurisprudentie van de Hoge Raad een rol kan hebben in het kader van medeplegen bij de beantwoording van de vraag of de verdachte opzet had op de delictsbestanddelen. In gevallen waarin voorwaardelijk opzet op het grondfeit wordt aangenomen, zou dat – in lijn met de huidige jurisprudentie over de uiterlijke verschijningsvorm bij die opzetgradatie – sowieso niet ondenkbaar zijn.

2.2.3 Nauwe en bewuste samenwerking

2.2.3.1 De arresten *Tasjesroef* en *VW Polo*

In de uitspraken *Tasjesroef* en *VW Polo* gebruikte het gerechtshof de uiterlijke verschijningsvorm om vast te stellen dat sprake was van de voor medeplegen vereiste bewuste en nauwe samenwerking. Anders dan in de *Veghel*-uitspraak werd de uiterlijke verschijningsvorm in deze uitspraken niet gebruikt in het kader van een tussenstap (vaststelling of sprake is van een uitvoeringshandeling), maar voor de vaststelling van een ‘nauwe en bewuste samenwerking’ als zodanig.

In de *Tasjesroef*-uitspraak is overigens niet helemaal duidelijk of dit zo is, of dat het gerechtshof de uiterlijke verschijningsvorm met name gebruikt in verband met de ‘bewustheid’ van de samenwerking. De verdachte in deze zaak ontkende namelijk dat hij wist dat het de bedoeling was om iemand te beroven. Wanneer de uitspraak zo moet worden begrepen dat de uiterlijke verschijningsvorm werd gebruikt in reactie op dit verweer (in het kader van het ‘bewustheidsvereiste’), dan is de uiterlijke verschijningsvorm in deze zaak in wezen gebruikt in het kader van het opzet (op het grondfeit) (vgl. paragraaf 2.2.2). Nu de bewuste en nauwe samenwerking veelal gezamenlijk worden besproken, is echter niet uitgesloten dat het gerechtshof de uiterlijke verschijningsvorm hier voor beide vereisten (in onderlinge samenhang) gebruikte. Een aanwijzing hiervoor is dat het gerechtshof in zijn overweging eerst, afzonderlijk, inging op het verweer van de verdachte dat hij van niets wist (zonder de uiterlijke verschijningsvorm te gebruiken) en vervolgens – met gebruikmaking van de uiterlijke verschijningsvorm – beoordeelde of sprake was van een nauwe en bewuste samenwerking.

In de *VW Polo*-uitspraak is duidelijker dat de uiterlijke verschijningsvorm door het gerechtshof werd gebruikt voor zowel het vereiste dat de samenwerking ‘bewust’ moet zijn als het vereiste dat de samenwerking ‘nauw’ moet zijn. Soortgelijke overwegingen van gerechtshoven ben ik in verschillende uitspraken tegengekomen.⁷ In die uitspraken draaide het, net als in de uitspraak *VW Polo*, steeds om de afbakening tussen medeplegen en medeplechtigheid.

2.2.3.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad?

Ik ben geen uitspraken tegengekomen waarin de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van de ‘nauwe en bewuste samenwerking’

⁷ Zie naast de uitspraak *VW Polo*: HR 1 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2453; HR 20 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:420; HR 7 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:371, NJ 2017/246; HR 27 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:432, NJ 2018/253; HR 22 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:741, NJ 2018/358. Ook Van Kessel constateert dat de uiterlijke verschijningsvorm in de lagere rechtspraak wordt gebruikt bij de vaststelling of sprake is van een nauwe en bewuste samenwerking; zie Van Kessel 2012, p. 315.

gebruikt. In plaats daarvan verwijst de Hoge Raad steevast (in een aan de middelen voorafgaande overweging/beschouwing) naar zijn *Overzichtsarrest* over medeplegen uit 2014 en, in latere uitspraken, eveneens naar een tweetal uitspraken waarin nog enkele aanvullingen op dat arrest zijn gegeven.⁸ In het *VW Polo*-arrest verwees de Hoge Raad naar '[h]et beslissingskader zoals dat is neergelegd in de hierboven genoemde arresten'. In het *Overzichtsarrest* wordt de uiterlijke verschijningsvorm niet genoemd. In plaats daarvan worden daarin aandachtspunten geformuleerd. Nu er reeds is voorzien in een kader, meen ik dat het niet waarschijnlijk is dat de Hoge Raad de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm in de toekomst zal toepassen in het kader van de beantwoording van de vraag of sprake is van een nauwe en bewuste samenwerking. Leidend in het kader van medeplegen zijn de aandachtspunten en het beslissingskader zoals geformuleerd in het *Overzichtsarrest* en de latere uitspraken waarin enkele aanvullingen zijn opgenomen. Dat neemt niet weg dat, zoals in de paragrafen 2.2.1 en 2.2.2 besproken, wel gebruikgemaakt zou kunnen worden van de uiterlijke verschijningsvorm in gevallen waarin – als tussenstap – de vraag aan de orde is of de verdachte een uitvoeringshandeling heeft verricht en/of wanneer de verdachte betwist dat zijn gedraging was gericht op (het leveren van een bijdrage aan) het plegen van het in de tenlastelegging opgenomen misdrijf (alternatief scenario).

2.2.4 *Samenvattende bevindingen over de uiterlijke verschijningsvorm bij medeplegen*

Anders dan de gerechtshoven, past de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm niet toe bij de vereisten voor medeplegen (vereiste van een 'nauwe en bewuste samenwerking'). Wel lijkt de jurisprudentie voor de toekomst een opening te bieden voor het toepassen van de uiterlijke verschijningsvorm bij bepaalde 'tussenstappen', zoals de beantwoording van de vraag of sprake was van een uitvoeringshandeling van het grondmisdrijf en/of of het opzet van de verdachte was gericht op het grondfeit. Deze toepassingsmogelijkheden passen bij de wijze waarop de figuur bij poging en voorwaardelijk opzet wordt gehanteerd.

8 Zie HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, *NJ* 2015/390 m.nt. Mevis; HR 24 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:716, *NJ* 2015/395 m.nt. Mevis en HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1316, *NJ* 2016/411, m.nt. Rozemond.

3 VOORBEDACHTE RAAD

3.1 Jurisprudentie

HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:469 (*Bar*)

Poging tot moord (289 Sr)

‘2.3 Voor een bewezenverklaring van het bestanddeel “voorbedachte raad” moet komen vast te staan dat de verdachte zich gedurende enige tijd heeft kunnen beraden op het te nemen of het genomen besluit en dat hij niet heeft gehandeld in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling, zodat hij de gelegenheid heeft gehad na te denken over de betekenis en de gevolgen van zijn voorgenomen daad en zich daarvan rekenschap te geven.

Bij de vraag of sprake is van voorbedachte raad gaat het bij uitstek om een weging en waardering van de omstandigheden van het concrete geval door de rechter, waarbij deze het gewicht moet bepalen van de aanwijzingen die voor of tegen het bewezen verklaren van voorbedachte raad pleiten. De vaststelling dat de verdachte voldoende tijd had om zich te beraden op het te nemen of het genomen besluit vormt weliswaar een belangrijke objectieve aanwijzing dat met voorbedachte raad is gehandeld, maar behoeft de rechter niet ervan te weerhouden aan contra-indicaties een zwaarder gewicht toe te kennen. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de omstandigheid dat de besluitvorming en uitvoering in plotselinge hevige drift plaatsvinden, dat slechts sprake is van een korte tijdsperiode tussen besluit en uitvoering of dat de gelegenheid tot beraad eerst tijdens de uitvoering van het besluit ontstaat. Zo kunnen bepaalde omstandigheden (of een samenstel daarvan) de rechter uiteindelijk tot het oordeel brengen dat de verdachte in het gegeven geval niet met voorbedachte raad heeft gehandeld.

Mede met het oog op het strafverzwarende gevolg dat dit bestanddeel heeft, moeten aan de vaststelling dat de voor voorbedachte raad vereiste gelegenheid heeft bestaan, bepaaldelijk eisen worden gesteld en dient de rechter, in het bijzonder indien de voorbedachte raad niet rechtstreeks uit de bewijsmiddelen volgt, daaraan in zijn motivering van de bewezenverklaring nadere aandacht te geven.

De achtergrond van het vereiste dat de verdachte de gelegenheid heeft gehad na te denken over de betekenis en de gevolgen van zijn voorgenomen daad en zich daarvan rekenschap te geven, is dat ingeval vaststaat dat de verdachte die gelegenheid heeft gehad, het redelijk is aan te nemen dat de verdachte gebruik heeft gemaakt van die gelegenheid en dus daadwerkelijk heeft nagedacht over de betekenis en de gevolgen van zijn voorgenomen daad en zich daarvan rekenschap heeft gegeven (vgl. het overleg en nadenken dat in de wetsgeschiedenis is geplaatst tegenover de ogenblikkelijke gemoedsopwelling). Dat de verdachte daadwerkelijk heeft nagedacht en zich rekenschap heeft gegeven leent zich immers moeilijk voor strafrechtelijk bewijs, zeker in het geval dat de verklaringen van de verdachte en/of eventuele getuigen geen inzicht geven in hetgeen voor en ten tijde van het begaan van het feit in de verdachte is omgegaan. Of in een dergelijk geval voorbedachte raad bewezen kan worden, hangt dan sterk af van de hierboven bedoelde gelegenheid en van de overige feitelijke omstandigheden van het geval zoals de aard van het feit, de omstandigheden waaronder het is begaan alsmede de gedragingen van de verdachte voor en tijdens het begaan van het feit. Daarbij verdient opmerking

dat de enkele omstandigheid dat niet is komen vast te staan dat is gehandeld in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling, niet toereikend is om daaraan de gevolgtrekking te verbinden dat sprake is van voorbedachte raad (vgl. HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:963).

2.4 Blijkens de bewijsvoering heeft het Hof geoordeeld dat “naar aard en uiterlijke verschijningsvorm sprake moet zijn geweest van kalm beraad”. Het Hof heeft dat oordeel gebaseerd op de overweging dat de verdachte, nadat hij het café had verlaten en weer was teruggekeerd, direct op het slachtoffer – die blijkens de bewijsmiddelen 1, 4, 5 en 6 nog aan de bar zat – is afgelopen en op hem heeft ingestoken. Het Hof heeft blijkens bewijsmiddel 2 evenwel ook als vaststaand aangenomen dat het latere slachtoffer naar de ingangdeur van de bar is toegelopen en dat de verdachte bij de ingangdeur buiten stond. De bewijsvoering is daarom – op een punt dat in het licht van de overweging van het Hof over uiterlijke aard en verschijningsvorm niet van ondergeschikte betekenis is – innerlijk tegenstrijdig. Ook overigens is het oordeel dat de verdachte met voorbedachte raad heeft gehandeld, gelet op hetgeen onder 2.3 is vooropgesteld, niet toereikend gemotiveerd.’

HR 14 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2962 (*Sint Odolphusstraat*)
Poging tot moord (289 Sr)

‘2.2.3 Het Hof heeft ten aanzien van de bewezenverklaring voorts nog het volgende overwogen:

(...)

Gelet op de plaats waar het patroon uit het wapen van verdachte is aangetroffen, gaat het hof er dan ook vanuit dat de verdachte op dat moment zijn wapen heeft doorgeladen, waarbij de aangetroffen patroon is uitgeworpen en op het trottoir is achtergebleven. Het hof leidt uit de uiterlijke verschijningsvorm van deze handeling van de verdachte af dat de verdachte op dat moment het besluit heeft genomen om het wapen in een confrontatie met de politieagenten tegen hen te gebruiken. Verdachte heeft later, in het kader van het onderzoek door de Rijksrecherche, verklaard dat hij niet gefouilleerd wilde worden omdat hij een wapen bij zich had. [verbalisant 1] heeft de verdachte aangeroepen dat hij terug moest komen. Hierop heeft de verdachte het wapen tevoorschijn gehaald, zich omgedraaid en een kogel afgevuurd in de richting van agent [verbalisant 1]. Het hof leidt uit de uiterlijke verschijningsvorm van deze handeling van de verdachte af dat de verdachte op dat moment het besluit heeft genomen om daadwerkelijk uitvoering te geven aan zijn voorgenomen plan om in een confrontatie met de politieagenten het wapen te gebruiken.

(...)

2.3 (Herhaling standaardoverweging)

2.4 Het oordeel van het Hof dat de verdachte zich gedurende enige tijd heeft kunnen beraden op het besluit de in de bewezenverklaring genoemde politieagenten van het leven te beroven en dat hij niet heeft gehandeld in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling, berust in de kern op de volgende overwegingen.

(i) Uit de verklaringen van de verdachte leidt het Hof af dat de verdachte ervan is uitgegaan dat de persoon die het wapen bij hem had gezien, deze informatie zou doorgeven aan de politie en dat de verdachte zich op dat moment heeft gerealiseerd dat de politie mogelijk naar hem op zoek zou gaan. Dit betekent naar

het oordeel van het Hof dat de verdachte zich vanaf dat moment heeft kunnen beraden over een te nemen besluit in het geval hij door de politie zou worden aangesproken.

(ii) Het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte, nadat hoofdagent [verbalisant 1] hem had gezegd dat hij hem wilde fouilleren, zich heeft omgedraaid, bij [verbalisant 1] vandaan is gelopen en zijn wapen heeft doorgeladen. Daaruit heeft het Hof afgeleid dat de verdachte op dat moment het besluit heeft genomen in een confrontatie met de politie zijn wapen tegen de politieagenten te gebruiken.

(iii) Het Hof heeft voorts vastgesteld dat de verdachte, toen [verbalisant 1] hem had aangeroepen dat hij moest terugkomen, zich heeft omgedraaid en een kogel heeft afgevuurd in de richting van [verbalisant 1]. Daaruit heeft het Hof afgeleid dat de verdachte op dat moment het besluit heeft genomen om daadwerkelijk uitvoering te geven aan zijn voorgenomen plan om in een confrontatie met de politie het wapen te gebruiken.

(iv) De verdachte heeft uiteindelijk, zoals het Hof ten slotte heeft vastgesteld, in de Sint Odulphusstraat nog zes kogels afgevuurd in de richting van [verbalisant 1] en een kogel in de richting van agent [verbalisant 2]. Naar het oordeel van het Hof heeft de verdachte ook gedurende deze tijd zich nog kunnen beraden over het al dan niet verder uitvoering geven aan zijn voorgenomen plan.

2.5 Het kennelijke oordeel van het Hof dat de gevolgtrekking dat de verdachte zich gedurende enige tijd heeft kunnen beraden op het besluit genoemde politieagenten van het leven te beroven, zodat hij de gelegenheid heeft gehad na te denken over de betekenis en de gevolgen van zijn voorgenomen daad en zich daarvan rekenschap te geven, mede kan worden gebaseerd op hetgeen onder (i) en (ii) is overwogen, is niet begrijpelijk. Het Hof heeft immers weliswaar geoordeeld dat de verdachte vanaf het moment dat hij zich realiseerde dat de politie naar hem op zoek zou gaan, zich heeft kunnen beraden over “een te nemen besluit in het geval hij door de politie zou worden aangesproken” zonder evenwel aan te geven wat dat besluit inhield of waarop het zich beraden was gericht. Dat laatste geldt ook voor zover het zich beraden uitmondde in het “voorgenomen plan” waaraan de verdachte volgens het Hof uitvoering heeft gegeven. Het Hof heeft bovendien vastgesteld dat de verdachte, nadat hij door de politie was aangesproken, is weggelopen en eerst toen, dus na de confrontatie met de politie, het besluit heeft genomen het wapen tegen hen te gebruiken.

2.6 Het voorgaande in aanmerking genomen en gelet op hetgeen hiervoor onder 2.3 is vooropgesteld met betrekking tot mogelijke contra-indicaties, heeft het Hof ontorekend gemotiveerd dat de verdachte zich gedurende enige tijd heeft kunnen beraden op het besluit hoofdagent [verbalisant 1] en agent [verbalisant 2] van het leven te beroven en dat hij niet heeft gehandeld in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling.’

HR 13 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:48, NJ 2015/65 (*Pilaar*)
Moord (289 Sr)

‘2.2.3. Het Hof heeft, voor zover voor de beoordeling van het middel van belang, ten aanzien van de bewijsvoering voorts het volgende overwogen:
(...)

Getuige W. heeft verklaard dat verdachte tegen haar verteld heeft dat hij gedurende enige tijd achter een pilaar heeft staan wachten. Dit wordt niet weersproken door getuigenverklaringen; niemand heeft verklaard verdachte te hebben gezien voordat hij van onder de luifel vandaan zijn aanval inzette. In die situatie moet verdachte een steekwapen ter hand hebben genomen. Vervolgens is hij van achteren op V. afgerend, die op dat moment stond te praten met E., en heeft verdachte V. van achteren zonder dralen en doelgericht in zijn hoofd gestoken. Meteen daarna heeft verdachte zich zo snel mogelijk uit de voeten gemaakt.

Dit handelen van verdachte, in deze situatie, heeft naar zijn uiterlijke verschijningsvorm alle kenmerken van een tevoren beraamde aanslag en wordt door het hof gezien in het licht van de gewelddadige voorgeschiedenis van het slachtoffer met verdachte.

Op grond van voorgaande acht het hof wettig en overtuigend bewezen dat verdachte zich heeft schuldig gemaakt aan de moord op V. Het hof verwerpt de verweren.

2.3 (Herhaling standaardoverweging)

2.4. Het Hof heeft bij zijn oordeel dat de verdachte met voorbedachte raad heeft gehandeld, blijkens zijn bewijsoverweging betekenis toegekend aan de gewelddadige voorgeschiedenis van recente aard tussen de verdachte en V., in welk verband het Hof onder meer heeft vastgesteld dat de verdachte heeft bedreigd V. van het leven te beroven. Het Hof heeft mede daarom gesproken over een “tevoren beraamde” aanslag.

Voorts heeft het Hof – na onder meer te hebben vastgesteld dat “getuigen zien dat verdachte die avond telkens [bij een uitgaansgelegenheid] naar binnen en buiten loopt, dat hij aangeeft problemen met ‘iemand’ te hebben” en dat de verdachte aan E. aangeeft “dat hij even weg moet omdat hij iets moet halen” – blijkens zijn bewijsoverweging bij zijn oordeel betekenis toegekend aan het ontbreken van aanwijzingen voor de mogelijkheid dat het handelen van de verdachte het gevolg is geweest van enige ogenblikkelijke gemoedsopwelling en aan de tijd en gelegenheid die de verdachte heeft gehad om na te denken over zijn voorgenomen daad en de mogelijke gevolgen daarvan toen hij gedurende enige tijd achter een pilaar heeft staan wachten.

Aldus heeft het Hof zijn oordeel dat de verdachte zich in het onderhavige geval gedurende enige tijd heeft kunnen beraden op het te nemen of genomen besluit en dat hij niet heeft gehandeld in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling, ook gelet op hetgeen hiervoor onder 2.3 is vooropgesteld, toereikend gemotiveerd.

Anders dan het middel stelt, zijn de verklaringen van M., inhoudende dat er iets is gebeurd waardoor de verdachte boos werd (bewijsmiddel 7), en van T., inhoudende dat hij de verdachte heeft gezien voordat hij zijn aanval inzette (bewijsmiddel 9), met dat oordeel niet onverenigbaar.’

HR 20 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:93, NJ 2015/77 (V.)

Moord (289 Sr)

‘2.2.2 Deze bewezenverklaring steunt, voor zover voor de beoordeling van het middel van belang, op de volgende bewijsvoering:

(...)

Ten aanzien van het eerste scenario overweegt de rechtbank het navolgende. In dit scenario is verdachte midden in de nacht, terwijl V. lag te slapen, gewapend

met meerdere wapens doelbewust naar V. toegelopen om hem eerst een klap om zijn hoofd te geven en vervolgens meerdere malen te steken. Deze elementen van de uiterlijke verschijningsvorm dragen de conclusie dat verdachte voorafgaande aan het slaan, maar ook toen zij meermalen met een mes op het slachtoffer instak, tijd en gelegenheid heeft gehad zich te beraden op wat zij aan het doen was en zich daar rekenschap van te geven.

(...)

2.3 (Herhaling standaardoverweging)

2.4. Tegen de achtergrond van het voorafgaande heeft het Hof zijn oordeel dat de voorbedachte raad kan worden bewezenverklaard niet toereikend gemotiveerd. Daarbij neemt de Hoge Raad in het bijzonder in aanmerking dat het Hof kennelijk heeft geoordeeld dat de gelegenheid voor de verdachte om na te denken over de betekenis en de gevolgen van haar voorgenomen daad en om zich daarvan rekenschap te geven, zich in het bijzonder voordeed gedurende het tijdsbestek dat zij gewapend met meerdere wapens doelbewust naar V. is gelopen, dan wel gedurende het tijdsbestek dat zij gewapend met een slagvoorwerp naar V. is gelopen om hem een of meer klappen op zijn hoofd te geven waarna zij vervolgens een mes heeft gehaald en weer terug is gelopen naar V., terwijl het Hof niets heeft vastgesteld omtrent het tijdsverloop dat met die handelingen gemoeid is geweest.'

HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1233 (*Garage*)

Moord (289 Sr)

'2.3 Het Hof heeft geoordeeld dat het om het leven brengen van [slachtoffer] door de verdachte de uitvoering betrof van een scenario dat de verdachte eerder die dag had bedacht. Het Hof heeft daartoe vastgesteld dat de verdachte op het moment dat hij, na het klaarleggen van twee zeilen en een mes in de garage, in de woonkamer op de bank zat, daadwerkelijk heeft nagedacht over de betekenis en de gevolgen van zijn besluit om [slachtoffer] van het leven te beroven. Het Hof heeft tevens vastgesteld dat de verdachte op dat moment niet zijn eerdere gedachte om [slachtoffer] van het leven te beroven, heeft verlaten. Het heeft daartoe de uiterlijke verschijningsvorm van de gedragingen van de verdachte in aanmerking genomen, in het bijzonder dat de verdachte [slachtoffer] binnen hooguit acht minuten na haar aankomst in zijn woning daadwerkelijk om het leven heeft gebracht op de wijze zoals hij aanvankelijk had bedacht. Ten slotte heeft het Hof overwogen dat niet aannemelijk is geworden dat de verdachte in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling handelde toen hij [slachtoffer] van het leven beroofde en dat ook andere contra-indicaties voor het aannemen van voorbedachte raad niet aannemelijk zijn geworden.

Het oordeel van het Hof dat de verdachte "met voorbedachte raad" heeft gehandeld, is gelet op voornoemde vaststellingen toereikend gemotiveerd. In zoverre faalt het middel.'

3.2 Analyse

In een aantal uitspraken van de Hoge Raad worden overwegingen van het gerechtshof aangehaald waarin de uiterlijke verschijningsvorm werd gebruikt

in het kader van de voorbedachte raad. Net als bij medeplegen, is er bij voorbedachte raad geen sprake van een uniforme toepassingspraktijk van de uiterlijke verschijningsvorm: de figuur wordt door de gerechtshoven in het kader van verschillende onderdelen van voorbedachte raad gebruikt.

Voorbedachte raad is een bestanddeel dat functioneert als een strafverzwarende omstandigheid ten opzichte van een gronddelict. Zo geldt ten aanzien van (zware) mishandeling gepleegd met voorbedachte raad (artikelen 301 en 303) een hoger strafmaximum dan voor (zware) mishandeling (artikelen 300 en 302 Sr). Hetzelfde geldt voor moord. Moord (artikel 289 Sr) is doodslag (artikel 287 Sr) begaan met voorbedachte raad en wordt als zodanig met een hogere straf bedreigd dan doodslag.

Voor een bewezenverklaring van het bestanddeel voorbedachte raad moet komen vast te staan dat de verdachte zich gedurende enige tijd heeft kunnen beraden op het te nemen of genomen besluit en dat hij niet heeft gehandeld in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling. Een belangrijke aanwijzing dat sprake was van een dergelijk moment van 'kalm beraad' is het tijdsverloop tussen besluitvorming en uitvoering.⁹ In de uitspraken *Sint Odolphusstraat* en *V.* werd de uiterlijke verschijningsvorm door het gerechtshof gebruikt in het kader van de vaststelling van dit tijdsverloop. Ik bespreek dit in paragraaf 3.2.1.

Een wat bijzondere geval vormt de uitspraak *Garage*, waarin de verdachte aanvoerde dat hij zijn aanvankelijke plan om het slachtoffer van het leven te beroven had laten varen en vervolgens in een hevige gemoedsopwelling haar alsnog van het leven beroofde. De uiterlijke verschijningsvorm werd gebruikt om het verweer te weerleggen dat de verdachte zijn aanvankelijke voornemen had laten varen. Ik bespreek deze uitspraak in paragraaf 3.2.2.

In de uitspraken *Bar* en *Pilaar* wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om vast te stellen dat (geen) sprake is van een 'hevige gemoedsopwelling'. Deze uitspraken bespreek ik in paragraaf 3.2.3. Anders dan in de uitspraken *Sint Odolphusstraat* en *V.* ging het daarbij niet zozeer om het tijdsverloop, maar om een duiding van de gedraging.

3.2.1 Tijdsverloop

3.2.1.1 Arresten *Sint Odolphusstraat* en *V.*

In de uitspraak *Sint Odolphusstraat* werd de uiterlijke verschijningsvorm door het gerechtshof gebruikt om te bepalen op welk tijdstip het voornemen bij de verdachte was ontstaan om de agenten van het leven te beroven ('het besluit heeft genomen om het wapen in een confrontatie met de politieagenten tegen hen te gebruiken'), evenals om het moment te bepalen waarop hij aan dat

9 NLR, art. 289, aant. 3; T&C Sr, art. 289, aant. 9; De Hullu 2018, p. 261-264; Zie eveneens de 'standaardoverweging' van de Hoge Raad over voorbedachte raad, hier weergegeven in rechtsoverweging 2.3 van de *Bar*-uitspraak.

voornemen uitvoering had gegeven ('het besluit heeft genomen om daadwerkelijk uitvoering te geven'). Zo kon het voor voorbedachte raad relevante *tijdsverloop* tussen het ontstaan van het voornemen en de uitvoering daarvan worden bepaald.¹⁰

In de uitspraak *V.* werd de uiterlijke verschijningsvorm eveneens gebruikt om het tijdsverloop te bepalen. In die zaak noemen de rechtbank en het gerechtshof niet specifiek de momenten waarop het voornemen zou zijn ontstaan en het moment waarop daaraan uitvoering is gegeven, maar lijkt de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging wel te worden gebruikt om aan te geven op welk moment *in ieder geval* een voornemen bij de verdachte aanwezig is geweest.¹¹

3.2.1.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad?

Moment van uitvoering

Dat de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt om te bepalen op welk moment de verdachte is begonnen met de uitvoering van zijn voornemen, zoals in de uitspraak *Sint Odolphusstraat*, doet denken aan de pogingsjurisprudentie van de Hoge Raad. Zoals in hoofdstuk 2 aan de orde is gekomen wordt de uiterlijke verschijningsvorm daar door de Hoge Raad gebruikt als criterium om vast te stellen of sprake is van een 'begin van uitvoering'. Mede gelet op de door het gerechtshof gebruikte bewoordingen 'uitvoering te geven aan zijn voorgenomen plan', is niet duidelijk of hiermee precies hetzelfde wordt bedoeld als met 'begin van uitvoering'. Bij poging gaat het immers om het geven van uitvoering aan het *misdrijf*, niet om het geven van uitvoering aan het *voornemen*. Daar staat tegenover dat het gerechtshof in de uitspraak *Sint Odolphusstraat* niet het voor poging op grond van de *Cito*-formule vereiste van gerichtheid op voltooiing stelt. Zo wordt het verschil tussen uitvoering van het voornemen en uitvoering van het misdrijf door het gerechtshof mogelijk ondervangen. Toch is hier mijns inziens geen sprake van een met de pogingsjurisprudentie vergelijkbare toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm. De uiterlijke verschijningsvorm wordt dus niet zozeer gebruikt om de gedraging te kwalificeren – zoals bij poging – maar om het (precieze) *moment* te bepalen waarop de verdachte is begonnen met de uitvoering. In de jurisprudentie van de Hoge Raad over poging ben ik dit gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm niet tegengekomen.

10 De uiterlijke verschijningsvorm lijkt in dezelfde zin te worden gebruikt in de uitspraak van de Rechtbank Den Haag (ECLI:NL:RBSGR:2012:BW7864) die Van Kessel in haar artikel aanhaalt; zie Van Kessel 2012, p. 314.

11 De uiterlijke verschijningsvorm werd in deze uitspraken gebruikt om het tijdsverloop vast te stellen. Nu echter dat tijdsverloop in beide uitspraken de enige indicatie voor de voorbedachte raad was, is de facto de uiterlijke verschijningsvorm de enige schakel tussen de feiten in deze zaken en het bestanddeel voorbedachte raad.

Moment waarop besluit wordt genomen

Dat de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt om vast te stellen op welk moment de verdachte zijn besluit heeft genomen (zijn opzet is ontstaan), zoals in zowel de uitspraak *Sint Odolphusstraat* en *V.* aan de orde is, lijkt op het eerste gezicht in lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad beschreven in hoofdstuk 3. Bij nadere bestudering vallen echter twee verschillen met die jurisprudentie op.

Het eerste verschil is dat de uiterlijke verschijningsvorm in de twee voornoemde uitspraken niet werd gebruikt in het kader van voorwaardelijk opzet, zoals in de jurisprudentie beschreven in hoofdstuk 3 wel het geval is, maar in het kader van vol opzet. Dit geldt in ieder geval voor de uitspraak *V.* In de uitspraak *Sint Odolphusstraat* was – ook gelet op de casus – mogelijk sprake van voorwaardelijk opzet. Dat is op basis van de uitspraak echter niet helemaal duidelijk.

Een tweede verschil is dat de uiterlijke verschijningsvorm in deze twee uitspraken niet zozeer wordt gebruikt om de vraag te beantwoorden of de verdachte opzet had op het van het leven beroven van het slachtoffer – zoals in hoofdstuk 3 –, maar om het *moment* te bepalen waarop dit voornemen was ontstaan. Het moment waarop dit voornemen uiterlijk waarneembaar wordt, wordt aangemerkt als het moment waarop dat voornemen (in ieder geval) aanwezig moet zijn geweest bij de verdachte. In de jurisprudentie van de Hoge Raad over het (voorwaardelijk) opzet ben ik dit gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm niet tegengekomen.

3.2.2 *Het laten varen van het plan*

3.2.2.1 *Het Garage-arrest*

In de uitspraak *Garage* had de verdachte een plan uitgedacht om het slachtoffer, zijn ex-echtgenote, van het leven te beroven. Hij had het slachtoffer vervolgens ook overeenkomstig dat plan om het leven gebracht. De verdachte voerde voor de rechter evenwel het verweer dat hij op enig moment zijn gedachte om het slachtoffer van het leven te beroven had verlaten. Het (alsnog) doden van het slachtoffer zou vervolgens in een hevige gemoedsopwelling zijn gebeurd. De nare woorden en een duw van de ex-echtgenote zouden bij hem de stoppen hebben laten doorslaan. Nu het – hernieuwde – besluit om het slachtoffer van het leven te beroven pas kort voor het van het leven beroven van het slachtoffer was genomen, was volgens de verdediging geen sprake van ‘voorbedachte raad’ (geen moment van kalm beraad, maar een hevige gemoedsopwelling) en dus geen sprake van moord, maar (slechts) van doodslag. Het gerechtshof ging niet mee met dit verweer. Het gebruikte de uiterlijke verschijningsvorm om het verweer te weerleggen dat de verdachte op enig moment zijn voornemen om het slachtoffer van het leven te beroven had laten varen. In deze uitspraak speelde de uiterlijke verschijningsvorm dus niet zozeer een rol bij de voorbedachte raad zelf, als wel bij het *voornemen (opzet)* van de verdachte.

3.2.2.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad?

In hoofdstuk 3 is beschreven dat de uiterlijke verschijningsvorm in de jurisprudentie van de Hoge Raad een rol speelt bij opzet. In de uitspraken die ik ben tegengekomen speelt de uiterlijke verschijningsvorm (vrijwel) steeds een rol bij het voorwaardelijk opzet.¹² In de *Garage*-uitspraak werd de uiterlijke verschijningsvorm echter gebruikt in het kader van vol opzet. De verdachte had immers een plan en de vraag is of hij het voornemen om dat plan uit te voeren op enig moment heeft laten varen. Ook op dit laatste punt verschilt de *Garage*-uitspraak met de jurisprudentie van de Hoge Raad. De vraag is niet – zoals in de jurisprudentie beschreven in hoofdstuk 3 – of de verdachte een bepaald voornemen (opzet) had – dat was in *Garage* reeds gebleken – maar of hij op enig moment van dat voornemen is afgestapt. Hoewel het verweer daar wel enigszins aan doet denken, ging het hier niet om een verweer dat sprake is van vrijwillige terugtred. Volgens zijn verweer heeft de verdachte zijn voornemen immers *voordat* hij was begonnen met de uitvoering van het misdrijf verlaten, terwijl op grond van artikel 46b Sr van vrijwillige terugtred pas sprake is op het moment dat de verdachte eenmaal een uitvoeringshandeling heeft verricht.

De uiterlijke verschijningsvorm wordt door de Hoge Raad al gebruikt in het kader van het opzet. Ik vind het niet onvoorstelbaar dat de uiterlijke verschijningsvorm ook wordt gebruikt om vast te stellen of de verdachte niet langer opzet had op een bepaald gevolg. De mate waarin de uiterlijke verschijningsvorm in dergelijke gevallen wordt toegepast zal echter ook afhangen van de vraag in hoeverre de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm in de toekomst zal toepassen bij andere opzetgradaties. Dat is op dit moment nog niet duidelijk, zo bleek in hoofdstuk 3, paragraaf 2.3.

3.2.3 Hevige gemoedsopwelling of kalm beraad

3.2.3.1 Arresten *Bar* en *Pilaar*

In de uitspraken die leiden tot de arresten *Sint Odolphusstraat* en *V.* (zie paragraaf 3.2.1) hadden de gerechtshoven veel moeite gedaan om het tijdsverloop tussen het nemen van het besluit het geven van uitvoering daaraan vast te stellen. Voor het bewijs van voorbedachte raad is echter niet per se vereist dat de rechter precies vaststelt wanneer het besluit om het misdrijf te plegen door de verdachte is genomen, zo kan uit de uitspraak *Pilaar* worden afgeleid. In de uitspraak *Bar* werd evenmin aandacht besteed aan het (precieze) tijdsverloop.

In de uitspraak *Bar* werd de uiterlijke verschijningsvorm door het gerechtshof gebruikt bij de vaststelling dat de verdachte *niet handelde in een hevige gemoedsopwelling*, maar dat sprake was van kalm beraad. In de *Pilaar*-uitspraak

12 Zie voor de enige (mogelijke) uitzondering hfdst. 3, par. 2.3.

leidde het gerechtshof uit de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging af dat sprake was van een 'tevoreen beraamde aanslag' (en dus niet van een hevige gemoedsopwelling). Hoewel het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm in deze twee uitspraken doet denken aan het gebruik van de figuur in de uitspraken *Sint Odolphusstraat* en *V.*, is een verschil dat in die uitspraken specifiek werd verwezen naar het tijdsverloop, terwijl het daarom in de uitspraken *Bar* en *Pilaar* juist niet ging. Door de gerechtshoven werd niet vastgesteld op welk moment de verdachte precies zijn besluit nam. In de *Pilaar*-uitspraak lijkt deze benadering geen problemen op te leveren. In de uitspraak *Bar* werd gecasseerd, maar niet per se omdat de uiterlijke verschijningsvorm werd gebruikt, maar omdat het oordeel van het gerechtshof innerlijk tegenstrijdig was 'op een punt dat in het licht van de overwegingen van het Hof over uiterlijke aard en verschijningsvorm niet van ondergeschikte betekenis is'. De Hoge Raad wees het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm dus niet (expliciet) af.

3.2.3.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad?

Opvallend in de uitspraak *Bar* is dat de Hoge Raad ook in zijn eigen overweging (rechtsoverweging 2.4) de uiterlijke verschijningsvorm noemde. Mijns inziens moet daaraan evenwel niet te veel waarde worden gehecht, omdat de Hoge Raad slechts het gerechtshof parafraseert. Tegelijkertijd wijst de Hoge Raad dit gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm aldus ook niet (expliciet) af. In de *Pilaar*-uitspraak lijkt de Hoge Raad echter wat meer afstand te nemen van het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm. De Hoge Raad liet het oordeel van het gerechtshof in deze uitspraak in stand, maar 'herformuleerde' diens overwegingen wel en maakte daarbij geen gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm. Ik heb voor dit verschil geen verklaring kunnen vinden, anders dan dat de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm kennelijk nog niet nodig achtte. Dat de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm in de toekomst zal toepassen vind ik ook om twee andere redenen niet voor de hand liggen.

De eerste reden is dat het gebruik dat hier wordt gemaakt van de uiterlijke verschijningsvorm niet goed aansluit bij de toepassing die aan de uiterlijke verschijningsvorm wordt gegeven in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Anders dan bij de in de hoofdstukken 2-5 besproken leerstukken wordt de uiterlijke verschijningsvorm hier immers niet gebruikt om vast te stellen op welk doel of gevolg de gedraging is gericht (zie hierover hoofdstuk 7, paragraaf 2.2), maar om de gedraging te karakteriseren, te duiden. Ik kom hierop in paragraaf 5 nog terug.

De tweede reden is dat de Hoge Raad in beide uitspraken, voordat het de middelen bespreekt, zijn 'standaardoverweging' herhaalde, waarin het kader

dat geldt voor voorbedachte raad uiteen wordt gezet.¹³ Dit geldt overigens ook voor de in de paragrafen 3.2.1 en 3.2.2 besproken arresten. In die standaardoverweging wordt de uiterlijke verschijningsvorm niet genoemd. In geen van de besproken arresten lijkt de Hoge Raad aan te dringen op het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm. De Hoge Raad noemde de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van de voorbedachte raad hooguit onder verwijzing naar hetgeen het gerechtshof daarover heeft opgemerkt en in de meeste gevallen liet de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm achterwege. Anders dan bij bijvoorbeeld de poging en het voorwaardelijk opzet, ben ik geen uitspraken tegengekomen waarin de Hoge Raad het gerechtshof 'corrigeerde' omdat het heeft nagelaten de uiterlijke verschijningsvorm te gebruiken. Ik leid hieruit af dat de uiterlijke verschijningsvorm in de rechtspraak van de Hoge Raad (in beginsel) geen (zelfstandige) rol heeft bij de voorbedachte raad. In plaats daarvan wordt gebruikgemaakt van het kader zoals dat uiteen is gezet in het *Standaardarrest* over voorbedachte raad.¹⁴ Ik acht het dan ook niet waarschijnlijk dat de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm in de toekomst in het kader van voorbedachte raad gaat gebruiken.

3.2.4 *Samenvattende bevindingen over de uiterlijke verschijningsvorm bij voorbedachte raad*

In voorkomende gevallen wordt de uiterlijke verschijningsvorm door gerechtshoven gebruikt om vast te stellen op welk moment de verdachte het besluit heeft genomen om het misdrijf te plegen en/of om het moment te bepalen op welk moment de verdachte is aangevangen met het geven van uitvoering aan dit voornemen, om zo het voor voorbedachte raad relevante tijdsverloop te bepalen. De Hoge Raad wijst dit gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm in de hier besproken uitspraken niet (expliciet) af, maar lijkt dat gebruik ook niet te omarmen. Het gebruik dat hier wordt gemaakt van de uiterlijke verschijningsvorm vertoont op het eerste oog gelijkenissen met het gebruik dat van de uiterlijke verschijningsvorm wordt gemaakt door de Hoge Raad bij voorwaardelijk opzet en poging. Echter, anders dan bij poging en voorwaardelijk opzet wordt de uiterlijke verschijningsvorm hier niet gebruikt om een gedraging onder een delictsbestanddeel te plaatsen/juridisch te duiden, maar om een *moment* te bepalen. Dat is een andersoortig gebruik van de figuur. Om die reden acht ik het niet heel waarschijnlijk dat de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad op deze wijze toegepast zal worden.

De figuur van de uiterlijke verschijningsvorm wordt met enige regelmaat door gerechtshoven gebruikt om vast te stellen of bij de verdachte sprake was van kalm beraad dan wel een hevige gemoedsopwelling. Ik verwacht niet dat

13 De Hullu spreekt over 'een vast kader' voor voorbedachte raad; zie De Hullu 2018, p. 262. Bij de *Bar*-uitspraak (*r.o.* 2.3) heb ik deze standaardoverweging opgenomen.

14 HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:963, NJ 2014/156.

de uiterlijke verschijningsvorm in dit kader (op korte termijn) zal worden gebruikt door de Hoge Raad, ook omdat dit gebruik niet aansluit bij de toepassing die wordt gegeven aan de figuur bij andere leerstukken. De uiterlijke verschijningsvorm werd hier immers niet gebruikt om vast te stellen op welk doel of gevolg de gedraging was gericht, maar om die gedraging te karakteriseren (vgl. paragraaf 5 hierna). In plaats daarvan maakt de Hoge Raad gebruik van het kader zoals dat uiteen is gezet in het *Standaardarrest* over voorbedachte raad.

4 KWALIFICATIE-UITSLUITINGSGROND BIJ WITWASSEN (420BIS SR)

4.1 Jurisprudentie

HR 26 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2499, NJ 2019/102, m.nt. Reijntjes (*Witwassen*)

‘2.2.2.Het Hof heeft voorts het volgende overwogen:

(...)

Op grond van de hiervoor opgesomde feiten en omstandigheden, in hun onderlinge samenhang bezien, is het hof van oordeel dat de verdachte handelingen heeft verricht die er naar hun uiterlijke verschijningsvorm op gericht zijn geweest de criminele herkomst van de gelden te verbergen of te verhullen door die gelden niet te laten overboeken op zijn eigen rekening, maar op een rekening die niet op zijn naam stond maar waarover hij wel de beschikking had.

3.4. Het Hof heeft bewezenverklaard dat de verdachte tezamen en in vereniging met een ander in de periode van 11 tot en met 15 februari 2011 een geldbedrag van in totaal € 283.879 heeft verworven en voorhanden gehad. Blijkens de bewijsvoering bevond dat bedrag zich in die periode op de ten name van mededader [betrokkene 3] gestelde, doch feitelijk ter beschikking aan de verdachte staande bankrekeningen [0001], [0004], [0006] en [0003], terwijl de verdachte dat bedrag ten dele ook in contante vorm onder zich had. Het Hof heeft in dat verband vastgesteld dat:

- de verdachte [betrokkene 3] heeft overgehaald om zijn bankrekening [0001] ter beschikking te stellen voor de storting van een groot geldbedrag,
- de verdachte de beschikking heeft gekregen over de voornoemde bankrekeningnummers van [betrokkene 3] en de daarbij behorende bankpassen en inlogcodes,
- door een medewerker van OHRA Levensverzekeringen NV een totaalbedrag van € 283.879 is overgeboekt op bankrekening [0001] van [betrokkene 3], terwijl die niet gerechtigd was tot ontvangst van die verzekeringssommen,
- de verdachte onder gebruikmaking van op naam van zijn broer onderscheidenlijk van [betrokkene 5] gestelde IP-adressen een deel van het op bankrekening [0001] ontvangen geld heeft overgeboekt naar de bankrekeningen [0004] en [0003], alsook een overboeking heeft gedaan van bankrekening [0004] naar bankrekening [0006], en
- [betrokkene 3] kort na het storten van gelden op die bankrekeningen een deel daarvan contant heeft opgenomen en heeft overhandigd aan de verdachte.

Het op die vaststellingen gebaseerde oordeel van het Hof dat de verdachte het in de bewezenverklaring bedoelde geldbedrag niet slechts tezamen en in vereniging met een ander heeft verworven en voorhanden heeft gehad, maar dat zijn gedragingen ook (kennelijk) gericht zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst daarvan, getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is toereikend gemotiveerd.'

4.2 Analyse

Van witwassen is (onder andere) sprake wanneer de verdachte een voorwerp voorhanden heeft of verwerft terwijl hij weet dat dat voorwerp middellijk of onmiddellijk afkomst is uit enig misdrijf (artikel 420bis Sr). Op het moment dat de verdachte een voorwerp voorhanden heeft dat *onmiddellijk* afkomstig is uit een *door hemzelf* begaan misdrijf, dan valt die gedraging weliswaar onder de delictsomschrijving van artikel 420bis Sr, maar wordt dat feit op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad niet gekwalificeerd als (schuld)witwassen wanneer de verdachte geen gedragingen heeft verricht die 'gericht zijn op het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het voorwerp'.¹⁵ Omdat het feit niet kan worden *gekwalificeerd* als witwassen, wordt in dit verband over een kwalificatie-uitsluitingsgrond gesproken.¹⁶

4.2.1 De witwaszaak

In de hier beschreven witwaszaak werd de uiterlijke verschijningsvorm door het gerechtshof gebruikt om vast te stellen of sprake was van een gedraging gericht op het verhullen of verbergen van de criminele herkomst.¹⁷ Daarmee werd de uiterlijke verschijningsvorm hier door het gerechtshof gebruikt bij de beoordeling of de kwalificatie-uitsluitingsgrond aan de orde was.

4.2.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad?

De uiterlijke verschijningsvorm werd in de witwaszaak door het gerechtshof gebruikt om vast te stellen of de gedragingen waren *gericht* op het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het voorwerp. Zoals in hoofd-

15 Zie bijv. HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:BX6910, NJ 2013/266 en HR 13 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2842, NJ 2017/218. In dat geval kan de verdachte sinds 1 januari 2017 wel strafbaar zijn op grond van het – met een lagere straf bedreigde – 'eenvoudig (schuld)-witwassen' (artt. 420bis.1 en 420quater.1 Sr); zie hierover ook Arendse 2017(1).

16 Kooijmans 2014(2); Keulen 2016; Arendse 2017(1).

17 Zie in soortgelijke zin de overweging van hetzelfde gerechtshof aangehaald in de conclusie van AG Hofstee van 12 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:221. Het middel in deze zaak miste blijkens de conclusie feitelijke grondslag en werd door de Hoge Raad met artikel 81 RO afgedaan.

stuk 7, paragraaf 1.2 nog uitgebreider zal worden besproken, wordt de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad bij de leerstukken poging, (voorwaardelijk) opzet, strafbare voorbereiding en noodweer(exces) eveneens gebruikt om vast te stellen waarop de gedraging (bij strafbare voorbereiding: het voorwerp) was gericht. Net als bij poging is deze gerichtheid in deze zaak relevant in het kader van de kwalificatievraag. Net als bij noodweer(exces) gaat het evenwel niet om een positieve voorwaarde voor strafbaarheid, maar om een uitsluiting van strafbaarheid.

De hier opgenomen witwasuitspraak is de enige uitspraak van de Hoge Raad waarin ik dit gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm door een gerechtshof ben tegengekomen. De Hoge Raad liet het oordeel van het gerechtshof in deze uitspraak stand, maar noemde de uiterlijke verschijningsvorm zelf niet. Ook nu het slechts één uitspraak betreft, is daarmee niet duidelijk of de Hoge Raad hier wel of niet een rol ziet voor de uiterlijke verschijningsvorm. Gelet op de overeenkomsten met het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm bij andere leerstukken, acht ik het niet uitgesloten dat de uiterlijke verschijningsvorm in de toekomst toegepast zal worden in het kader van de kwalificatie-uitsluitingsgrond bij witwassen.

5 AANDUIDING VAN VOORWERP, TOESTAND OF GEDRAGING

5.1 Jurisprudentie en analyse

5.1.1 *Analyse van de jurisprudentie*

In verschillende uitspraken is de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om vast te stellen of het daadwerkelijk gaat om een bepaald *voorwerp*. Zo is de uiterlijke verschijningsvorm bijvoorbeeld gebruikt om vast te stellen dat sprake was van krulsla,¹⁸ een lasgenerator,¹⁹ xtc²⁰ en hennep en hasjesj.²¹ In een aantal andere uitspraken is de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om een *toestand* te beschrijven. Zo is de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om vast te stellen dat niet aannemelijk was dat de woning in gebruik was bij een ander,²² dat het veiligstellen van een vaartuig door de Dienst Binnenwaterbeheer en de gemeente Amsterdam niet kon worden beschouwd als inbeslagneming ten behoeve van strafvordering,²³ dat sprake was van een vervoermiddel dat kennelijk is ingericht of toegerust om goederen aan het ambtelijk toezicht te

18 HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7954, NJ 2001/14 (*Krulsla*).

19 HR 17 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF0625, NJ 2003/9.

20 HR 1 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1715, NJ 2008/408.

21 HR 11 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:902.

22 HR 18 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:663.

23 HR 22 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:964, NJ 2014/255.

onttrekken²⁴ en dat sprake is van een *res nullius/res derelicta*.²⁵ In weer andere uitspraken is de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt vast te stellen om wat voor *gedragingen* het ging. Zo werd de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om vast te stellen dat de verdachte zich een voertuig wederrechtelijk had toegeëigend²⁶ en dat de gedragingen seksueel van aard waren.²⁷

5.1.2 Toekomstige toepassing door de Hoge Raad?

Een overeenkomst tussen het hiervoor beschreven toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm en het gebruik dat van de uiterlijke verschijningsvorm wordt gemaakt bij de in de hoofdstukken 2-5 beschreven leerstukken, is dat de figuur wordt gebruikt om voorwerpen of gedragingen juridisch te duiden. Dat is – in de in onderhavige paragraaf beschreven gevallen – veelal nodig om een delictsbestanddeel te kunnen bewijzen. Een verschil is echter dat de uiterlijke verschijningsvorm in de hiervoor besproken uitspraken – anders dan bij de leerstukken beschreven in de hoofdstukken 2-5 – niet zozeer werd gebruikt om vast te stellen waarop een gedraging is gericht of waartoe een voorwerp is bestemd, maar om vast te stellen wat een voorwerp of gedraging ‘is’. Het gaat er niet om om vast te stellen waarop de gedraging of het voorwerp (vanaf het moment van handelen gezien) in de toekomst is gericht, maar om een beschrijving (achteraf) van de staat waarin het voorwerp of de gedraging was op het moment dat het werd aangetroffen/onderzocht.

In de meeste van voornoemde uitspraken gebruikte de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm niet zelf. De term werd gebruikt door deskundigen die een verklaring afleggen, opsporingsambtenaren in hun proces-verbaal, gerechtshoven en AG’s bij de Hoge Raad. De enige uitspraak waarin de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm zelf gebruikte, is de uitspraak over de lasgenerator uit 2002. Nadien heeft de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm niet meer in deze zin gebruikt. Ik leid hieruit af dat de Hoge Raad tot op heden geen (grote) rol ziet voor de uiterlijke verschijningsvorm bij de aanduiding van voorwerpen, toestanden en gedragingen. Ook gelet op de verschillen met de andere toepassingen van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad, acht ik het niet waarschijnlijk dat dit in de toekomst anders zal worden.

²⁴ HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3632.

²⁵ Conclusie van 10 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1356; conclusie van 28 mei 2019, ECLI:NL:PHR:2019:547.

²⁶ HR 3 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1055.

²⁷ Conclusie van 18 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1255.

5.2 Samenvattende bevindingen over de uiterlijke verschijningsvorm bij de aanduiding van voorwerp, toestand of gedraging

De uiterlijke verschijningsvorm is door gerechtshoven gebruikt om vast te stellen wat een voorwerp of gedraging 'is'. Het gaat er daarbij – anders dan in de jurisprudentie van de Hoge Raad beschreven in de hoofdstukken 2-5 – niet om om vast te stellen waarop de gedraging of het voorwerp (vanaf het moment van handelen bezien) in de toekomst is gericht, maar om een beschrijving (achteraf) van de staat waarin het voorwerp of de gedraging was op het moment dat het werd aangetroffen/onderzocht. De Hoge Raad heeft de uiterlijke verschijningsvorm in deze zin in één uitspraak uit 2002 gebruikt. Ik leid hieruit af dat de Hoge Raad tot op heden geen (grote) rol ziet voor de uiterlijke verschijningsvorm bij de aanduiding van voorwerpen, toestanden en gedragingen. Gelet op de verschillen met de huidige toepassingen van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad, acht ik het niet waarschijnlijk dat dit in de toekomst anders wordt.

6 SAMENVATTENDE BEVINDINGEN OVER DE OVERIGE VERSCHIJNINGSVORMEN VAN DE UITERLIJKE VERSCHIJNINGSVORM

Door lagere rechters, AG's bij de Hoge Raad en anderen, zoals opsporingsambtenaren in hun processen-verbaal, wordt de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt in het kader van medeplegen, voorbedachte raad, de kwalificatie-uitsluitingsgrond bij witwassen en de aanduiding van voorwerpen, toestanden en gedragingen. (Alleen) bij een aantal deelonderwerpen vertoont dit gebruik overeenkomsten met de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad bij de leerstukken, beschreven in de hoofdstukken 2-5. Nu de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van medeplegen, voorbedachte raad, de kwalificatie-uitsluitingsgrond en de aanduiding van voorwerpen, toestanden en gedragingen – op een enkele uitzondering na – niet zelf gebruikt en – ten aanzien van medeplegen en voorbedachte raad – andere beoordelingskaders in vaste jurisprudentie heeft uiteengezet, meen ik dat de Hoge Raad (voorlopig) geen (zelfstandige) rol ziet weggelegd voor de uiterlijke verschijningsvorm bij deze onderwerpen. Mogelijk is er wel een toekomstige rol voor de uiterlijke verschijningsvorm op kleine deelonderwerpen, zoals de vaststelling of de verdachte een uitvoeringshandeling heeft verricht (medeplegen).

Nu mijn onderzoek is gericht op de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm in de jurisprudentie van de Hoge Raad, laat ik deze onderwerpen, zoals reeds gezegd, in de volgende hoofdstukken buiten beschouwing. In de Slotbeschouwingen kom ik op dit onderwerp terug. Daar zal ik – in het licht van hetgeen in de volgende hoofdstukken aan de orde komt – aanbevelingen doen ten aanzien van de vraag of de uiterlijke verschijningsvorm in de toekomst

in de jurisprudentie van de Hoge Raad een rol zou moeten krijgen bij de hier besproken (en andere) onderwerpen.