



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

8 | Verdieping: problematisering vanuit andere perspectieven

1 INLEIDING

De vergelijking tussen de verschillende leerstukken in hoofdstuk 7 leverde naast een aantal leerstukoverstijgende eigenschappen van de uiterlijke verschijningsvorm ook drie verschillen op, waarvoor – vanuit de uiterlijke verschijningsvorm bezien – geen verklaring kan worden gegeven.¹ Deze drie verschillen laten, in de kern, zien dat de Hoge Raad wanneer de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast in het kader van de objectieve zijde van het strafbare feit (poging, strafbare voorbereiding) een andere benadering kiest dan wanneer de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt bij de subjectieve zijde ((voorwaardelijk) opzet, noodweer(exces)). Uit deze verschillen kan worden afgeleid dat de Hoge Raad terughoudender is met het toepassen van de uiterlijke verschijningsvorm bij de subjectieve zijde. In dit hoofdstuk wil ik wat verder uitdiepen wat dit verschil in benadering betekent. Ik doe dat vanuit een andere benadering dan in de hoofdstukken 2-7. In dit hoofdstuk kijk ik niet vanuit de individuele leerstukken, maar overzie ik meer van boven het slagveld. Ik wil dat doen door te verkennen of er gevallen (denkbaar) zijn waarin de uiterlijke verschijningsvorm in één zaak zowel voor de objectieve (poging, strafbare voorbereiding) als de subjectieve zijde (opzet) wordt gebruikt, welke gevallen dat zijn en wat dat betekent (paragrafen 2 en 3). Op deze wijze onderzoek ik de doorwerking van de uiterlijke verschijningsvorm op het onderscheid tussen de objectieve en de subjectieve zijde van het strafbare feit en de verhouding tussen deze twee. Ik betrek daarbij ook de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm, waardoor ik niet alleen vanuit de invalshoek objectief-subjectief, maar ook vanuit de invalshoek van het bewijs naar de verschillen kijk. Vanuit de invalshoek van het bewijs zal ik ook een vergelijking maken tussen de drempels die voor de uiterlijke verschijningsvorm gelden in het kader van de poging en strafbare voorbereiding (paragraaf 4) en opzet en noodweer(exces) (paragraaf 5).

Net als de voorgaande hoofdstukken is dit hoofdstuk beschrijvend van aard en gericht op het blootleggen van (in)consistenties bij de toepassing van

1 Zoals in hfdst. 7, par. 4 aan de orde is gekomen, kan dit wel worden verklaard vanuit de klassieke tweedeling die in de Nederlandse strafrecht dogmatiek wordt gemaakt tussen de objectieve zijde en de subjectieve zijde van het strafbare feit. Blijkbaar heeft de Hoge Raad deze tweedeling niet (helemaal) willen verlaten.

de uiterlijke verschijningsvorm. Ik vel dus (nog) geen oordeel. Dat bewaar ik tot mijn Slotbeschouwingen. Over het algemeen bouw ik voort op mijn bevindingen in de voorgaande hoofdstukken. In de paragrafen 3 en 5 zal ik echter een aantal aanvullende uitspraken opvoeren, die meer licht werpen het ‘samenvallen’ van de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm bij verschillende leerstukken.

2 OPZET EN POGING

2.1 Voornemen (opzet) en begin van uitvoering

2.1.1 *Analyse*

Van strafbare poging is blijkens artikel 45 Sr sprake op het moment dat het voornemen van de dader zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard. In de literatuur wordt aangenomen dat voornemen gelijk is aan opzet. Tenzij op basis van het grondmisdrijf een strenger opzetvereiste geldt,² omvat dit opzet alle opzetgradaties, dus ook voorwaardelijk opzet.³ Dit betekent dat het (in theorie) mogelijk is dat in bepaalde zaken de uiterlijke verschijningsvorm zowel wordt gebruikt in het kader van het bestanddeel ‘voornemen’ ((voorwaardelijk) opzet) als het bestanddeel ‘begin van uitvoering’ van artikel 45 Sr.⁴

Bij de bestudering van de rechtspraak van de Hoge Raad ben ik echter geen uitspraken tegengekomen waarin sprake was van een dergelijk ‘samenvallen’ van de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm. In uitspraken die ik in hoofdstuk 2 (poging) heb besproken was het voornemen steeds op grond van ander bewijs vastgesteld.⁵ De uiterlijke verschijningsvorm werd dan ook alleen gebruikt om vast te stellen of sprake was van ‘begin van uitvoering’.⁶ In de uitspraken die ik hoofdstuk 3 (opzet) besprak waarin een poging ten laste was gelegd, was telkens sprake van een voltooide poging. Daardoor speelde in die zaken (in cassatie) de vraag of sprake was van ‘begin van uitvoering’ niet. De uiterlijke verschijningsvorm werd dan ook alleen gebruikt om vast te stellen of sprake was van (voorwaardelijk) opzet op een bepaald gevolg.⁷

2 Als het grondmisdrijf bijvoorbeeld een oogmerk vereist, zal de peger ook het oogmerk moeten hebben gehad.

3 Zie De Hullu 2018, p. 401. De verschillende uitspraken die in hfdst. 3 zijn opgenomen waarin een poging ten laste was gelegd illustreren dit laatste.

4 Zie in soortgelijke zin Machielse 2008, p. 239-240.

5 In veel uitspraken die zijn opgenomen in hfdst. 3 ontkende de verdachte (in cassatie) niet dat hij het voornemen had gehad met misdrijf te plegen.

6 Zie hfdst. 2, par. 2.3 en 3.12.1.1.

7 Zie hfdst. 3, par. 3.7.10.

Mijn bevindingen ten aanzien van het *gebruik* dat wordt gemaakt van de uiterlijke verschijningsvorm, verklaren deels waarom van een dergelijk 'samenvallen' geen sprake is. Anders dan bij 'begin van uitvoering' – waar de uiterlijke verschijningsvorm een standaardcriterium is (zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.1) – wordt de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van het opzet lang niet altijd gebruikt. De uiterlijke verschijningsvorm wordt (voorlopig) immers alleen gebruikt bij het voorwaardelijk opzet en zelfs bij voorwaardelijk opzet wordt de figuur lang niet altijd toegepast. Er wordt pas teruggevallen op de uiterlijke verschijningsvorm als ander bewijs (verklaringen) ontbreekt of onvoldoende inzicht geeft (zie hoofdstuk 3, paragraaf 2.1).

Ook mijn bevindingen ten aanzien van de *invulling* die de uiterlijke verschijningsvorm bij poging en voorwaardelijk opzet heeft gekregen, nopen mijns inziens tot de conclusie dat zich niet vaak situaties zullen voordoen waarin in één zaak de uiterlijke verschijningsvorm zowel in het kader van het bestanddeel 'begin van uitvoering' als het bestanddeel 'voornemen' wordt gebruikt.

Een eerste relevante bevinding in dit verband is dat bij de poging in het kader van het bestanddeel 'begin van uitvoering' van artikel 45 Sr het voornemen van de verdachte bij de interpretatie (en kwalificatie) van de gedraging een belangrijke rol speelt. Met andere woorden: de gedraging wordt gezien vanuit het perspectief van het voornemen. Een heel aantal gedragingen krijgt pas betekenis op het moment dat duidelijk is wat het voornemen van de verdachte was, ofwel omdat de gedragingen er alledaags uitzien ofwel omdat zij een aanzet kunnen zijn tot verschillende misdrijven.⁸ Dat betekent dat in gevallen waarin het voornemen van de verdachte niet anderszins bekend is, lang niet altijd (ondubbelzinnig) kan worden vastgesteld waarop de gedraging was gericht.⁹ Alleen al daarom zal het in veel gevallen niet mogelijk zijn om het (voorwaardelijk) opzet van de verdachte uit uitsluitend de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging af te leiden. Dit laatste vormt de kern van de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm bij voorwaardelijk opzet. De uiterlijke verschijningsvorm wordt daar ingevuld aan de hand van de gedraging (fysieke gedraging en omstandigheden waaruit blijkt van de context). Het voornemen – om in de termen van artikel 45 Sr te spreken – wordt gezien vanuit het perspectief van de gedraging.

Wat hier ten tweede relevant is, is dat in zowel de *Cito*-formule bij poging als de *HIV 1*-formule bij voorwaardelijk opzet weliswaar wordt verwezen naar de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging, maar dat die formules voor het overige niet gelijkkluidend zijn. Een verschil tussen de *Cito*- en de *HIV 1*-formule is dat de *Cito*-formule niet alleen gerichtheid op het *misdrijf* (en dus op een bepaald gevolg), maar ook gerichtheid op *voltooiing* van dat misdrijf

8 Zie hfdst. 2, par. 3.12.1.1.

9 Illustratief in dit verband is HR 1 juli 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0511, NJ 1997/427 (*Het Trefpunt*); zie hfdst. 2, par. 3.12.1.1.

omvat.¹⁰ Dit betekent dat bij poging niet alleen wordt beoordeeld op welk gevolg een gedraging is gericht, maar ook in welk stadium die gedraging zich bevindt. Dit wekt de verwachting dat zich gevallen voordoen waarin het voornemen – via het voorwaardelijk opzet – wél op basis van de uiterlijke verschijningsvorm kan worden vastgesteld, maar waarin op grond van de *Cito*-formule niet kan worden vastgesteld dat sprake is van ‘begin van uitvoering’, omdat de gedragingen nog niet een stadium hebben bereikt waarin sprake is van gerichtheid op voltooiing.¹¹ Deze (op zichzelf logische) veronderstelling wordt echter niet bevestigd door mijn analyse. Uit mijn analyse volgt immers dat – voor zover wordt gekeken naar de objectieve omstandigheden – de drempel bij het voorwaardelijk opzet hoger ligt (vgl. hoofdstuk 7, paragraaf 3.4).

Dit laatste hangt samen met een ander verschil tussen de *Cito*-formule en de *HIV 1*-formule. Op grond van de *Cito*-formule moet worden getoetst of de gedraging *gericht* is op het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf. Op grond van de *HIV 1*-formule moet – om voorwaardelijk opzet aan te kunnen nemen – de gedraging echter *zozeer zijn gericht* op een bepaald gevolg dat het *niet anders kan zijn* dan dat de verdachte dat gevolg heeft aanvaard. In hoofdstuk 3 constateerde ik al dat de drempel bij voorwaardelijk opzet eigenlijk alleen gehaald wordt in gevallen waarin sprake is van een voltooid delict of een voltooide poging. Dit hangt er waarschijnlijk mee samen dat, zoals hiervoor al aan de orde kwam, dezelfde gedragingen op meerdere gevolgen gericht zijn. Zeker wanneer net een aanvang wordt gemaakt met de gedraging, zal niet altijd duidelijk zijn waarop de gedraging precies was gericht. Naarmate de verdachte verder komt in zijn uitvoering, zal steeds duidelijker worden waarop zijn gedraging (precies) is gericht.¹² Wanneer sprake is van een voltooid misdrijf of een voltooide poging zal de vraag of sprake is van ‘begin van uitvoering’ niet spelen. Ook om deze reden zal het dus niet snel gebeuren dat de uiterlijke verschijningsvorm in één zaak zowel voor het vaststellen van ‘begin van uitvoering’ als van ‘voornemen’ wordt gebruikt.

10 Zie hfdst. 2, par. 2.1 en 3.12.1.2.

11 Zie in deze zin Machielse 2008, p. 240.

12 Zo is wanneer een verdachte een ander met een mes heeft gestoken, afhankelijk van de volgende omstandigheden of de gedraging kan worden aangemerkt als te zijn gericht op levensberoving, zwaar lichamelijk letsel of letsel: (de aard van) het voorwerp dat wordt gebruikt; of de verdachte een slaande of een stekende beweging heeft gemaakt; de frequentie waarmee is gestoken; in de richting van welk lichaamsdeel de verdachte het voorwerp heeft bewogen. Zie hfdst. 3, par. 3.1.2 en 3.2.1. Dit zijn omstandigheden die pas kunnen worden vastgesteld in de (laatste) fase van de daadwerkelijke uitvoering van het voornemen.

2.1.2 *Bevindingen en duiding daarvan: de gedraging vanuit het perspectief van het opzet en het opzet vanuit het perspectief van de gedraging (wanneer dat vanuit het perspectief van bewijs niet anders kan)*

Bij het bestanddeel ‘begin van uitvoering’ wordt de gedraging gezien vanuit het perspectief van het vastgestelde voornemen (opzet) van de verdachte. In gevallen waarin bij voorwaardelijk opzet de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast, is sprake van de spiegelbeeldige situatie: het opzet wordt gezien vanuit het perspectief van de gedraging. Deze twee spiegelbeeldige perspectieven maken het op zichzelf al minder goed denkbaar dat in een zaak de uiterlijke verschijningsvorm zowel in het kader van het bestanddeel ‘begin van uitvoering’ als het bestanddeel ‘voornemen’ van artikel 45 Sr wordt gezien. Daar komt bij dat de uiterlijke verschijningsvorm bij het opzet alleen wordt gebruikt in het kader van het voorwaardelijk opzet, en dan nog alleen als ander bewijs ontbreekt. Het opzet wordt dus alleen gezien vanuit het perspectief van de gedraging als dat – in verband met het (ontbreken van ander) bewijs – niet anders kan. Vanuit het perspectief van bewijs is verder relevant dat de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm bij het voorwaardelijk opzet over het algemeen pas wordt gehaald als sprake is van een voltooide poging of een voltooid misdrijf. Nu bij een voltooid misdrijf of een voltooide poging de vraag of sprake is van ‘begin van uitvoering’ niet speelt, betekent het vorenstaande dat het in de praktijk niet (snel) zal voorkomen dat de uiterlijke verschijningsvorm in dezelfde zaak zowel voor het bestanddeel ‘begin van uitvoering’ als – via het voorwaardelijk opzet – voor het bestanddeel ‘voornemen’ wordt gebruikt.

De hoge drempel die – blijkens deze vergelijking – de uiterlijke verschijningsvorm opwerpt bij voorwaardelijk opzet laat zien dat niet zomaar op de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging wordt vertrouwd.

2.2 Contra-indicaties voor voorwaardelijk opzet en vrijwillige terugtrekking

2.2.1 *Analyse*

In hoofdstuk 3, paragraaf 3.7.9 beschreef ik een aantal omstandigheden die in het kader van het voorwaardelijk opzet (mogelijk) gelden als een contra-indicatie en die dus kunnen bijdragen aan het oordeel dat de gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm *niet* was gericht op voltooiing van het misdrijf. Het ging onder meer om de omstandigheid dat de verdachte de gedraging tijdig en (volledig) uit zichzelf staakt en de omstandigheid dat de verdachte maatregelen heeft genomen om de gevolgen te voorkomen. Dit zijn ook omstandigheden die, in het kader van de poging, worden betrokken bij de vraag of de verdachte vrijwillig is teruggetreden (artikel 46b Sr). Zij doen daar zelfs zozeer aan denken dat AG Machielse bij de *Stiefmoeder*-uitspraak – waarin de

verdachte er een beroep op deed dat zij de hulpdiensten had gebeld om te voorkomen dat het slachtoffer zou overlijden – concludeerde dat de Hoge Raad in deze zaak ambtshalve zou moeten casseren wegens een ‘rechtstreeks en ernstig vermoeden (...) dat artikel 46b Sr hier van toepassing is’.¹³ Ondanks dat de omstandigheden erg op elkaar lijken, betekent dit niet dat de vraag van vrijwillige terugtred via het voorwaardelijk opzet kan worden geadresseerd of dat – andersom – de vrijwillige terugtred ertoe kan leiden dat wordt aangenomen dat geen sprake was van voorwaardelijk opzet.¹⁴ Het belangrijkste verschil tussen beide is het ‘tijdsaspect’. Ik licht dit toe.

Van vrijwillige terugtred kan pas sprake zijn nadat de verdachte eerst is begonnen met de uitvoering van het misdrijf. Dat betekent dat de verdachte aanvankelijk wel een voornemen had en daar met zijn gedraging uitvoering aan gaf. Bij voorwaardelijk opzet, daarentegen, is het verweer dat de verdachte vanaf het eerste begin bepaalde gevolgen niet beoogde (aanvaardde). Dat betekent dat de tegenmaatregelen ofwel vanaf het eerste begin moeten zijn genomen, ofwel – als zij pas later worden genomen – dusdanig moeten zijn dat daaruit kan worden afgeleid dat de verdachte vanaf het eerste begin bepaalde gevolgen niet beoogde of aanvaardde. De door mij bestudeerde jurisprudentie bevestigt dit beeld. In de (enige) gevallen waarin werd aangenomen dat de verdachte de gevolgen van zijn gedragingen niet aanvaardde omdat hij tegenmaatregelen had genomen (de uitspraken *Veiligheidspal* en *Vuurpijl*), had de verdachte deze tegenmaatregelen vanaf het eerste begin genomen.¹⁵

De uitspraak *Lekkanaal* illustreert dat tegenmaatregelen – ook als zij pas later zijn genomen – in de weg kunnen staan aan het aannemen van voorwaardelijk opzet, maar wel alleen als zij zo sterk zijn dat daaruit kan worden afgeleid dat de verdachte het gevolg vanaf het allereerst begin niet heeft gewild.¹⁶

Ik merk daarbij op dat het gegeven dat de tegenmaatregelen onvoldoende zijn om als contra-indicatie te dienen voor het voorwaardelijk opzet, niet betekent dat, als de gevolgen niet zijn ingetreden, die tegenmaatregelen niet

13 De Hoge Raad reageerde hierop (*r.o.* 3.2) door voorop te stellen dat ambtshalve cassatie bijzonder spaarzaam wordt toegepast. Daarbij kwam, volgens de Hoge Raad, dat de beoordeling of sprake was van vrijwillige terugtred afhankelijk is van de bijzondere omstandigheden van geval en daarmee verband houdende feitelijke vaststellingen en waarderingen. Dat oordeel kon, aldus de Hoge Raad, niet voor het eerst in cassatie aan de orde komen.

14 Dat zou betekenen dat vrijwillige terugtred een opzetverweer zou worden, maar daarvan is in de jurisprudentie van de Hoge Raad geen sprake.

15 Zie hfdst. 3, par. 3.1.2 en 3.3.

16 Zie hfdst. 3, par. 3.1.3. In de uitspraak *Lekkanaal* had was de verdachte met zijn voertuig met daarin zijn ex-echtgenote en zijn dochtertje het kanaal ingereden. Hij had vooraf geen maatregelen genomen om te voorkomen dat zijn dochtertje zou verdrinken. Hij had zijn dochtertje echter wel meteen uit het voertuig gered. Daaruit kon worden afgeleid dat hij nooit (vanaf het begin af aan niet) had gewild dat zijn dochtertje zou overlijden.

alsnog zouden kunnen bijdragen aan het oordeel dat sprake was van vrijwillige terugtred. Zo had in de hiervoor al genoemde *Stiefmoeder*-uitspraak mogelijk nog wel sprake kunnen zijn van vrijwillige terugtred, ook al waren de genomen tegenmaatregelen onvoldoende en te laat genomen om nog als contra-indicatie voor (voorwaardelijk) opzet te dienen. Of de genomen maatregelen daarvoor voldoende waren, weten we niet. De Hoge Raad ging er, ondanks het pleidooi van de AG, niet op in.

Niet alleen op het punt van het tijdsaspect verschillen de mogelijkheden om een beroep te kunnen doen op het hebben genomen van tegenmaatregelen in het kader van voorwaardelijk opzet en vrijwillige terugtred van elkaar. Vrijwillige terugtred kan slechts aan de orde kan zijn als de gevolgen uitblijven.¹⁷ Een verweer ten aanzien van het opzet kan evenwel ook gevoerd worden als de gevolgen wél intreden. Illustratief zijn hier opnieuw de uitspraken *Vuurpijl* en *Veiligheidspal*. Het gevolg – de brand respectievelijk de dood van het slachtoffer – was in beide zaken wel degelijk ingetreden. Toch werd geen voorwaardelijk opzet aangenomen, omdat de verdachte vanaf het eerste begin maatregelen had genomen om dat gevolg te voorkomen.

2.2.2 *Bevindingen en duiding daarvan: het opzet gaat aan de gedraging vooraf, de gedraging is niet zonder meer leidend*

Een aantal door mij gevonden contra-indicaties voor voorwaardelijk opzet doen denken aan omstandigheden die worden betrokken bij vrijwillige terugtred. Toch bestaan er verschillen. Om als contra-indicatie te dienen voor voorwaardelijk opzet, moeten de tegenmaatregelen die door de verdachte worden genomen in een zodanig stadium aanwezig zijn genomen (vanaf het eerste begin) of zo sterk zijn, dat daaruit kan worden afgeleid dat de verdachte vanaf het allereerste moment het gevolg niet heeft beoogd/aanvaard. Bij vrijwillige terugtred beoogde of aanvaardde de verdachte het gevolg daarentegen aanvankelijk wel, maar is hij op enig moment tijdens de uitvoering van het misdrijf tot inkeer gekomen en heeft hij vervolgens (helpen) voorkomen dat het misdrijf werd voltooid. Er is dus een verschil ten aanzien van het tijdsaspect. Het opzet, zo kan hieruit worden afgeleid, gaat (bij poging) aan de gedraging vooraf.

Een tweede verschil is dat op vrijwillige terugtred op grond van artikel 46b Sr slechts een geslaagd beroep kan worden gedaan als het misdrijf niet is voltooid. Contra-indicaties ten aanzien van het voorwaardelijk opzet kunnen evenwel ook bij een voltooid misdrijf worden ingeroepen. De gedraging is, zo blijkt hieruit, ten aanzien van het opzet dus niet (zonder meer) leidend.

¹⁷ Op grond van artikel 46b Sr kan uitsluitend sprake zijn van vrijwillige terugtred zolang het misdrijf niet is voltooid.

3 OPZET EN VOORBEREIDING

3.1 Jurisprudentie (aanvullend)

HR 7 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH9025, NJ 2009/401 (*Bestorming ADO-home*)
Voorbereiding zware mishandeling (artikel 302 Sr)

De verdachte was, samen met anderen, met een voertuig vol met wapens (waaronder honkbalknuppels, boksbeugels, ploertendoders) aangehouden. Zij waren Ajax-supporters onderweg naar ADO-Den Haag met als doel verhaal te halen, omdat ADO-supporters het Ajax-home twee keer in de brand hadden gestoken. Het was de bedoeling om te gaan vechten met de ADO-supporters. De verdachte had dit zelf verklaard. Hij had eveneens verklaard dat hij wist dat er een baksteen, een houten knuppel en twee paraplu's in de auto lagen. Zelf had hij een gummiknuppel en vier tentstokken meegenomen, naar eigen zeggen om te gebruiken tegen mensen die hem iets wilden aandoen. Hij had geweten dat een van de medeverdachten een gummiknuppel bij zich had. Volgens het gerechtshof had de verdachte

‘welbewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat in elk geval de door hem meegebrachte wapens zouden worden gebruikt om mee te vechten en dat – gelet op de aard van deze wapens, die daartoe in ieder geval in hun gezamenlijkheid beoordeeld kennelijk bestemd waren – aan de in het ADO-home aanwezige supporters zwaar lichamelijk letsel zou worden toegebracht’.

In cassatie werd gesteld dat het gerechtshof ten onrechte voorwaardelijk opzet toereikend had geacht voor de bewezenverklaring. Dit middel steunde, volgens de Hoge Raad, op een onjuiste opvatting.

3.2 Analyse

Het opzet van de verdachte moet bij strafbare voorbereiding op grond van artikel 46 Sr niet alleen zijn gericht op de gedraging (het voorhanden hebben van de voorwerpen), maar ook op de bestemming van de voorwerpen. Blijkens het *Bestorming ADO-home*-arrest van de Hoge Raad kan voorwaardelijk opzet – ook in het kader van de (kennelijke) bestemming – voldoende zijn. Dat zou betekenen dat het ook in het kader van strafbare voorbereiding kan voorkomen dat in dezelfde zaak de uiterlijke verschijningsvorm zowel voor het bestanddeel ‘opzet’¹⁸ als het bestanddeel ‘bestemd’ van artikel 46 Sr wordt gebruikt. De uiterlijke verschijningsvorm zou dan in één zaak zowel voor de objectieve als de subjectieve zijde van het strafbare feit worden gebruikt.

18 Het opzet op het voorhanden hebben van het voorwerp laat ik hier verder buiten beschouwing, omdat in het kader van dat bestanddeel de uiterlijke verschijningsvorm in de jurisprudentie geen rol heeft.

Een vraag die de jurisprudentie van de Hoge Raad echter bij mij oproept is of de Hoge Raad in het kader van strafbare voorbereiding wel daadwerkelijk genoeg neemt met voorwaardelijk opzet (in dezelfde zin als bij voltooide misdrijven en pogingen). Dat sprake kan zijn van voorwaardelijk opzet, lijkt zich immers moeilijk te verhouden tot mijn bevinding in hoofdstuk 4, paragraaf 4.1.2 dat het misdadige doel voldoende concreet moet worden bepaald en dat in ieder geval bekend moet zijn welke objecten de verdachte (mogelijk) op het oog had. Hoe moet dit worden gezien? Ik meen dat er in het kader van het bestanddeel 'bestemd' geen sprake is van voorwaardelijk opzet, maar van een 'voorwaardelijke bestemming'.¹⁹ Ik licht dit toe.

In zowel de uitspraak *Bestorming ADO-home* als in het *Prinsjesdag*-arrest²⁰ was een concreet object in beeld (het ADO-home in Den Haag respectievelijk een aantal locaties in Den Haag). In beide zaken was ook duidelijk dat de verdachte een misdadig doel had. In *Bestorming ADO-home* was de verdachte, zo blijkt ook uit de door hemzelf afgelegde verklaring, immers onderweg naar Den Haag om daar 'met een grote groep te gaan vechten met ADO-supporters'. Dat gedrag zal – op zijn minst – mishandeling of openlijke geweldpleging opleveren. In de *Prinsjesdag*-uitspraak was duidelijk dat de verdachte een gewapende overval aan het plannen was. In beide uitspraken was dan ook niet de vraag óf de verdachte een misdadig doel had. Wat de vraag wel was, was of ook een aantal (mogelijke) verderstrekkende gevolgen van het toekomstige misdrijf betrokken konden worden bij de tenlastelegging van voorbereiding. Zo was in de *Bestorming ADO-home*-uitspraak de vraag aan de orde of de verdachte niet alleen mishandeling, maar ook *zware* mishandeling had voorbereid. In de *Prinsjesdag*-uitspraak was het de vraag of de verdachte niet alleen diefstal met geweld, maar – nu hij riskeerde in een vuurgevecht te geraken – ook *moord* had voorbereid.

De redenering in de *Prinsjesdag*-uitspraak lijkt te zijn dat nu de verdachte vuurwapens en een kogelwerend vest onder zich had, hij rekening had gehouden met de mogelijkheid dat het tot een vuurgevecht zou komen, met eventueel dodelijke slachtoffers tot gevolg.²¹ Annotator Rozemond spreekt in dit verband over een 'voorwaardelijke bestemming'. In de *ADO home*-uitspraak lijkt een soortgelijke redenering te zijn toegepast door het gerechtshof. Er werd aangenomen dat de verdachte er rekening mee had gehouden dat de voorwerpen ingezet zouden worden tijdens het gevecht (waarom zou hij ze anders meenemen?). De voorwerpen waren van zodanige aard dat daarmee zwaar lichamelijk letsel zou worden toegebracht als ze zouden worden ingezet. Ook hier waren de voorwerpen dus voorwaardelijk – voor het geval het zou komen tot een gevecht – bestemd tot het plegen van zware mishandeling. Ik blijf dan ook bij mijn bevinding uit hoofdstuk 4 dat het misdadige doel behoorlijk

19 Ik ontleen deze term aan Rozemond. Zie diens noot bij het *Prinsjesdag*-arrest.

20 Zie voor deze laatste uitspraak hfdst. 4, par. 2.

21 Vgl. de conclusie van AG Hofstee, onder 36.

concreet moet komen vast te staan. Voor de vaststelling van het *misdadige doel* is voorwaardelijk opzet *niet* voldoende. Dat betekent dat in de praktijk geen sprake zal zijn van het samenvallen van het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm bij de bestanddelen ‘opzet’ en ‘bestemd’ uit artikel 46b Sr. Ik ben dergelijke uitspraken ook niet tegengekomen.

Dat neemt, zo blijkt uit bovenstaande eveneens, niet weg dat in een aantal gevallen dat wat de verdachte beoogt (zijn misdadige doel) nog andere (verdergaande) gevaren in het leven kan roepen. In dergelijke gevallen is de vraag of de verdachte op de koop toeneemt dat die gevaren zich zullen verwezenlijken. In zoverre kan worden gesproken van ‘voorwaardelijk opzet’ op die gevolgen of, in de woorden van Rozemond, een ‘voorwaardelijke bestemming’ van voorwerpen. Uit voornoemde uitspraken volgt dat de ‘voorwaardelijke bestemming’ uit de voorwerpen zelf kan worden afgeleid. Een voorwaardelijke bestemming kan worden aangenomen op het moment dat uit de voorwerpen blijkt dat de verdachte rekening hield met bepaalde gevolgen en zich daarop had voorbereid. Hoewel de uiterlijke verschijningsvorm in de uitspraken *ADO-home* en *Prinsjesdag* niet (expliciet) wordt genoemd, wordt de voorwaardelijke bestemming (en dus het voorwaardelijk opzet op bepaalde nevengevolgen) in deze uitspraken dus wel degelijk uit de uiterlijke verschijningsvorm van de voorwerpen afgeleid. Een vraag is wel waarom dit niet expliciet wordt gemaakt. Is hier toch sprake van enige aarzeling dan wel terughoudendheid om in het kader van het misdadige doel de uiterlijke verschijningsvorm te noemen? Dat zou in mijn ogen bevestigen dat de Hoge Raad eraan hecht dat het misdadige doel zelfstandig wordt vastgesteld en wil voorkomen dat daarover misverstanden ontstaan. Dit zou – opnieuw – een aanwijzing vormen dat de Hoge Raad nog altijd hecht aan het maken van een onderscheid tussen de objectieve en de subjectieve zijde van het strafbare feit.

3.3 Bevindingen en duiding daarvan: het perspectief van de intentie of het perspectief van de gedraging?

De jurisprudentie van de Hoge Raad over strafbare voorbereiding laat een enigszins diffuus beeld zien. Enerzijds wordt benadrukt dat het misdadige doel afzonderlijk moet worden vastgesteld. Voor dit misdadige doel lijkt voorwaardelijk opzet niet voldoende. Dit vormt een signaal dat de Hoge Raad bij strafbare voorbereiding waarde hecht aan het onderscheid tussen de subjectieve en de objectieve zijde van het strafbare feit. Anderzijds geldt dat als het misdadig doel eenmaal afzonderlijk is vastgesteld, blijkens de uitspraken *ADO-home* en *Prinsjesdag*, uit de uiterlijke verschijningsvorm van de voorwerpen wel mag worden afgeleid met welke nevengevolgen van zijn handelen de verdachte rekening hield en op de koop toe nam. In zoverre wordt het onderscheid tussen de objectieve en de subjectieve zijde van het strafbare feit toch

weer iets gerelativeerd. De intentie mag immers (deels) uit de uiterlijke verschijningsvorm worden afgeleid.

Alles overziend meen ik dat de zelfstandige rol die het misdadige doel op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad heeft nog steeds overeind staat. Het misdadige doel is leidend. Daarmee worden de voorwerpen – in de eerste plaats – bezien vanuit het perspectief van de intentie van de verdachte. Dit misdadige doel zal voldoende concreet moeten zijn vastgesteld. Pas in tweede instantie kan uit de voorwerpen worden afgeleid met welke nevengevolgen van zijn gedraging de verdachte verder nog rekening hield (opzet vanuit perspectief gedraging).

4 POGING EN VOORBEREIDING

4.1 Afbakening poging en voorbereiding

4.1.1 Analyse

De uiterlijke verschijningsvorm wordt bij poging gebruikt om vast te stellen of sprake is van 'begin van uitvoering'. Daardoor heeft de uiterlijke verschijningsvorm een rol bij de afbakening van poging (begin van uitvoering) en voorbereiding ((nog) geen begin van uitvoering).²² Tegelijkertijd wordt de uiterlijke verschijningsvorm als criterium gebruikt om vast te stellen of sprake is van strafbare voorbereiding. Dit roept vragen op. Hoe kan hetzelfde criterium zowel worden gebruikt voor de vaststelling dat sprake is van poging (en dus niet (meer) van voorbereiding) als voor de vaststelling dat sprake is van strafbare voorbereiding? Het antwoord op deze vraag is dat het *Cito*-criterium bij poging uiteenvalt in twee 'vereisten': er moet sprake zijn van (1) gerichtheid op het misdrijf en (2) gerichtheid op voltooiing van dat misdrijf.

Met de zinsnede in de *Samir A.*-formule bij strafbare voorbereiding dat de voorwerpen 'naar uiterlijke verschijningsvorm dienstig kunnen zijn voor het misdadige doel dat de verdachte met het gebruik voor ogen stond' lijkt in de kern hetzelfde tot uitdrukking te worden gebracht als met het vereiste van gerichtheid op het misdrijf bij poging. In beide gevallen is de vraag of er sprake was van een gerichtheid op het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf. De omstandigheden die daarvoor relevant zijn, zijn bij poging en strafbare voorbereiding vergelijkbaar. Zowel bij poging als bij strafbare voorbereiding speelt de intentie van de verdachte (voornemen/misdadige doel) een belangrijke rol. De gedragingen worden geïnterpreteerd in het licht van de misdadige intentie. Eveneens is zowel bij poging als bij strafbare voorbereiding relevant of de verdachte middelen voorhanden had die dienstig kunnen

22 Zie nader hfdst. 2, par. 2.1.1.

zijn bij de uitvoering van het misdrijf en kan het gebruik dat van de voorwerpen is gemaakt betrokken worden bij de uiterlijke verschijningsvorm.²³

Het verschil tussen poging en voorbereiding is dat bij strafbare poging, anders dan bij de strafbare voorbereiding op grond van de *Cito*-formule, ook de *gerichtheid op voltooiing* van het misdrijf is vereist. Ik ging hierop in hoofdstuk 7, paragraaf 2.4 al in. Juist deze gerichtheid op voltooiing markeert het onderscheid tussen strafbare voorbereiding en poging. De omstandigheden die worden betrokken bij de gerichtheid op voltooiing (zie hoofdstuk 2, paragraaf 3.12.2) zijn doorslaggevend bij het antwoord op de vraag of nog slechts sprake is van voorbereiding of dat al sprake is van begin van uitvoering (poging). Dit bevestigt mijns inziens mijn eerdere bevinding dat bij de poging een onderscheid kan worden gemaakt tussen het 'gerichtheid op het misdrijf-vereiste' en het 'gerichtheid op de voltooiingsvereiste'. Anders dan bij de gerichtheid op het misdrijf, speelt bij de gerichtheid op voltooiing de intentie van de verdachte geen centrale rol. In de jurisprudentie kunnen objectieve omstandigheden worden aangewezen op basis waarvan wordt vastgesteld of aan het vereiste van gerichtheid op voltooiing is voldaan.

4.1.2 *Bevindingen en duiding daarvan: gerichtheid op het misdrijf (intentie leidend) vs. gerichtheid op voltooiing (objectieve omstandigheden leidend)*

Zowel bij poging als bij strafbare voorbereiding wordt beoordeeld of sprake is van een gerichtheid op het in de tenlastelegging opgenomen grondmisdrijf. Bij poging en strafbare voorbereiding worden vergelijkbare omstandigheden betrokken bij de beoordeling – aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm – of sprake is van een dergelijke gerichtheid. Op dit punt is er in de praktijk dan ook geen (wezenlijk) verschil. Wat wel verschilt is dat bij strafbare poging, anders dan bij de strafbare voorbereiding, daarnaast nog moet zijn voldaan aan het vereiste dat de gedraging gericht was op *voltooiing* van het grondmisdrijf. Juist deze gerichtheid op voltooiing markeert het onderscheid tussen strafbare voorbereiding en poging. De omstandigheden die worden betrokken bij de gerichtheid op voltooiing zijn doorslaggevend bij het antwoord op de vraag of nog slechts sprake is van voorbereiding of dat al sprake is van begin van uitvoering (poging). Anders dan bij de gerichtheid op het misdrijf, speelt de intentie van de verdachte bij de gerichtheid op voltooiing geen leidende rol. De gerichtheid op voltooiing wordt afgeleid uit objectieve omstandigheden. Het (enkele) verrichten van een gedraging ter uitvoering van het voornemen is, met andere woorden, niet voldoende voor strafrechtelijke aansprakelijkheid op grond van *poging*.²⁴

²³ Zie hfdst. 2, par. 3.12.1 en hfdst. 4, par. 4.1.

²⁴ Dit is in lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad dat voor strafbaarheid op grond van poging een uitvoeringshandeling van het *misdrijf* (en niet slechts van het voornemen) is vereist.

4.2 De ondeugdelijke poging of voorbereiding

4.2.1 Analyse

Poging of voorbereiding kan zowel ondeugdelijk zijn omdat het middel dat wordt gebruikt ondeugdelijk is, als omdat het object van het misdrijf ondeugdelijk is. Ik bespreek de ondeugdelijkheid van het middel en object hier afzonderlijk. Hoewel de benadering van de Hoge Raad bij poging niet afhankelijk leek te zijn van of sprake is van een ondeugdelijk middel of een ondeugdelijk object, bleek de benadering van de Hoge Raad ten aanzien van ondeugdelijke middelen en ondeugdelijke objecten bij strafbare voorbereiding dat wel dege-lijk.²⁵

Ondeugdelijk middel

Voor zover er vanuit wordt gegaan dat in het *Samir A.*-arrest (strafbare voorbereiding) de vraag wordt beantwoord in hoeverre de voorbereidingsmiddelen (de voorwerpen) absoluut ondeugdelijk waren,²⁶ kan worden aangenomen dat de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt als *criterium* om die vraag te beantwoorden. Bij poging is minder duidelijk wat de rol is van de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van de ondeugdelijkheid is. Eén van de benaderingen die ik in de jurisprudentie ben tegengekomen is dat de uiterlijke verschijningsvorm als *criterium* wordt gebruikt.²⁷ Als dat zo is, dan sluiten de benaderingen bij poging en strafbare voorbereiding ten aanzien van de ondeugdelijkheid op dit punt bij elkaar aan. Zowel bij poging als voorbereiding bleek de objectieve ondeugdelijkheid van het middel leidend, niet de beleving van de verdachte.

Ondeugdelijk object

In gevallen waarin het object van het misdrijf ondeugdelijk is – de minderjarige waarmee de verdachte contact heeft en die hij wil bewegen tot ontucht is bijvoorbeeld een verzinzel van een journalist²⁸ of is eigenlijk een meerderjarige²⁹ – lijkt de benadering van de Hoge Raad ten aanzien van poging en strafbare voorbereiding uiteen te lopen.

Bij poging staat de absolute ondeugdelijkheid van het object in beginsel in de weg aan strafbaarheid. Hierop moeten evenwel twee nuanceringen worden aangebracht. De eerste nuancering volgt uit het *Kinderdoodslag*-arrest.

25 Zie hfdst. 2, par. 2.2 en hfdst. 4, par. 3.3.

26 De uitspraak kan zo worden begrepen, maar een andere lezing is ook mogelijk, zie hierover hfdst. 3, par. 3.3.

27 Zie hfdst. 2, par. 2.2.3. Ik ben echter ook andere benaderingen tegengekomen. Zie daarover samenvattend hfdst. 2, par. 2.2.6.

28 Zie de *Richard*-uitspraak, beschreven in hfdst. 4, par. 2 en 3.3.3.

29 Zie de *Ponypark*-uitspraak, beschreven in hfdst. 2, par. 2.2.2.1 en 3.11.

In dat arrest (zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.3) was aan de verdachte poging tot doodslag op haar pasgeboren baby's ten laste gelegd. Het gerechtshof had de verdachte vrijgesproken omdat niet duidelijk was of de baby's nog leefden tijdens/kort na de geboorte. Dit oordeel hield in cassatie evenwel geen stand. Volgens de Hoge Raad

'doet de enkele omstandigheid dat *onzekerheid bestaat* [cursivering: SA] omtrent het antwoord op de vraag of de baby's tijdens of kort na de geboorte leefden, niet af aan de mogelijkheid dat de aan de verdachte tenlastegelegde gedragingen zijn begaan "ter uitvoering van het door de verdachte voorgenomen misdrijf" in de hiervoor bedoelde zin. Van die mogelijkheid is echter geen sprake indien de rechter *aannemelijk acht* [cursivering: SA] dat de baby's dood ter wereld zijn gekomen'.

Een lijk is in beginsel een absoluut ondeugdelijk object. Dat wordt in dit arrest door de Hoge Raad niet weersproken. Ik begrijp de overweging van de Hoge Raad zo dat pas op het moment dat *aannemelijk is* dat het object absoluut ondeugdelijk was ten tijde van het handelen, de absolute ondeugdelijkheid in de weg staat aan strafbaarheid. De enkele onzekerheid over de (on)deugdelijkheid staat niet in de weg aan strafbaarheid.

De tweede nuancering volgt uit het *Ponypark*-arrest.

In dit arrest (zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.2) had de verdachte – via een website voor minderjarigen onder de twaalf jaar – contact gezocht met een minderjarig meisje. Aanvankelijk had hij met haar gesproken, maar op een gegeven moment was de vader van het meisje achter de computer gaan zitten. Desalniettemin werd de verdachte veroordeeld voor een poging tot verleiding van een minderjarige.

In principe is een meerderjarige een absoluut ondeugdelijk object bij het misdrijf 'verleiding van een minderjarige' (artikel 248a Sr). Dat werd in deze uitspraak door de Hoge Raad erkend (rechtsoverweging 2.3.2). In dit geval deed dat evenwel niet af aan het oordeel dat sprake was van een strafbare poging, omdat het object pas *gedurende de uitvoering* absoluut ondeugdelijk was geworden.³⁰

Kortom, de absolute ondeugdelijkheid staat bij poging aan strafbaarheid in de weg, maar dan moet de absolute ondeugdelijkheid wel vastgesteld zijn (nuancering 1) en vanaf het moment dat de uitvoering van het misdrijf aanving aanwezig zijn (nuancering 2). Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt niet (eenduidig) of de uiterlijke verschijningsvorm een rol heeft bij de vaststelling van de ondeugdelijkheid van het object, en zo ja, wat die rol inhoudt.

Anders dan bij poging lijkt de absolute ondeugdelijkheid van het object bij strafbare voorbereiding niet in de weg te staan aan de strafbaarheid, ook niet als het object al vanaf het eerste moment absoluut ondeugdelijk was en

30 De Hoge Raad benadrukt in zijn overwegingen dat, ondanks dat er wat tijd zat tussen het moment waarop de verdachte met de minderjarige had gesproken en het moment waarop hij met haar vader sprake, er sprake was van één feitelijke constellatie.

over die absolute ondeugdelijkheid geen twijfels bestaan. Dit kan worden afgeleid uit het arrest *Richard*.

In dit arrest (zie hoofdstuk 4, paragrafen 2 en 3.3.3) had een tv-presentator een 10-jarig meisje verzonnen om zo iemand te ontmaskeren als pedofiel. Dat het meisje fictief was, stond evenwel niet aan strafbaarheid in de weg.

Bij het vaststellen van de ondeugdelijkheid van het object bij strafbare voorbereiding, speelt de uiterlijke verschijningsvorm in de jurisprudentie van de Hoge Raad geen rol.

Relevant voor voornoemd verschil in benadering tussen poging en strafbare voorbereiding lijkt mij (opnieuw) dat bij voorbereiding, anders dan bij poging, de eis dat de gedraging moet zijn gericht op *voltooiing* niet wordt gesteld. Ik ging op dit verschil al in paragraaf 4.1 in. Dat dit relevant is, leid ik mede af uit de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest *Richard*. In die overwegingen stelt de Hoge Raad dat de eis dat de misdrijven moeten kunnen worden voltooid 'een eis [is] die de wet niet kent en die ook niet bij het karakter van strafbare voorbereiding past'. Bij strafbare voorbereiding is het object verder in de toekomst gelegen dan bij poging. Dat maakt wellicht dat er ten aanzien van het object meer ruimte is voor de voorstelling die de verdachte zich maakte, waardoor de omstandigheden, zoals die achteraf zijn gebleken, minder bepalend worden.³¹ Zoals ik in hoofdstuk 2, paragraaf 3.12.2.3 beschreef geldt bij poging, in het kader van de gerichtheid op voltooiing, dat over het algemeen het object van het misdrijf reeds moet zijn benaderd. Dit is bij strafbare voorbereiding geen relevante omstandigheid. Het object moet in beeld zijn (zie hoofdstuk 4, paragraaf 4.1.2), maar er hoeven door de verdachte nog geen concrete stappen te zijn ondernomen om dat object te benaderen.

Zoals ik in hoofdstuk 4, paragraaf 3.3.3 beschreef, kan de omstandigheid dat het object bij de strafbare voorbereiding verder in de toekomst ligt, ook verklaren waarom de ondeugdelijkheid van het object niet, maar de ondeugdelijkheid van de middelen wel in de weg staat aan strafbare voorbereiding. Hoewel de middelen misschien nog niet in alle opzichten geschikt zijn om het misdrijf te plegen, heeft de verdachte van strafbare voorbereiding de middelen op het moment dat wordt ingegrepen wel al voorhanden. Het voorhanden hebben van de middelen vormt bovendien de kern van de strafbaarstelling van voorbereiding. Het object, daarentegen, is nog (volledig) in de toekomst gelegen.

31 Vgl. de conclusie van AG Vegter, onder 11.

4.2.2 *Bevindingen en duiding daarvan: objectieve omstandigheden leidend, behalve bij ondeugdelijk object bij voorbereiding*

De jurisprudentie van de Hoge Raad over de ondeugdelijke poging en de ondeugdelijke voorbereiding is niet eenduidig. Het is mogelijk die jurisprudentie zo te lezen dat de uiterlijke verschijningsvorm zowel bij poging als bij strafbare voorbereiding wordt gebruikt als criterium om vast te stellen of een middel absoluut ondeugdelijk is. In dat geval verschilt de benadering van de Hoge Raad ten aanzien van poging en strafbare voorbereiding op dit punt niet. Hoe dan ook is duidelijk dat zowel bij poging als bij voorbereiding ten aanzien van de ondeugdelijkheid van de middelen de objectieve ondeugdelijkheid centraal staat, niet de beleving van de verdachte. De objectiviteit wordt dus gezien vanuit het perspectief van de gedraging.

Ten aanzien van de ondeugdelijkheid van het object verschilt de benadering van de Hoge Raad bij poging en strafbare voorbereiding echter. Bij poging staat de absolute ondeugdelijkheid van het object in de weg aan strafbaarheid wanneer (1) de absolute ondeugdelijkheid is vastgesteld en (2) het middel absoluut ondeugdelijk was vanaf het moment dat de verdachte aanving met zijn uitvoering. Op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad is niet duidelijk of de uiterlijke verschijningsvorm een rol heeft bij de vaststelling van deze ondeugdelijkheid en zo ja, wat die rol inhoudt.

Bij strafbare voorbereiding staat de absolute ondeugdelijkheid, anders dan bij poging, niet in de weg aan strafbaarheid. Er is bij strafbare voorbereiding daardoor meer ruimte voor de voorstelling die de verdachte zich maakte, waardoor de omstandigheden, zoals die achteraf zijn gebleken, minder bepalend worden. Bij de voorbereiding wordt, met andere woorden, bij de ondeugdelijkheid van het object (mede) vanuit het perspectief van de intentie geoordeeld. Bij poging daarentegen is de objectieve ondeugdelijkheid bepalend. De ondeugdelijkheid van het object wordt, met andere woorden, bij poging vanuit het perspectief van de gedraging gezien.

5 OPZET EN NOODWEER

5.1 Jurisprudentie

HR 30 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:973, NJ 2017/250 (*Stiefvader Poging doodslag (287 Sr)*)

In deze uitspraak – die ten aanzien van slachtoffer 2 aan de orde is gekomen in hoofdstuk 3, paragraaf 3.1.2 – had de verdachte voorwaardelijk opzet gehad op de dood van slachtoffer 1. Slachtoffer 1 en 2 waren de woning van de verdachte binnen gedrongen. Zij wilden geld zien, goedschiks of kwaadschiks. De verdachte had daarop in een nabijgelegen kamer een vuurwapen gehaald. De verdachte had, teruggekomen in de woonkamer, het wapen op slachtoffer 1 gericht en gezegd hij dat hij wilde dat slacht-

offer 1 en 2 zijn woning zouden verlaten. Slachtoffer 1 was op verdachte afgelopen. De verdachte had daarop gericht op de schouder van slachtoffer 1 geschoten. Bewezen werd verklaard dat de verdachte – gelet op de uiterlijke verschijningsvorm van zijn gedraging – voorwaardelijk opzet had op de dood van slachtoffer 1. Zijn beroep op noodweer(exces) werd door het gerechtshof afgewezen, omdat zijn gedraging niet in redelijke verhouding zou hebben gestaan tot de ernst van de aanranding. De Hoge Raad oordeelde dat dit oordeel, gelet op de vaststelling van het gerechtshof, niet zonder meer begrijpelijk was.

HR 14 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:715, NJ 2019/218 (*Schietincident in Almere*)
Poging doodslag (287 Sr)

In deze uitspraak – die reeds aan de orde is gekomen in hoofdstuk 5 ten aanzien van het beroep op *noodweer(exces)* – waren de verdachten op drie verschillende plaatsen in Almere in een vuurgevecht geraakt met twee anderen. Volgens het gerechtshof hadden de verdachten *voorwaardelijk opzet* gehad op het van het leven beroven van die twee anderen:

‘Het hof concludeert op grond van al deze feiten en omstandigheden, zoals hiervoor vastgesteld, dat er sprake is geweest van een nauwe en bewuste samenwerking tussen verdachte en [medeverdachte] bij het schieten op [slachtoffer 1] in de zin van medeplegen. Onder de gegeven omstandigheden is het immers slechts toeval dat het wapen van [medeverdachte] niet en het wapen van verdachte wel goed functioneerde. Hun gezamenlijke opzet was gericht op dit schieten op PD 2, waarbij op zijn minst een aantal kogels op een zodanige plaats en hoogte terecht zijn gekomen, dat het slechts aan toeval te danken is dat de inzittende van de Fiat 500 niet dodelijk door die kogels is getroffen. Dat daarmee de aanmerkelijke kans heeft bestaan dat [slachtoffer 1] fataal letsel zou oplopen behoeft geen betoog. Verdachte heeft door zo met zijn medeverdachte [medeverdachte] te handelen op zijn minst willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaard dat [slachtoffer 1] door hun schoten gedood zou worden.’

Dit oordeel werd in cassatie niet bestreden. Het cassatieberoep richtte zich tegen de afwijzing van het gerechtshof van het beroep op noodweer(exces).

5.2 Analyse

De uitspraken *Stiefvader* en *Schietincident in Almere* illustreren dat wanneer de verdachte voorwaardelijk opzet heeft gehad op een bepaald gevolg (in deze beide casus: de dood van het slachtoffer) dat niet in de weg hoeft te staan aan een beroep op noodweer(exces). Daaruit kan worden afgeleid dat het oordeel dat een gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm zozeer is gericht op een bepaald gevolg dat het niet anders kan zijn dan dat dat gevolg is aanvaard, nog niet betekent dat die gedraging ook naar uiterlijke verschijningsvorm een aanvallend karakter had. Dit heeft er mijns inziens mee te maken dat bij noodweer(exces) niet wordt beoordeeld of de gedraging van de verdachte was

gericht op het misdrijf (dat is immers zo), maar met welk (achterliggende) doel de verdachte dit misdrijf heeft gepleegd. Heeft hij het misdrijf gepleegd ter verdediging van lijf of goed of juist om een ander aan te vallen? Dit betekent dat andere omstandigheden van belang zijn dan wanneer de vraag wordt beantwoord of de gedraging van de verdachte was gericht op het plegen van het misdrijf. Bij noodweer(exces) is (daardoor) bijvoorbeeld ook relevant wat het slachtoffer deed. Dit is voor de gerichtheid op het misdrijf – waarnaar wordt gekeken bij voorwaardelijk opzet – niet (direct) relevant. Hoewel het kan voorkomen dat de uiterlijke verschijningsvorm in een zaak zowel in het kader van voorwaardelijk opzet als in het kader van noodweer(exces) wordt gebruikt – zo illustreren de hier opgenomen zaken – dan zal de invulling die in die gevallen aan de uiterlijke verschijningsvorm wordt gegeven dus niet hetzelfde zijn. Bij het voorwaardelijk opzet staat immers centraal of de gedraging gericht was op het misdrijf, terwijl bij noodweer(exces) het plegen van het misdrijf eerder een middel is om een ander doel te bereiken (verdediging).

In de praktijk zal het, zo is mijn verwachting, overigens niet vaak voorkomen dat in een uitspraak de uiterlijke verschijningsvorm voor zowel voorwaardelijk opzet als noodweer(exces) wordt gebruikt. Ik ben dit zelf alleen in de twee hiervoor genoemde uitspraken tegengekomen. Een verklaring waarom een dergelijke samenloop niet in veel gevallen voorkomt, is dat de uiterlijke verschijningsvorm bij zowel (voorwaardelijk) opzet als noodweer(exces) lang niet in alle zaken wordt gebruikt. De uiterlijke verschijningsvorm wordt bij opzet immers slechts gebruikt in het kader van het voorwaardelijk opzet, en dan nog slechts in gevallen waarin ander bewijs ontbreekt. Lang niet in alle zaken wordt ook een beroep op noodweer(exces) gedaan. Wanneer daarop wel een beroep wordt gedaan, geldt dat in geval van een noodweersituatie in beginsel wordt aangenomen dat de verdachte verdedigend handelde. Pas wanneer uit de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging het vermoeden rijst dat dit anders is, zal de rechter hiernaar kijken. Daar komt bij dat zelfs als de gedraging mogelijk wel een aanvallend karakter heeft, daaraan niet per se aandacht wordt besteed door de rechter. Als het beroep op noodweer(exces) al om een andere reden faalt (bijvoorbeeld omdat geen sprake was van een 'noodweersituatie' of vanwege culpa in causa), dan komt de rechter niet meer toe aan de beoordeling of de gedraging was gericht op de aanval of op verdediging. De kans dat in een zaak de uiterlijke verschijningsvorm zowel in het kader van het opzet als in het kader van noodweer(exces) wordt gebruikt, is dus niet zo groot, maar het kan voorkomen.

5.3 Bevindingen en duiding daarvan: één gedraging, meerdere gerichtheden

Het is mogelijk, zo illustreren de uitspraken *Stiefoader* en *Schietincident in Almere*, dat de uiterlijke verschijningsvorm in een zaak zowel in het kader van voorwaardelijk opzet als in het kader van noodweer(exces) wordt gebruikt.

Omdat in het kader van voorwaardelijk opzet wordt beoordeeld of sprake is van een gedraging die is gericht op het misdrijf en in het kader van noodweer(exces) of de gedraging is gericht op de aanval, verschillen de omstandigheden die bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken. Er is dus sprake van twee afzonderlijke beoordelingen van de gedraging. Wat dit samenvallen laat zien is dat één gedraging op meerdere doelen gericht kan zijn (het misdrijf én (zelf)verdediging). Daarbij is de verdediging in dit geval het hoofddoel en het plegen van het misdrijf eerder een middel om dat doel te bereiken.

In de praktijk is van het samenvallen van het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van voorwaardelijk opzet en noodweer(exces) overigens niet vaak sprake, omdat (1) beide leerstukken op zichzelf al niet in iedere zaak aan de orde zijn en (2) bij beide leerstukken het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm in de rechtspraak van de Hoge Raad is beperkt tot bepaalde gevallen.

6 OVERKOEPELEND: DE UITERLIJKE VERSCHIJNINGSVORM GAAT OVER HET OPZET, DE GEDRAGING EN BEWIJS

Door de bestudering van het ‘samenvallen’ van leerstukken, heb ik in dit hoofdstuk een verdieping aangebracht ten opzichte van de door mij in hoofdstuk 7 gevonden verschillen bij de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm.

Vanuit het *perspectief objectieve zijde-subjectieve zijde* is in dit hoofdstuk gebleken dat wanneer de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de objectieve zijde het perspectief van de intentie (het opzet) leidend is (paragrafen 2.1 en 3). Het opzet gaat in die gevallen vooraf aan de gedraging. Dit bleek ook vanuit het gezichtspunt van de contra-indicaties (paragraaf 2.2). Op het uitgangspunt dat het perspectief van de intentie leidend is bij de objectieve zijde, bestaat een uitzondering in die zin dat bij de ondeugdelijke poging en voorbereiding het perspectief van de gedraging leidend is, behalve wanneer het gaat om een ondeugdelijk object bij strafbare voorbereiding. In dat laatste geval speelt ook het perspectief van de intentie (opzet) een rol. *Als de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de subjectieve zijde is het perspectief van de gedraging leidend.*

Vanuit het *perspectief van bewijs* valt echter op dat de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van de subjectieve zijde lang niet altijd wordt gebruikt, terwijl de figuur bij de objectieve zijde standaard als criterium wordt toegepast (paragraaf 2.1). Bovendien ligt – als alleen wordt gekeken naar de objectieve omstandigheden die worden betrokken – de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm hoger bij de subjectieve zijde (voorwaardelijk opzet) dan bij de objectieve zijde (poging, voorbereiding) (paragraaf 2.1). Bovendien spelen, anders dan bij de objectieve zijde, bij de subjectieve zijde contra-indicaties

expliciet een rol (paragraaf 2.2). Hieruit kan worden afgeleid dat in het kader van de subjectieve zijde de uiterlijke verschijningsvorm niet zonder meer leidend is. Er mag niet zomaar worden vertrouwd op de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. Dat het eigenlijk niet voorkomt dat de uiterlijke verschijningsvorm in dezelfde zaak zowel voor de objectieve als de subjectieve zijde wordt gebruikt (paragrafen 2.1 en 3.1) ondersteunt, net als de bevinding dat in het kader van de subjectieve zijde niet zomaar op de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging vertrouwd mag worden, mijn bevindingen in hoofdstuk 7 dat het (klassieke) onderscheid dat tussen de objectieve en de subjectieve zijde wordt gemaakt niet is verlaten met de introductie van de uiterlijke verschijningsvorm.

Ik kom op basis van bovenstaande tot de bevinding dat het bij de uiterlijke verschijningsvorm in de kern draait om de gedraging, het opzet (de intentie) van de verdachte en de verhouding daartussen, en bewijs. Dit zijn ook de drie kernelementen van de finale handelingsleer.