



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

10 | De uiterlijke verschijningsvorm: de finale handelingsleer omarmd?

1 INLEIDING

In hoofdstuk 7 kwam ik tot de bevinding dat de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm enkele eigenschappen heeft die aansluiten bij de centrale stelling van de finale handelingsleer dat ‘opzet tot de handeling behoort’. In hoofdstuk 8 constateerde ik dat het bij de uiterlijke verschijningsvorm in de kern draait om de gedraging, het opzet (de intentie) van de verdachte en de verhouding daartussen. Precies deze verhouding vormt ook de kern van de finale handelingsleer. Op grond van de finale handelingsleer kunnen opzet en gedraging immers niet los van elkaar worden gezien; tussen opzet en gedraging bestaat – volgens de finale handelingsleer – een wisselwerking. In hoofdstuk 9 liet ik zien dat er binnen de finale handelingsleer twee verschillende ‘stromingen’ bestaan, waarin anders wordt gedacht over hoe deze verhouding in elkaar steekt. In de finale handelingsleer van Welzel is het opzet (door hem ook wel de ‘finale wil’ genoemd) leidend. In de finale leer van Peters is daarentegen de gedraging leidend. Het opzet kan worden afgeleid uit de gedraging. Daarnaast ging ik in hoofdstuk 9 in op ‘finale bewijsvoering’. Finale bewijsvoering is, kort gezegd, een bewijsmethode waarbij uit de gedraging wordt afgeleid waarop het opzet van de verdachte was gericht, en is dus (in de eerste plaats) formeelrechtelijk van aard. Dit sluit aan bij het andere perspectief dat ik in hoofdstuk 8 besprak, het perspectief van het bewijs.

Op het eerste gezicht lijken mijn bevindingen er dus op te duiden dat de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de finale handelingsleer, zij het dat het er op lijkt dat niet altijd dezelfde finale handelingsleer wordt gevolgd.¹ Daarmee ondersteunen mijn bevindingen – op het eerste gezicht – bijdragen in de literatuur² waarin de uiterlijke verschijningsvorm in verband is gebracht

1 In hfdst. 8 beschreef ik dat bij de leerstukken poging en strafbare voorbereiding wordt de gedraging gezien vanuit het perspectief van het opzet (vgl. Welzel). Bij het voorwaardelijk opzet wordt – als de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast – het opzet echter gezien vanuit het perspectief van de gedraging (vgl. Peters).

2 Zie over poging: de noot van Mulder bij HR 23 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9921, NJ 1988/420 (*Wurging*); Nieboer 1991, p. 191; Rozemond 1994. Zie over voorwaardelijk opzet: Buruma in zijn noot bij 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, NJ 2003/552 (*HIV I*); Reijntjes 2003, p. 477; F. de Jong 2004; F. de Jong e.a. 2007; F. de Jong 2009, p. 364. Zie over strafbare voorbereiding: Rozemond 1994, p. 667-673; Pelsers 2004, p. 191; Buruma 2006. Zie nader hfdst. 1, par. 3.1.1, 3.2 en 3.3.1.

met deze leer. Ik constateerde echter ook een aantal verschillen bij de toepassing van de figuur, die de vraag oproepen of de jurisprudentie van de Hoge Raad wel volledig aansluit bij die leer. Dit geldt in het bijzonder ten aanzien van de terughoudendheid waarmee de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van het opzet (subjectieve zijde van het strafbare feit) wordt toegepast (zie de hoofdstukken 7 en 8). Dit alles vormt voor mij aanleiding om nader te onderzoeken in hoeverre de jurisprudentie van de Hoge Raad daadwerkelijk aansluit bij de finale handelingsleer (en welke). Daarmee hoop ik een bijdrage te leveren aan de systematisering van de figuur. Ik meen daarmee te voorzien in een leemte. In de hiervoor genoemde literatuur is weliswaar een verband gelegd tussen de uiterlijke verschijningsvorm en de finale handelingsleer, maar de betreffende bijdragen zien over het algemeen slechts op een bepaald leerstuk en van een volledige toetsing aan de kenmerken van de finale handelingsleer is geen sprake. Dit laatste is wel van belang om de betekenis van de toepassing van de figuur voor de uitleg die aan een aantal kernleerstukken van het materiële strafrecht wordt gegeven en de gevolgen van de toepassing van de figuur voor strafrechtelijke aansprakelijkheid te kunnen duiden. Ook kan de plaatsing in de dogmatiek bijdragen aan een consistent(ere) toepassing van de figuur.³

In het onderhavige hoofdstuk beantwoord ik de vraag of de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de finale handelingsleer (verificatie van die stelling). Voor de volledigheid merk ik daarbij op dat het niet mijn doel is de finale handelingsleer op zijn merites te beoordelen. Ik bespreek slechts – vanuit een oogpunt van systematisering – in hoeverre de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de finale handelingsleer. Het gaat mij er daarbij om in hoeverre de feitelijke toepassing aansluit bij die leer. Ik bekommer me dus niet om in hoeverre de Hoge Raad zelf ook expliciet refereert aan (elementen van) deze leer.⁴

Omdat de uiterlijke verschijningsvorm bij ieder leerstuk een andere rol heeft (zie hoofdstuk 7, paragraaf 1.4), zal ik eerst per leerstuk bespreken in hoeverre de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de finale handelingsleer. Ik zal bij ieder leerstuk steeds beginnen met de invulling die aan de uiterlijke verschijningsvorm wordt gegeven. Als de invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm al niet aansluit bij de finale handelingsleer, heeft het immers geen zin om nog naar het gebruik en de rol van de uiterlijke verschijningsvorm te kijken. Ik zal bespreken of de invulling die door de Hoge Raad wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de leer van Welzel of Peters. Dit doe ik niet om die leren inhoudelijk tegen elkaar af te wegen en tot een (eigen) voorkeur te komen, maar om de betekenis, rol en inhoud van de uiterlijke verschijningsvorm – en daarmee

3 Zie ook hfdst. 1, par. 4.

4 Alleen in het *Samir A.*-arrest (zie hfdst. 4, par. 2) wordt in het arrest van de Hoge Raad gerefereerd aan finaliteit, maar dan nog slechts in citaten uit de wetsgeschiedenis.

de eventuele onderliggende systematiek en eventuele (in)consistenties – zo scherp mogelijk te krijgen. Vervolgens zal het gebruik dat wordt gemaakt van de uiterlijke verschijningsvorm en de rol die de figuur bij het betreffende leerstuk heeft – voor zover mogelijk⁵ – worden besproken. Ik zal me daarbij concentreren op de rol van de uiterlijke verschijningsvorm, omdat in die rol alle (relevante) aspecten van het gebruik dat wordt gemaakt van de uiterlijke verschijningsvorm samenkomen (de rol vloeit voort uit het gebruik). De plaats in het beslissingsschema van artikel 350 Sv laat ik hier buiten beschouwing, omdat, zoals in hoofdstuk 7, paragraaf 1.3 aan de orde kwam, de plaats in het beslissingsschema geen gevolgen heeft voor de rol van de uiterlijke verschijningsvorm. Aangezien het opzet in de finale handelingsleer van Welzel een belangrijke plaats inneemt, en de finale handelingsleer van Peters zelfs eerder een *opzetleer* dan een *handelingsleer* te noemen is, zal ik bij de bespreking van de leerstukken beginnen met het voorwaardelijk opzet. Nadat ik de verschillende leerstukken heb besproken (paragrafen 2-5), zal ik overkoepelend ingaan op de vraag in hoeverre de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad aansluit bij de finale handelingsleer (paragraaf 6).

2 DE UITERLIJKE VERSCHIJNINGSVORM BIJ VOORWAARDELIJK OPZET

2.1 Inleiding

In deze paragraaf bespreek ik in hoeverre de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm bij voorwaardelijk opzet aansluit bij de finale leer van Welzel dan wel Peters, en dan in het bijzonder bij hun opzetbegrip. Omdat dit onderzoek zich richt op de uiterlijke verschijningsvorm zal ik me daarop ook hier concentreren (paragrafen 2.2-2.4). Het (voorwaardelijk) opzet kent echter meer aspecten. Voor zover relevant in het licht van de toets aan de finale handelingsleer, besteed ik daaraan kort enige aandacht (paragraaf 2.5).

2.2 Algemeen: gerichtheid van de gedraging op een bepaald gevolg

Aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm wordt vastgesteld op welk (vanuit de gedraging gezien: in de toekomst gelegen) gevolg de gedraging van de verdachte was gericht (vgl. hoofdstuk 7, paragraaf 4). Dit blijkt al uit de *HIV I*-formule ('Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg'). Dit duidt op finaliteit. Volgens zowel Welzel als Peters is een gedraging immers gericht op een gevolg, anders gezegd: de gedraging heeft een doel.

5 Bij een aantal onderwerpen, zoals de ondeugdelijke poging, is de rol van de uiterlijke verschijningsvorm niet (helemaal) duidelijk.

2.3 Invulling uiterlijke verschijningsvorm: Peters

2.3.1 *De gedraging in de context: Peters*

In het kader van het voorwaardelijk opzet worden bij de uiterlijke verschijningsvorm over het algemeen objectieve omstandigheden betrokken. Het gaat daarbij niet alleen om de fysieke gedraging, maar ook om omstandigheden die de context schetsen waarbinnen de gedraging werd verricht. De context is in veel gevallen zelfs doorslaggevend. Zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.8.1.1-3.8.1.2). Uit de gedraging (fysieke gedraging, gezien in de context) wordt het opzet afgeleid. Dit sluit aan bij de leer van Peters, die immers meent dat de sociale betekenis van de gedraging leidend is. Volgens Peters is het geen probleem als daarbij ook niet ter plaatse zichtbare omstandigheden (hoofdstuk 3, paragraaf 3.8.1.3) in ogenschouw worden genomen.

2.3.2 *De hoge drempel van de uiterlijke verschijningsvorm: niet zomaar vertrouwen op de sociale betekenis van de gedraging*

De Hoge Raad legt de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm bij het voorwaardelijk opzet behoorlijk hoog. Er mag niet zomaar uit de gedraging worden afgeleid dat de verdachte een bepaald gevolg heeft aanvaard. Dit blijkt al uit de *HIV 1*-formule zelf. Het moet gaan om een gedraging die 'zozeer is gericht' op een bepaald gevolg 'dat het niet anders kan zijn dan dat' de verdachte dat gevolg heeft aanvaard. Uit mijn analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt bovendien dat zelfs in gevallen waarin de gedraging ontegenzeggelijk gevaarlijk (en misdadig is)(bijvoorbeeld rondlopen met een vuurwapen) – en het dus duidelijk is dat de gedraging is gericht op iets wat niet door de beugel kan –, nog steeds niet zomaar wordt aangenomen dat de verdachte bepaalde (ernstige) gevolgen van zijn gedraging heeft aanvaard. In gevallen waarin de gedraging niet zonder meer misdadig is (zoals bij deelname aan het verkeer en het hebben van seks) geldt dit zelfs nog sterker (hoofdstuk 3 paragraaf 3.7.10). De drempel ligt – voor zover alleen wordt gekeken naar de objectieve omstandigheden die bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken – hoger dan bij poging en strafbare voorbereiding, waar de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de objectieve zijde van het strafbare feit (hoofdstuk 7, paragraaf 2.4 en hoofdstuk 8, paragraaf 2.1).

Op zichzelf laat Peters zich niet uit over de precieze ondergrens van (voorwaardelijk) opzet. Die wordt bepaald door sociale normen. In dat opzicht is de invulling die aan de uiterlijke verschijningsvorm wordt gegeven niet onverenigbaar met de leer van Peters. Wat dat wel is, is dat deze drempel over het algemeen pas wordt gehaald als het misdrijf of de poging is voltooid (hoofdstuk 3, paragraaf 3.7.10, hoofdstuk 8, paragraaf 2.1). Als (alleen) de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging leidend is, zou dat betekenen

dat er voor de onvoltooide poging geen plaats meer is. Volgens Peters is er in zijn leer echter wel plaats voor de onvoltooide poging. In navolging van Buytendijk en Van den Berg stelt Peters namelijk dat het gevolg waarop de gedraging is gericht in de gedraging ligt besloten, ook wanneer dat gevolg nog niet is ingetreden. Voordat het gevolg is ingetreden, is het er al, als doel. Deze 'immanente toekomst, gerichtheid op een bepaald doel in de toekomst, dat reeds nu de gedraging bepaalt,' kan volgens Peters 'worden waargenomen door derden'.⁶ Ik meen dan ook dat de hoogte van de drempel een aanwijzing is dat de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm niet volledig aansluit bij de leer van Peters.

2.3.3 *Contra-indicaties*

Blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad mag de rechter niet zomaar op grond van de uiterlijke verschijningsvorm aannemen dat de verdachte bepaalde gevolgen heeft aanvaard. Er kunnen omstandigheden zijn die maken dat, ondanks dat de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm is gehaald, toch niet mag worden aangenomen dat de verdachte die gevolgen heeft aanvaard. Dit kan als een aanwijzing worden opgevat de Hoge Raad de leer van Peters niet (volledig) volgt. Blijkbaar mag niet alleen op de sociale betekenis van de gedraging worden vertrouwd. Daar komt bij, zo bleek in hoofdstuk 8, paragraaf 2.2, dat uit de door mij gevonden contra-indicaties kan worden afgeleid dat het opzet voorafgaat aan de gedraging. Dit sluit eerder aan bij de leer van Welzel dan de leer van Peters.

Je kunt echter ook anders kijken naar de contra-indicaties. De door mij gevonden contra-indicaties betreffen steeds objectieve omstandigheden, zoals of de verdachte (tijdig) tegenmaatregelen heeft genomen en of de verdachte zelf ook gevaar liep. Het gaat – in de woorden van 't Hart – niet om

'de individuele psyche van de specifieke verdachte, maar om een algemene veronderstelling van de rechter omtrent de wijze waarop mensen over het algemeen in elkaar steken, naar ervaringsregelen, naar aanleiding van en aansluitend bij andere aspecten van het [rij]gedrag van de verdachte'.⁷

Vanuit dit oogpunt bezien, passen contra-indicaties ook heel goed bij de normatieve benadering van het opzet van Peters.⁸

6 Peters 1966, p. 31 en 68.

7 Zie de noot van 't Hart bij het *Porsche*-arrest. Dat arrest is besproken in hfdst. 3, par. 3.1.3.

8 Opvallend is dat AG Meijers bij datzelfde *Porsche*-arrest met een beroep op de leer van Peters kwam tot de conclusie dat het oordeel van het gerechtshof dat sprake was van (voorwaardelijk) opzet op de dood in stand kon worden gelaten (zie diens conclusie onder 7). Dit laat zien dat de leer van Peters niet een (ondubbelzinnig) antwoord heeft op waar de ondergrens van het opzet ligt (zie par. 2.3.2) en dat over wat de 'maatschappelijke betekenis' van een gedrag is gediscussieerd kan worden.

Vanuit de contra-indicaties bezien ligt het er dus aan waar je de nadruk op legt. Ligt de nadruk erop dat niet zomaar op de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging mag worden vertrouwd (geen Peters) of ligt de nadruk erop dat de contra-indicaties objectieve omstandigheden betreffen (wel Peters)? Ik meen dat het gegeven dat de contra-indicaties bij het voorwaardelijk opzet – anders dan bij de leerstukken poging en strafbare voorbereiding – afzonderlijk worden genoemd door de Hoge Raad een aanwijzing vormt dat de nadruk ligt op dat niet zomaar op de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging mag worden vertrouwd. Daarmee zijn de contra-indicaties een aanwijzing dat de leer van Peters niet volledig is gevolgd.

2.4 Gebruik en rol van de uiterlijke verschijningsvorm: geen volledige omarming van Peters

De invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm sluit, zo bleek hiervoor, op veel punten aan bij de finale leer van Peters. De hoge drempel die door de Hoge Raad wordt gehanteerd en de contra-indicaties vormen echter aanwijzingen dat die leer van Peters niet volledig wordt gevolgd.

Als we kijken naar de rol van de uiterlijke verschijningsvorm (binnen het voorwaardelijk opzet) dan blijkt nog duidelijker dat de jurisprudentie van de Hoge Raad niet volledig in lijn is met de finale leer van Peters. De uiterlijke verschijningsvorm wordt namelijk lang niet in alle gevallen toegepast. Op de uiterlijke verschijningsvorm wordt pas *teruggevallen* als ander bewijs (verklaringen van de verdachte of getuigen) geen of onvoldoende inzicht biedt ‘omtrent hetgeen ten tijde van het feit in de verdachte is omgegaan’ (zie hoofdstuk 3, paragraaf 2.1.5). De uiterlijke verschijningsvorm is dan een methode om alsnog tot het bewijs van voorwaardelijk opzet te komen. Dat ‘hetgeen ten tijde van het feit in de verdachte is omgegaan’ vooropstaat, laat zien dat de individuele beleving van de verdachte nog altijd het uitgangspunt is. Dat dit niet alleen theorie is blijkt wel uit de uitspraak *JS*, besproken in hoofdstuk 3, paragraaf 3.2.4. Als er een geloofwaardige verklaring van de verdachte is waaruit blijkt dat hij bepaalde gevolgen niet heeft aanvaard, dan wordt geen aandacht besteed aan de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. Van het (volledig) omarmen van de leer van Peters is dus geen sprake.

Daar komt bij dat de uiterlijke verschijningsvorm in dergelijke gevallen slechts een vermoeden oplevert. Zoals hiervoor al aan de orde kwam, wordt daarnaast aandacht besteed aan contra-indicaties. Ik besprak hiervoor dat zij een aanwijzing vormen dat, zelfs als ander bewijs ontbreekt, de rechter niet zomaar op de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging mag vertrouwen. De jurisprudentie van de Hoge Raad over het voorwaardelijk opzet is dus niet volledig in lijn met de finale leer van Peters. Dat neemt niet weg dat de invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm inhoudt dat

– in lijn met de leer van Peters (zie paragraaf 2.1) – uit de gedraging (de fysieke gedraging en de context waarbinnen die gedraging wordt gepleegd) wordt afgeleid of sprake is van het voorwaardelijk opzet vereiste ‘aanvaarden’. Op het moment dat de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast is dus sprake van finale bewijsvoering.

De uiterlijke verschijningsvorm is niet alleen een bewijsvermoeden, maar ook een maatstaf. De uiterlijke verschijningsvorm schrijft een dwingend minimum voor (hoofdstuk 3, paragraaf 2.1.5). Daarmee bepaalt de uiterlijke verschijningsvorm in een bepaald opzicht⁹ ook de ondergrens van het voorwaardelijk opzet. Nu het voorwaardelijk opzet de ondergrens van opzet is, vormt de uiterlijke verschijningsvorm – en daarmee de finaliteit van de gedraging, opgevat overeenkomstig de leer van Peters – dus ook de ondergrens van opzet.

2.5 Andere aspecten van het (voorwaardelijk) opzet en de finale leer

Ik concludeerde hiervoor dat hoewel de invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de leer van Peters, de jurisprudentie van de Hoge Raad toch niet volledig consistent is met die leer. In plaats daarvan is sprake van finale bewijsvoering. Die finale bewijsvoering is niet het uitgangspunt. Er wordt pas op teruggevallen als ander bewijs (verklaringen) ontbreekt.

De uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast in het kader van het ‘aanvaardingsvereiste’ van voorwaardelijk opzet. Daarnaast kent het (voorwaardelijk) opzet echter nog verschillende andere aspecten. Aan twee aspecten wil ik hier aandacht besteden, omdat zij ook aan de orde zijn gekomen in hoofdstuk 3 en omdat zij meer licht werpen op de mate waarin de jurisprudentie van de Hoge Raad (bewust of onbewust) aansluit bij de finale handelingsleer.

2.5.1 *De andere vereisten voor voorwaardelijk opzet*

Voor het voorwaardelijk opzet gelden naast het ‘aanvaardingsvereiste’ nog twee vereisten, te weten het ‘bewustheidsvereiste’ en het ‘aanmerkelijke kansvereiste’. Bij deze vereisten wordt de uiterlijke verschijningsvorm niet gebruikt (hoofdstuk 3, paragraaf 2.2).

⁹ Ik zeg ‘in een bepaald opzicht’ om twee redenen. (1) Als er wel verklaringen zijn waaruit blijkt dat de verdachte het gevolg heeft aanvaard, dan hoeft de drempel van de uiterlijke verschijningsvorm niet te zijn gehaald. In dat geval hoeft dus nog geen sprake te zijn van een gedraging die zozeer is gericht op een bepaald gevolg dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte dat gevolg heeft aanvaard. De onvoltooide poging is dan bijvoorbeeld ook weer in zicht. (2) Naast de uiterlijke verschijningsvorm gelden nog twee andere vereisten voor voorwaardelijk opzet. Zie daarover nader par. 2.5.

Aanmerkelijke kans

Het aanmerkelijke kans-vereiste sluit op zichzelf aan bij de finale handelingsleer. Welzel meent immers dat er sprake moet zijn van een verwerklijkingsmogelijkheid. Volgens Welzel vallen onder het voorwaardelijk opzet nevengevolgen die mogelijk kunnen intreden, wanneer de verdachte er *rekening mee houdt* dat zij zullen intreden ('Rechnen mit dem Eintritt'). Onder verwijzing naar Mayer, merkt Welzel op dat kan worden aangenomen dat sprake is van 'Rechnen mit dem Eintritt' op het moment dat de verdachte het intreden van het gevolg als *meer dan een enkele mogelijkheid* ('bloße Möglichkeit') ziet. Volgens Welzel is daarbij niet de objectieve kans leidend, maar de inschatting van de verdachte. Het gaat erom dat de individuele verdachte de verwerklijking 'auf das reale Geschehen zuschreibt'. Het gaat om het 'eigenen Ansicht des Täters'.¹⁰

De benadering van de Hoge Raad van het aanmerkelijke kans-vereiste staat haaks op deze benadering van Welzel. In een aantal zaken worden bij de bepaling van de aanmerkelijke kans weliswaar alleen omstandigheden betrokken die bij de verdachte bekend waren, maar – gebaseerd op die omstandigheden – wordt de kans vervolgens *objectief* vastgesteld.¹¹ Of de verdachte zelf de kans dat het gevolg intrad als groot of klein inschatte is – voor het aanmerkelijke kans-vereiste – niet relevant.

De objectieve invulling die wordt gegeven aan het aanmerkelijke kans-vereiste sluit niet zonder meer aan bij de leer van Peters. Peters zet zich immers af tegen de 'objectieve finaliteit',¹² en pleit (in plaats daarvan) voor een normatief opzetbegrip. Inmiddels is duidelijk(er) dat het bij de aanmerkelijke kans niet gaat om het halen van bepaalde percentages.¹³ Het moet gaan om 'een

10 Welzel 1965, p. 60.

11 Vgl. Van Dijk 2017, par. 7.5. Van Dijk maakt een onderscheid tussen de subjectieve en objectieve kans en, vervolgens er van uitgaande dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad sprake is van een objectief kansvereiste: vanuit wiens *perspectief* wordt bepaald welke factoren worden betrokken bij de (objectieve) kansinschatting (het perspectief van de verdachte of het perspectief van de rechter). De Hoge Raad lijkt, in de *American Staffords*-uitspraak althans te hebben gekozen voor een objectieve kans, vanuit het perspectief van de verdachte. Zie nader hfdst. 3, par. 2.1.5. Het sluit ook aan bij de 'individualisering' van F. de Jong. Dat houdt in dat het bewijsoordeel moet aansluiten bij de wijze waarop de dader geacht kan worden zich tot de intersubjectieve leefwereld te verhouden. Zie F. de Jong 2009, p. 426.

12 Volgens Peters is dit geen handelingsleer, omdat de bedoeling (in niet psychologische zin opgevat) daarvan geen onderdeel uitmaakt; zie Peters 1966, p. 94-96.

13 In het kader van HIV-arresten is veel aandacht besteed aan de procentuele kans dat de verdachte besmet zou raken. In de *American Staffords*-uitspraak (zie hfdst. 3, par. 2.2.2 en 3.4) is verduidelijkt dat het niet gaat om het halen van bepaalde percentages, maar om een 'reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid' dat het gevolg intreedt. Niet geheel duidelijk is wat hieronder precies moet worden begrepen. Annotator Wolswijk meent dat het (net als in oudere rechtspraak) nog steeds gaat om een 'reële of geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans'. Ook dan is echter nog steeds niet duidelijk is wat hieronder valt en of de kleinste kans hiervoor al voldoende is of dat een grotere kans vereist is.

kans die naar *algemene ervaringsregelen* [cursivering: SA] aanmerkelijk is te achten'. Dat het gaat om algemene ervaringsregelingen duidt er – in lijn met de leer van Peters – op dat de sociale betekenis van de gedraging centraal staat.¹⁴

Bewustheidsvereiste

Dat bewustheid bij de verdachte wordt vereist sluit aan bij de finale leer van Welzel. Hij maakt immers een onderscheid tussen een voluntatieve (vgl. aanvaarden) en een intellectuele zijde. De invulling die de Hoge Raad aan het bewustheidsvereiste geeft verschilt echter op een aantal punten van de invulling die Welzel voorstond ten aanzien van de intellectuele zijde. Over het algemeen wordt bewustheid in de jurisprudentie van de Hoge Raad immers bij de verdachte verondersteld.¹⁵ Slechts in uitzonderingsgevallen wordt aan dit vereiste aandacht besteed. Zie hoofdstuk 3, paragrafen 2.2.2 en 3.7.7. De verdachte kan zich blijkens de jurisprudentie ook niet zomaar verschuilen achter dat hij bepaalde dingen niet wist, als hij wel een bepaalde zorgplicht had om daarvan op de hoogte te zijn (vgl. hoofdstuk 3, paragraaf 3.7.5) of wanneer ieder 'normaal mens' iets wel zou hebben geweten.¹⁶ Deze meer normatieve elementen sluiten niet goed aan bij de leer van Welzel, die immers de individuele beleving van de verdachte – dat wat de individuele verdachte wist – centraal stelt. Volgens Welzel is niet toereikend dat de verdachte de omstandigheden potentieel kende, zich bewust had *behoren* te zijn van bepaalde omstandigheden. De verdachte moet zich volgens Welzel daadwerkelijk van de omstandigheden en eventuele gevolgen bewust zijn geweest.

Overigens lijkt er in de jurisprudentie – overeenkomstig het pleidooi van Van Dijk¹⁷ – (in bepaalde gevallen) wel degelijk (meer) aandacht te zijn voor de omstandigheden waarvan de individuele verdachte zich bewust was. Het lijkt daarbij vooral om gevallen te gaan waarvan ten aanzien van ieder 'normaal mens' niet zomaar verondersteld kan worden dat hij van die omstandig-

14 Dit volgt ook uit de *HIV I*-formule 'de enkele omstandigheid dat die wetenschap bij de verdachte aanwezig is *dan wel bij hem moet worden verondersteld* [cursivering: SA]'.
15 Vgl. Knigge & Wolswijk 2015, p. 124; Reijntjes in zijn noot bij 26 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1007, NJ 2018/337; Van Dijk 2017, p. 349.

16 In dit verband kan worden gewezen op de conclusie van AG Knigge bij de uitspraak *Geparkeerde auto* (zie hfdst. 3, par. 2.2.2 en 3.1.4). Hij vraagt zich daarin (zie de conclusie onder 4.9) wat ieder 'normaal denkend mens' zou hebben geweten.

17 Zie de *American Staffords*-uitspraak. In zijn conclusie verwijst AG Keulen veelvuldig naar Van Dijk. Het pleidooi van Van Dijk (zie Van Dijk 2017, p. 396-398) om het objectieve kansvereiste los te laten is dus niet gevolgd. Wel wordt zijn voorstel om (als second best) aan te sluiten bij het perspectief van de actor (om zo 'de ongewenste gevolgen van een objectief kansvereiste binnen de perken te houden') in deze uitspraak gevolgd. Ook in eerdere uitspraken leek het perspectief van de actor echter al wel eens tot uitgangspunt te worden genomen; zie hfdst. 3, par. 2.2.2. Vgl. F. de Jong 2009, p. 426, die pleit voor een 'individualisering', en F. De Jong 2019.

heden op de hoogte was (zie hoofdstuk 3, paragrafen 2.2.2 en 3.7.7). Daarmee blijft een bepaald normatief element behouden.¹⁸

Ondanks dit normatieve element sluit de benadering van de Hoge Raad echter ook niet aan bij de leer van Peters. Dat is omdat de individuele beleving van de verdachte in bepaalde gevallen wel degelijk van belang is. Daartegen verzet Peters zich juist.¹⁹

Meer in zijn algemeenheid ligt het mijns inziens vanuit de finale leer van Peters niet voor de hand om een onderscheid te maken tussen verschillende vereisten voor voorwaardelijk opzet. Peters doet dat zelf ook niet. Het gaat immers om de sociale betekenis van de gedraging. De kans dat een bepaald gevolg intreedt is misschien een omstandigheid die mede bepalend is voor de sociale betekenis van de gedraging, maar is niet een apart vereiste. Peters rept er in ieder geval niet over.

De drie vereisten – aanmerkelijke kans, bewustheid, aanvaarden – komen wel terug bij de finale leer van Welzel, die een onderscheid maakt tussen de voluntatieve zijde en de intellectuele zijde en die daarnaast aandacht besteedt aan de waarschijnlijkheid dat het gevolg intreedt. Welzel stelt echter de individuele beleving van de verdachte centraal. De invulling die de Hoge Raad aan deze vereisten geeft, sluit daar niet (op alle punten) bij aan, in het bijzonder niet op het punt van de aanmerkelijke kans. Daar komt bij dat het waarschijnlijkheidsoordeel van de verdachte niet een afzonderlijke ‘zijde’ is in de leer van Welzel. De inschatting die de verdachte maakt over zijn kansen is onderdeel van de intellectuele zijde.²⁰ Ook vanuit het oogpunt van de leer van Welzel ligt het dus niet voor de hand om de aanmerkelijke kans als afzonderlijk vereiste te stellen.

2.5.2 Opzetgradaties

De uiterlijke verschijningsvorm wordt tot op heden door de Hoge Raad²¹ niet gebruikt in het kader van andere opzetgradaties dan voorwaardelijk opzet. Op zichzelf hoeft dat niet te betekenen dat de finaliteit van de gedraging bij andere opzetgradaties geen rol speelt. Dat de uiterlijke verschijningsvorm bij

18 Vgl. Van Bemmelen die in zijn – als normatief aangemerkte opzetleer – de ‘normale mens’ tot uitgangspunt neemt. Van Bemmelen neemt een ‘normaal mens’ tot uitgangspunt. Wanneer een normaal mens zich in het algemeen bewust zal zijn geweest van bepaalde gevolgen en omstandigheden, dan mag volgens hem in beginsel (voorwaardelijk) opzet worden aangenomen. Zie Van Bemmelen 1995, p. 123.

19 Peters baseert zijn normatieve opzetleer mede op Van Bemmelen (zie vorige voetnoot) en heeft ook enige sympathie voor het waarschijnlijkheidsbewustzijn van Pompe voor zover dit objectief wordt vastgesteld, maar kan zich er niet in vinden dat de beleving van de individuele verdachte daarbij een rol speelt; zie Peters p. 119-123.

20 Welzel 1965, p. 59.

21 Ik ben slechts één uitspraak van de Hoge Raad tegengekomen waarin dat mogelijk anders was. In de lagere rechtspraak wordt de uiterlijke verschijningsvorm wel af en toe voor andere opzetgradaties gebruikt. Zie hfdst. 3, par. 2.3.

andere opzetgradaties niet wordt genoemd lijkt me wel een aanwijzing daarvoor.

Dat de Hoge Raad een onderscheid maakt tussen opzetgradaties is een teken dat de Hoge Raad de finale leer van Peters niet (volledig) heeft omarmd. Peters acht immers het onderscheid dat wordt gemaakt tussen opzetgradaties niet van belang en pleit ervoor om daarmee op te houden. Het sluit beter aan bij de leer van Welzel, die wel een onderscheid maakt tussen verschillende opzetgradaties. Deze opzetgradaties zijn bij Welzel ingegeven door verschillende psychische betrokkenheden van de verdachte.

Ik teken daarbij aan dat de door mij bestudeerde jurisprudentie de indruk wekt dat het onderscheid dat tussen opzetgradaties wordt gemaakt niet altijd is ingegeven door een verschil in een (vermeende) psychische betrokkenheid van de verdachte.²² Ik heb in hoofdstuk 3 een aantal uitspraken besproken waarin – via het voorwaardelijk opzet – de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging lijkt te worden gebruikt om het primaire doel (en dus ‘vol’ opzet) van de verdachte vast te stellen. Voorbeelden zijn de uitspraken *Dakkapel* (hoofdstuk 3, paragraaf 3.1.2) en *Lekkanaal* (hoofdstuk 3, paragraaf 3.1.3). De feiten in die zaken wekken bij mij de indruk dat de verdachte wel degelijk tot doel had om de slachtoffers van het leven te beroven. Dit roept bij mij de vraag op of niet al te snel wordt teruggevallen op voorwaardelijk opzet op het moment dat (geloofwaardige) verklaringen ontbreken.²³ Als die vraag bevestigend moet worden beantwoord, dan zou dat betekenen dat het onderscheid tussen de opzetgradaties meer wordt ingegeven door bewijsproblematiek dan door een verschil in psychische betrokkenheid. Dat zou het onderscheid tussen de verschillende opzetgradaties relativeren, hetgeen juist zou aansluiten bij het betoog van Peters dat vooral wordt gewerkt met de ‘fictie’ dat het opzet psychisch is.²⁴ Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad (nog steeds) een onderscheid maakt tussen opzetgradaties en de uiterlijke verschijningsvorm alleen toepast in het kader van voorwaardelijk opzet. De Hoge Raad heeft het pleidooi van Peters om met deze ‘fictie’ op te houden, dus niet gevolgd.

22 Zie in dit verband ook de opmerking van De Hullu dat het voorwaardelijk opzet in de toepassing door de Hoge Raad niet zoveel meer te maken heeft met de historische achtergrond ervan; De Hullu 2018, p. 237.

23 Overigens is de Hoge Raad op dit punt ook afhankelijk van de feitenrechter. Voor de Hoge Raad geldt dat, wanneer de feitenrechter eenmaal is teruggevallen op voorwaardelijk opzet, hem in cassatie niets anders rest dan dat oordeel te toetsen.

24 Peters 1966, p. 117-119.

- 2.6 Bevindingen ten aanzien van de finale handelingsleer bij (voorwaardelijk) opzet: finale bewijsvoering, normatief opzet en de individuele beleving

De invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm sluit op zichzelf aan bij de finale leer van Peters. Uit het gebruik dat wordt gemaakt van de uiterlijke verschijningsvorm bij het voorwaardelijk opzet en de daaruit voortvloeiende rol blijkt echter dat bij het voorwaardelijk opzet (slechts) sprake is van finale bewijsvoering: door 'waarneming' van de gedraging wordt vastgesteld waarop het opzet van de verdachte was gericht. Op deze finale bewijsvoering wordt pas teruggevallen als ander bewijs van hetgeen in de verdachte is omgegaan ten tijde van het feit, ontbreekt. Finale bewijsvoering is dus zeker niet het uitgangspunt. Dat 'hetgeen in de verdachte is omgegaan ten tijde van het feit' nog altijd het uitgangspunt is, laat zien dat – in het kader van het aanvaardingsvereiste – de individuele beleving van de verdachte nog altijd centraal staat.

De door mij geanalyseerde jurisprudentie ondersteunt het beeld in de literatuur dat (voorwaardelijk) opzet deels normatief wordt ingevuld.²⁵ Dit geldt in het bijzonder voor het vereiste van de aanmerkelijke kans. Ook de invulling van het bewustheidsvereiste kent een aantal normatieve elementen en wanneer de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast in het kader van het aanvaardingsvereiste is eveneens sprake van een normatief element. Voorgaande betekent dat er gevallen denkbaar zijn waarin het opzet volledig normatief wordt ingevuld. Ik ben uitspraken tegengekomen die dicht tegen dit normatieve opzet aanliggen, zoals uitspraken waarin de verdachte gericht op een of meerdere slachtoffers heeft geschoten (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.1.2). Maar, daar staan ook uitspraken tegenover waarin de individuele beleving van de verdachte meer aandacht krijgt. Het gaat dan in de eerste plaats om uitspraken waarin de verdachte een geloofwaardige verklaring heeft afgelegd over hetgeen in hem is omgegaan (zie de uitspraak *JS*, opgenomen in hoofdstuk 3, paragraaf 3.2.4), waardoor geen gebruikgemaakt wordt van de uiterlijke verschijningsvorm. Daarnaast zijn er ook gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast, waarin aandacht wordt besteed aan de individuele beleving van de verdachte. Het gaat met name om uitspraken waarin de verdachte zich bezighoudt met 'alledaagse' gedragingen, zoals deelname aan het verkeer.²⁶ Met het aanmerkelijke kans-vereiste is er in alle gevallen waarin wordt teruggevallen op voorwaardelijk opzet echter hoe dan ook een normatief element betrokken bij het oordeel.

25 Zie in het bijzonder F. de Jong 2009.

26 Vgl. F. de Jong 2009, p. 349. Volgens De Jong is de Hoge Raad in bepaalde typen gevallen eerder geneigd een sterk genormativeerd oordeel omtrent de bewuste aanvaarding te honoreren.

3 DE UITERLIJKE VERSCHIJNINGSVORM BIJ STRAFBARE POGING

3.1 Inleiding

Hiervoor ging ik in op het opzetbegrip van de Hoge Raad, Welzel en Peters. In deze paragraaf, over de uiterlijke verschijningsvorm bij poging, gaat het over het andere element van de finale handelingsleer: de handeling. Bij poging (artikel 45 Sr) speelt de uiterlijke verschijningsvorm immers een rol in het kader van de objectieve zijde van het strafbare feit, namelijk bij het bestanddeel 'begin van uitvoering' (hoofdstuk 2, paragraaf 2.1). In het hiernavolgende ga ik eerst kort in op de plaats van de poging in de finale leren van Welzel en Peters (paragraaf 3.2). Daarna bespreek ik in hoeverre de invulling, het gebruik en de rol van de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij een van deze leren (paragraaf 3.3). Afzonderlijk ga ik nog in op de plaats van de ondeugdelijke poging in de finale handelingsleer (paragraaf 3.5).

3.2 De finale handelingsleer en poging

In hoofdstuk 9 heb ik geen aandacht besteed aan de plaats van de poging binnen de leren van Welzel en Peters. De reden daarvoor is dat Welzel noch Peters uitvoerig ingaat op de plaats van de poging binnen de door hen voorgestane leer. Niettemin is voor de poging plaats in hun leren, zo leid ik af uit de beperkte opmerkingen die zij er wel over maken.²⁷

Op grond van de finale handelingsleer van Welzel gaat aan een gedraging vooraf dat de verdachte een handelingsontwerp uitdenkt. In de praktijk kunnen deze twee moment samenvallen, maar in ieder geval theoretisch worden zij door Welzel onderscheiden. Niet altijd verloopt de verwerkelijking van het handelingsplan zoals het handelend subject dat had voorzien. Soms kan het handelingsontwerp niet volledig worden uitgevoerd. Hier is het opzet op meer gericht dan wat wordt bereikt ('geht der Vorsatz über das, was er erreicht, aus'). Het kan ook gebeuren dat het handelend subject weliswaar zijn handelingsontwerp volledig kan uitvoeren, maar dat de beoogde gevolgen uitblijven omdat het causale proces zich in de werkelijkheid – door onvoorziene omstandigheden – anders voltrekt dan werd beoogd. In dat geval is het opzet in totale omvang een finaal element van de handeling ('in seinem ganzen Umfange ein finales Element der Handlung'). In beide gevallen spreekt Welzel over een poging ('Versuch').²⁸

27 In de Nederlandse literatuur wordt finaliteit vaker in verband gebracht met de poging en de pogingsjurisprudentie van de Hoge Raad. Zie hfdst. 1, par. 3.1.1.

28 Welzel 1965, p. 31 en 59.

Volgens Peters past de strafbare poging beter in een finale dan in een causale leer.²⁹ In navolging van Buytendijk en Van den Berg stelt Peters dat het gevolg waarop de gedraging is gericht in de gedraging ligt besloten, ook wanneer dat gevolg nog niet is ingetreden. Voordat het gevolg is ingetreden, is het er reeds, als doel. Deze immanente toekomst, gerichtheid op een bepaald toekomstig doel, dat reeds nu de gedraging bepaalt, kan volgens Peters worden waargenomen door derden.

3.3 Bestanddeel 'begin van uitvoering'

3.3.1 Invulling van de uiterlijke verschijningsvorm: Welzel

Het *Cito*-criterium bij poging bevat twee vereisten. Er moet zowel sprake zijn van (1) gerichtheid op het misdrijf, als van (2) gerichtheid op *voltooiing* van dat misdrijf. Deze twee vereisten, zo bleek uit de rechtspraakanalyse, hebben ieder een eigen betekenis en invulling.³⁰ Ik zal hierna voor beide vereisten dan ook afzonderlijk bespreken of de invulling die daaraan is gegeven aansluit bij de finale handelingsleer van Welzel of Peters.

3.3.1.1 Gerichtheid op het misdrijf

Het vereiste dat sprake moet zijn van gerichtheid op het misdrijf, lijkt op het eerste oog 'finaal'. In het kader van de finale handelingsleer (van zowel Welzel als Peters) is een gedraging immers gericht op een bepaald doel, een bepaald gevolg. Een strafrechtelijk relevante gedraging is gericht op een misdrijf. Ik meen dat in het kader van dit 'gerichtheid op het misdrijf-vereiste'³¹ is aangesloten bij de finale handelingsleer van Welzel. Ik licht dit toe.

Een van de belangrijkste bevindingen in hoofdstuk 2 was dat bij dit vereiste steeds het voornemen van de verdachte wordt betrokken. Het voornemen – dat afzonderlijk wordt vastgesteld³² – wordt niet alleen betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm, het lijkt in de meeste gevallen leidend bij de kwalificatie van de gedraging (zie hoofdstuk 2, paragraaf 3.12.1.1). Dit sluit aan bij de finale handelingsleer van Welzel. Volgens Welzel gaat immers (in theorie³³) aan de gedraging vooraf dat de verdachte een handelingsontwerp

29 Peters 1966, p. 68.

30 Zie hfdst. 2, par. 2.1.1 en 3.12, hfdst. 7, par. 2.4 en hfdst. 8, par. 4.

31 Het gaat hier echt om de vraag of de gedraging was gericht op het misdrijf, niet op het bewezenverklarde, zo blijkt ook uit het *Cito*-criterium. Dat is ook logisch. De vraag die aan de hand van het *Cito*-criterium wordt beantwoord is of de gedraging kan worden *gekwalificeerd* als poging tot een misdrijf.

32 In de literatuur wordt nog wel eens gesteld dat de gedraging centraal staat, maar mijn bevindingen duiden daar niet op. Zie nader hfdst. 2, par. 3.12.1.1.

33 Volgens Welzel kunnen deze stappen in de praktijk samenvallen.

uitdenkt (bepalen finale wil). De handeling is de verwezenlijking van dat handelingsontwerp in de werkelijkheid. Dit betekent dat de betekenis van de handeling niet los kan worden gezien van dat handelingsontwerp, van de finale wil. De gedraging wordt door de finale wil 'beheerst'.

Dat het voornemen, het handelingsplan, leidend is, sluit niet goed aan bij de leer van Peters, die immers de gedraging centraal stelt en daaruit het opzet 'afleidt'.

Naast het voornemen, zo constateerde ik in hoofdstuk 2, paragraaf 3.12.1.2, en de gedraging (die wordt geïnterpreteerd in het licht van dat voornemen), wordt bij het 'gerichtheid op het misdrijfvereiste' betrokken of de verdachte middelen voorhanden had om het misdrijf uit te voeren (hoofdstuk 2, paragraaf 3.12.1.2). Dit sluit eveneens aan bij de leer van Welzel. Onderdeel van het handelingsontwerp (en dus de finale wil) zijn volgens Welzel immers ook de middelen die de verdachte van plan is in te zetten om zijn doel te bereiken. Deze 'middelen' betreffen zowel gedragingen als voorwerpen. Daar komt bij dat uit de pogingsjurisprudentie van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat ook bij de interpretatie van voorwerpen die de verdachte voorhanden had het voornemen leidend is. Getoetst wordt of de voorwerpen 'passen' bij dat voornemen. Hoewel het betrekken van de middelen die de verdachte voorhanden heeft ook in de leer van Peters past, meen ik dat door dit laatste toch eerder sprake is van aansluiting bij de leer van Welzel dan bij de leer van Peters.

De context

Bij het 'gerichtheid op het misdrijf-vereiste' betreft de Hoge Raad ook omstandigheden waaruit blijkt van de context waarin die gedraging is verricht. Op dit punt vult de Hoge Raad het oordeel van de gerechtshoven met enige regelmaat aan (hoofdstuk 2, paragraaf 3.12.1.3). De context is dus belangrijk. Dat lijkt op het eerste oog een aanwijzing dat (op dit punt) wordt aangesloten bij de leer van Peters. Volgens Peters kan de gedraging immers alleen worden begrepen vanuit de situatie waarin de gedraging voorkomt. Toch meen ik dat hier geen sprake is van aansluiting bij de leer van Peters. Peters meent immers dat de sociale betekenis van de gedraging leidend zou moeten zijn. Daarvan is echter geen sprake. De omstandigheden die de context vormen lijken eerder te worden gebruikt ter ondersteuning van het oordeel dat de fysieke gedraging de uitvoering van het voornemen betrof. Het voornemen blijft dus leidend. De context wordt (slechts) gebruikt om het verband tussen het voornemen en de gedraging vast te stellen, zo besprak ik in hoofdstuk 2, paragraaf 3.12.1.4.³⁴

34 Dat de context wordt betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm, laat mijns inziens zien dat er een bepaalde drempel is die moet worden gehaald voordat gerichtheid op het misdrijf kan worden aangenomen. Het is niet voldoende dat er sprake is van een voornemen en een fysieke gedraging die daarbij 'past'. Er moet een bepaalde mate van aannemelijkheid

Op grond van bovenstaande kom ik tot de conclusie dat de invulling die wordt gegeven aan het 'gerichtheid op het misdrijfvereiste' aansluit bij de finale handelingsleer van Welzel.

3.3.1.2 Gerichtheid op voltooiing

Anders dan bij de gerichtheid op het misdrijf, speelt bij de gerichtheid op voltooiing het voornemen van de verdachte geen centrale rol. In de jurisprudentie kunnen objectieve omstandigheden worden aangewezen op basis waarvan wordt vastgesteld of aan het vereiste van gerichtheid op voltooiing is voldaan (hoofdstuk 2, paragraaf 3.12.2). Meer in zijn algemeenheid kan ten aanzien van dit vereiste de vraag worden gesteld of nog wel sprake is van 'finaliteit'.³⁵ Het 'gerichtheid op voltooiing-vereiste' ziet immers niet op de vraag op welk toekomstig doel/gevolg gedraging was gericht (daarover gaat het 'gerichtheid op het misdrijf-vereiste'), maar op de vraag of de gedragingen reeds in een dusdanig stadium waren dat sprake is van een strafbare uitvoeringshandeling (en niet meer van voorbereiding).

Welzel gaat (in het kader van zijn finale handelingsleer) niet in op de vraag in welk stadium de gedraging moet zijn aanbeland, voordat sprake is van een *strafbare* poging en waar bijvoorbeeld de grens ligt met voorbereiding. Welzel maakt enkel duidelijk dat pas sprake kan zijn van strafbaarheid op het moment dat er een daad ('Tat') in de werkelijkheid volgt die wordt beheerst door de finale wil. Dat betekent dat vanuit de finale handelingsleer van Welzel bijvoorbeeld niet verklaard kan worden waarom in de uitspraken *GWK*, *Heroïne uit Roemenië* en *Hasjiesj uit Marokko* en *Hoevense brandstichting* géén sprake is van een strafbare gedraging. In al deze zaken had de verdachte immers gedragingen verricht ter uitvoering van zijn voornemen. De eis van gerichtheid op voltooiing is ten opzichte van de finale handelingsleer van Welzel dan ook een extra vereiste, van belang om poging en voorbereiding van elkaar te kunnen afbakenen (zie ook hoofdstuk 8, paragraaf 4.1).

Net als Welzel, laat Peters zich niet uit over het moment waarop strafbaarheid ontstaat.³⁶ Ook ten opzichte van de finale leer van Peters zou het vereiste bij poging dat de gedraging moet zijn gericht op voltooiing dus een extra element vormen.

zijn dat met de gedraging daadwerkelijk uitvoering werd gegeven aan het vastgestelde voornemen. Dat heeft er mijns inziens ook mee te maken dat in het kader van de poging moet worden vastgesteld dat er sprake is van gerichtheid op een *bepaald* misdrijf. Zie hfdst. 2, par. 3.12.1.4 en hfdst. 7, par. 2.4.

35 Vgl. Rozemond 1994. Rozemond maakt een onderscheid tussen beide vereisten en noemt het tweede vereiste het 'jetzt geht es los-criterium'.

36 Wel lijkt duidelijk, nu de gedraging het uitgangspunt vormt van zijn theorie, dat er een gedraging moet hebben plaatsgevonden. In welk stadium die gedraging moet zijn voordat sprake is van strafrechtelijke aansprakelijkheid, vormt geen onderdeel van zijn (opzet)theorie.

Kortom, het vereiste dat de gedraging moet zijn gericht op voltooiing heeft geen betrekking op de finaliteit van de gedraging, maar vormt een extra vereiste.

3.3.2 Gebruik en rol: de uiterlijke verschijningsvorm als criterium, de finale handelingsleer omarmd?

Hiervoor besprak ik dat de invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van het 'gerichtheid op het misdrijf-vereiste' aansluit bij de finale handelingsleer van Welzel. Nu de uiterlijke verschijningsvorm standaard als criterium wordt gebruikt, lijkt in de praktijk sprake van een benadering die volledig consistent is met die leer. Echter, eveneens is gebleken dat de enkele finaliteit onvoldoende wordt geacht voor strafbaarheid. Daarnaast moet sprake zijn van een gerichtheid op voltooiing. Er is dus geen sprake van een volledige aansluiting bij de finale handelingsleer in die zin dat alleen overeenkomstig die leer strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt aangenomen.

3.4 De ondeugdelijke poging

De jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van de ondeugdelijke poging is niet eenduidig, noch ten aanzien van waar de ondeugdelijkheid binnen de poging precies moet worden geplaatst, noch ten aanzien van het gebruik dat wordt gemaakt van en de rol die de uiterlijke verschijningsvorm daarbij heeft (hoofdstuk 2, paragraaf 2.2). Vanwege al deze onduidelijkheden, zal ik me hier beperken tot de vraag of de benadering van de Hoge Raad ten aanzien van de *invulling* die aan de ondeugdelijke poging wordt gegeven – waarin wel een duidelijke lijn te herkennen is (hoofdstuk 8, paragraaf 4.2) – past bij de finale handelingsleer. Ik bekommer me in deze paragraaf dus niet om wat de precieze plaats van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm is of zou moeten zijn bij de ondeugdelijke poging. Daarop kom ik in mijn Slotbeschouwingen terug.

Welzel noch Peters gaan in hun finale handelingsleer in op de plaats van de ondeugdelijke poging. Ik zal in deze paragraaf dan ook zelf onderzoeken of, gebaseerd op de door hen geformuleerde uitgangspunten, de (benadering van de Hoge Raad ten aanzien van de) ondeugdelijke poging zou passen in hun finale leer. Net als in hoofdstuk 8, paragraaf 4.2 maak ik daarbij een onderscheid tussen de ondeugdelijkheid van de middelen en ondeugdelijkheid van het object.

3.4.1 *Ondeugdelijke middelen*

In de finale handelingsleer van Welzel maken de door de verdachte in te zetten middelen – die zowel voorwerpen als gedragingen betreffen – deel uit van het handelingsontwerp (de finale wil) en daarmee ook van de finale handeling. Voor Welzel is echter niet relevant in hoeverre de middelen ook daadwerkelijk (objectief gezien) ‘geschikt’ zijn om dat doel te bereiken. Waar het om gaat is of de verdachte verwachtte dat hij in zijn opzet zou slagen. Het gaat om zijn inschatting.³⁷ Hierbij past op zichzelf dat de (objectieve) omstandigheid dat een middel in een bepaald geval niet geschikt is om het misdrijf te plegen (relatief ondeugdelijk middel) niet in de weg staat aan strafbaarheid.³⁸ Wat echter niet aansluit bij de leer van Welzel is dat wanneer *objectief* wordt vastgesteld dat het middel onder geen enkele omstandigheid tot het plegen van het misdrijf geschikt is (absolute ondeugdelijk middel), volgens de Hoge Raad niet langer sprake is van een strafbare gedraging. Of de verdachte ook objectief gezien kon slagen is immers volgens Welzel niet relevant. De objectief vastgestelde absolute ondeugdelijkheid beperkt dus de strafrechtelijke aansprakelijkheid ten opzichte van de leer van Welzel.

In de leer van Peters zou de absolute ondeugdelijkheid van het middel beter passen. In bepaalde gevallen – bijvoorbeeld bij de inzet van een voodoopoppetje – zal de sociale betekenis van de gedraging immers niet langer zijn dat de verdachte nog bezig was met het plegen van een misdrijf.³⁹

3.4.2 *Ondeugdelijke objecten*

Vormt het object van het misdrijf onderdeel van de finale gedraging? Die vraag laat zich nog niet zo eenvoudig beantwoorden. De finale gedraging is – zowel bij Welzel als Peters – gericht op een doel, een gevolg. Maar maakt het doel daarmee ook deel uit van de finale gedraging? Het is er in ieder geval nauw mee verbonden. Gedraging en doel kunnen niet los van elkaar worden gezien.⁴⁰ Bij de (onvoltooide) poging gaat het echter wel om een in de toekomst gelegen doel of gevolg. Dit roept de vraag op wat, vanuit de finale handelingsleer gezien, de eventuele betekenis is voor de strafbaarheid als het object van het misdrijf absoluut ondeugdelijk is.

Vanuit de leer van Welzel gezien staat die ondeugdelijkheid alleen in de weg aan strafbaarheid als de verdachte daarvan op de hoogte was en vervol-

37 Welzel 1965, p. 66.

38 Vgl. De Hullu 2018, p. 403. Volgens De Hullu pas de marginale positie voor de ondeugdelijke poging bij het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm.

39 Vgl. de noot van Rozemond bij het *Richard*-arrest, die daar ook de ‘gemiddelde rechtsgenoot’ opvoert. Vgl. eveneens Kelk & De Jong 2019. Volgens hen (p. 432) is alleen in een objectieve leer ruimte voor de opvatting dat absolute ondeugdelijkheid van de poging tot straffeloosheid dient te leiden.

40 Vgl. Peters 1966, p. 30.

gens misschien weliswaar had gehoopt dat hij desondanks toch zou slagen, maar zichzelf geen reële kansen had toegedicht dat hij zijn doel zou bereiken. Volgens Welzel is immers bepalend of de verdachte

‘eine Einwirkungsmöglichkeit auf das reale Geschehen zuschreibt. Was nach der eigenen Ansicht des Täters außerhalb seiner Einwirkungsmöglichkeit liegt, das kann er als zufällige Verknüpfung mit seiner Handlung wohl erhoffen oder wünschen, aber nicht verwirklichen wollen’.⁴¹

De benadering van de Hoge Raad sluit hier in zoverre op aan dat de Hoge Raad ten aanzien van het object zeer terughoudend – wellicht nog terughoudender is dan bij ten aanzien van de middelen – om aan te nemen dat de verdachte niet strafbaar is omdat het object ondeugdelijk is. Dat gebeurt eigenlijk alleen wanneer vaststaat dat het object vanaf het begin van de uitvoeringshandeling ondeugdelijk is. Zie hoofdstuk 8, paragraaf 4.2. Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad die ondeugdelijkheid objectief vaststelt. De beleving en de inschatting van de verdachte ten aanzien van dat object speelt daarbij geen rol. Daarmee is dus geen sprake van aansluiting bij Welzel. Dit betekent dat sprake is van een beperking van de strafrechtelijke aansprakelijkheid ten opzichte van de leer van Welzel. Ook al ging de verdachte er dan misschien van uit dat hij zou slagen, er wordt toch geen strafbaarheid aangenomen omdat het object van het misdrijf – objectief bezien – absoluut ondeugdelijk is.

Net als bij de ondeugdelijkheid van de middelen, zou deze benadering op zichzelf in de leer van Peters passen. Dat geldt ook voor dat daarmee terughoudend wordt omgegaan omdat het doel nog in de toekomst is gelegen.

3.5 Bevindingen ten aanzien van de finale handelingsleer en poging: de finale handelingsleer van Welzel met enkele inperkingen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid

De benadering van de Hoge Raad ten aanzien van de poging sluit in beginsel aan bij de finale handelingsleer van Welzel. In de kern wordt immers getoetst of met de gedraging uitvoering wordt gegeven aan het voornemen van de verdachte. Het voornemen is leidend. Wel wordt – ten opzichte van die finale handelingsleer – aan de gedraging een extra vereiste gesteld, namelijk dat die eveneens (naast op het misdrijf) gericht moet zijn op *voltooiing* van het misdrijf. Daarmee wordt de strafrechtelijke aansprakelijkheid ten opzichte van de leer van Welzel ingeperkt.

Bij de ondeugdelijkheid van de poging sluit de benadering van de Hoge Raad niet aan bij de leer van Welzel, nu de Hoge Raad de ondeugdelijkheid van middel en object objectief vaststelt. De objectief vastgestelde absolute

41 Welzel 1965, p. 60.

ondeugdelijkheid staat in de weg aan strafbaarheid op grond van poging. Daarmee vormt de absolute ondeugdelijkheid een inperking van de strafrechtelijke aansprakelijkheid ten opzichte van de leer van Welzel. De benadering sluit op dit punt eerder aan bij de leer van Peters.

4 DE UITERLIJKE VERSCHIJNINGSVORM BIJ STRAFBARE VOORBEREIDING

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk bespreek ik in hoeverre de invulling, het gebruik van en de rol van de uiterlijke verschijningsvorm bij strafbare voorbereiding aansluiten bij de finale handelingsleer. Ik doe dat eerst voor het bestanddeel 'bestemd' van artikel 46 Sr (paragraaf 4.2). Vervolgens besteed ik nog aandacht aan de ondeugdelijke voorbereiding (paragraaf 4.3).

4.2 Bestanddeel 'bestemd'

4.2.1 *Voorwerpen en de finale handelingsleer*

Op grond van de uiterlijke verschijningsvorm wordt vastgesteld of de voorwerpen 'dienstig kunnen zijn voor het misdadige doel dat de verdachte voor ogen had'. Dat de uiterlijke verschijningsvorm betrekking heeft op voorwerpen is vanuit de leren van Welzel en Peters bezien niet problematisch. Onderdeel van de gedraging, in beide leren, vormen immers ook de middelen die worden ingezet om dat doel te bereiken. De strafbaarheid van het voorhanden hebben van middelen die zijn bestemd tot het begaan van het misdrijf, is eveneens vanuit beide leren te rechtvaardigen. Zoals bij de poging al aan de orde kwam, wordt in geen van beide leren ingegaan op de vraag waar de ondergrens van de strafbaarheid ligt. Wel is voor beide leren duidelijk dat er in ieder geval sprake moet zijn van een gedraging. Vanuit de leer van Welzel komt strafbaarheid in beeld op het moment dat sprake is van een objectivering van de finale wil in een uiterlijke daad.⁴² Hiervan is sprake, zo zou betoogd kunnen worden, op het moment dat de verdachte voorwerpen verwerft etc. die zijn bestemd tot het begaan van het misdrijf. Op grond van de leer van Peters moet sprake zijn van een gedraging waaruit – in de sociale context bezien – de doelgerichtheid blijkt. Ook hiervan kan sprake zijn bij het verwerven etc. van voorwerpen die bestemd zijn tot het begaan van een misdrijf. Dat vereist is dat de voorwerpen 'dienstig kunnen zijn voor het misdadige doel dat de verdachte voor ogen had', laat zien dat er sprake moet zijn van een in de

42 Welzel 1965, p. 57.

toekomst gelegen doel, waarop de gedragingen van de verdachte gericht zijn en dus van finaliteit.

4.2.2 Invulling van de uiterlijke verschijningsvorm: Welzel

In de jurisprudentie van de Hoge Raad over strafbare voorbereiding speelt het 'misdadige doel' van de verdachte een centrale rol (zie hoofdstuk 4, paragraaf 4.1.2). Dit misdadige doel moet, blijkens die jurisprudentie, afzonderlijk worden vastgesteld. Het doel moet bovendien voldoende concreet zijn vastgesteld. In ieder geval moet duidelijk zijn welk object (slachtoffer/gebouw) de verdachte op het oog heeft. Vervolgens wordt beoordeeld of de aangetroffen voorwerpen (op termijn) kunnen bijdragen ('dienstig kunnen zijn') aan de uitvoering van het misdadige doel (zie hoofdstuk 4, paragraaf 4.1.8). Het misdadige doel is dus leidend. In dit verband kan worden gewezen op het *Samir A.*-arrest, waarin werd overwogen dat

[b]ij de beantwoording van de vraag of de in art. 46, eerste lid, (oud) Sr vermelde voorwerpen, stoffen, informatiedragers, ruimten of vervoermiddelen (hierna gezamenlijk ook als "voorwerpen" aan te duiden), (...) afzonderlijk of gezamenlijk, naar hun uiterlijke verschijningsvorm "kennelijk bestemd" zijn tot het begaan van het misdrijf in de zin van deze bepaling, kan, naar mede volgt uit de vorenweergegeven wetsgeschiedenis, niet worden geabstraheerd van het misdadige doel dat de verdachte met het gebruik van die voorwerpen voor ogen had'.

Dat het misdadige doel afzonderlijk wordt vastgesteld en leidend is, sluit aan bij de finale handelingsleer van Welzel. Het is niet goed verenigbaar met de finale leer van Peters, die immers de sociale betekenis van de gedraging vooropstelt.

Ik ben, naast het misdadige doel, ook een aantal andere omstandigheden tegengekomen in de jurisprudentie van de Hoge Raad, zoals het gebruik dat is gemaakt van de voorwerpen en andere gedragingen die de verdachte al heeft verricht. Deze omstandigheden zijn echter vooral ondersteunend aan het oordeel dat de betreffende voorwerpen dienstig kunnen zijn voor het misdadige doel dat de verdachte voor ogen had.⁴³ Het misdadige doel is dus leidend. Daarmee sluit de benadering aan bij de finale handelingsleer van Welzel.

Bevindingen, zoals dat ook voorwerpen die ook een alledaagse bestemming kunnen hebben – zoals auto's –, kunnen worden aangemerkt als 'bestemd' tot het begaan van het misdrijf, laten mijns inziens zien dat niet is aangesloten

43 Net als bij poging (zie par. 3.3.1.1) laat dit mijns inziens slechts zien dat er een bepaalde drempel is die moet worden gehaald. Het is niet voldoende dat er sprake is van een misdadig doel en dat het voorwerp daarbij 'past'. Er moet een bepaalde mate van aannemelijkheid zijn dat het voorwerp daadwerkelijk bestemd was om (op een later moment) gebruikt te worden ter uitvoering van het misdrijf. Zie hfdst. 4, par. 4.1.8.

bij de benadering van Peters. In de benadering van Peters zou van dat misdadige doel immers moeten blijken uit de voorwerpen zelf (en eventuele andere objectieve omstandigheden). De ondergrens – ten aanzien van de *objectieve* omstandigheden – zou daardoor hoger komen te liggen dan hij nu ligt.⁴⁴

4.2.3 *Gebruik en rol: de uiterlijke verschijningsvorm als criterium, de finale handelingsleer omarmd?*

Hiervoor besprak ik dat de invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van het bestanddeel ‘bestemd’ aansluit bij de finale handelingsleer van Welzel. Nu de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van dat bestanddeel als (standaard)criterium wordt gebruikt, kan worden gesteld dat op dit punt sprake is van een volledige aansluiting bij die leer.

4.3 Ondeugdelijke voorbereiding

Het *Samir A.*-arrest kan zo worden opgevat dat dat betrekking heeft op de ondeugdelijkheid van voorbereidingsmiddelen. Zeker is dat evenwel niet. Zie hoofdstuk 4, paragraaf 3.3. Dat maakt het moeilijk om te ‘toetsen’ of de benadering van de Hoge Raad aansluit bij de finale handelingsleer. Voor zover er van wordt uitgegaan dat het *Samir A.*-arrest betrekking heeft op ondeugdelijke middelen, dan lijkt de Hoge Raad daarin niet een wezenlijk andere benadering te kiezen dan bij de poging. Alleen de *absolute* ondeugdelijkheid van de middelen staat in de weg aan strafbaarheid. Net zoals bij poging (zie paragraaf 3.4), geldt hier dat de absolute ondeugdelijkheid van de middelen – ten opzichte van de leer van Welzel leidt tot een inperking van de strafrechtelijke aansprakelijkheid

Ten aanzien van de absolute ondeugdelijkheid van het object kiest de Hoge Raad een andere benadering (zie hierover (en ook over waarom dat is) hoofdstuk 4, paragraaf 3.3.3 en hoofdstuk 8, paragraaf 4.2). De absolute ondeugdelijkheid hoeft blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad niet in de weg te staan aan een veroordeling. Het arrest *Richard* kan zo worden begrepen dat de beleving van de verdachte in dit geval leidend is. Zolang de verdachte niet doorheeft dat het object absoluut ondeugdelijk is (bijvoorbeeld omdat het om een fictief, door een tv-presentator verzonden meisje gaat), staat de absolute ondeugdelijkheid van het object niet in de weg aan strafbaarheid. Dat zou

44 Daarmee is geenszins gezegd dat wanneer de leer van Peters zou worden gevolgd de grens voor strafbaarheid ook hoger ligt. Op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad worden immers ook eisen gesteld aan het misdadige doel. Als de leer van Peters zou worden gevolgd zou in de *Opel Vectra*-zaak misschien wel tot het oordeel zijn gekomen dat de voorwerpen ‘bestemd’ waren tot het begaan van het misdrijf. Nu kon dat niet, omdat het misdadige doel niet voldoende concreet was vastgesteld. Zie hfdst. 4, par. 3.2 en 4.1.2.

betekenen dat de benadering van de Hoge Raad ten aanzien van het ondeugdelijk object – bij strafbare voorbereiding – aansluit bij de finale handelingsleer van Welzel, die immers ook de beleving van de verdachte centraal stelt. Toekomstige jurisprudentie zal op dit punt meer duidelijkheid moeten bieden.

4.4 Bevindingen ten aanzien van de finale handelingsleer en strafbare voorbereiding: de finale handelingsleer van Welzel met een enkele inperking van de strafrechtelijke aansprakelijkheid

De benadering van de Hoge Raad bij strafbare voorbereiding sluit, nu het misdadige doel een leidende rol heeft bij de interpretatie van de voorwerpen, aan bij de finale handelingsleer van Welzel. Ook de benadering ten aanzien van ondeugdelijke *objecten* lijkt aan te sluiten bij de leer van Welzel, nu de beleving van de verdachte daarin centraal lijkt te staan. De benadering van de Hoge Raad ten aanzien van ondeugdelijke middelen beperkt echter de strafrechtelijke aansprakelijkheid ten opzichte van de finale handelingsleer van Welzel. De objectieve invulling die aan de absolute ondeugdelijkheid wordt gegeven sluit eerder aan bij de leer van Peters.

5 DE UITERLIJKE VERSCHIJNINGSVORM BIJ NOODWEER(EXCES)

5.1 Inleiding

Bij noodweer(exces) wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om vast te stellen of de gedraging kan worden aangemerkt als aanvallend, 'bijvoorbeeld gericht op een confrontatie of deelneming aan een gevecht'. Door deze formulering is niet helemaal duidelijk of het hier gaat om het vaststellen van het doel van de gedraging of het karakter van de gedraging. Na een zorgvuldige analyse van de jurisprudentie ben ik tot de conclusie gekomen dat de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt om de bedoeling van de verdachte vast te stellen (zie hoofdstuk 5, paragraaf 3.1.5). Met behulp van de uiterlijke verschijningsvorm wordt vastgesteld waarop de gedraging is gericht. Bij de andere leerstukken ging het om de vraag of de gedraging van de verdachte was gericht op het misdrijf. In het kader van noodweer(exces) gaat het evenwel om de vraag of de verdachte met die gedraging nog een ander (achterliggend) doel nastreefde, te weten de ander aanvallen (of juist zichzelf of een ander verdedigen) (vgl. hoofdstuk 8, paragraaf 5). Het plegen van het misdrijf is in dit geval een 'middel' om een ander doel te bereiken. Dat betekent dat andere omstandigheden een rol spelen in het kader van noodweer(exces) dan bij de andere leerstukken. Dat neemt niet weg dat nog steeds sprake is van het vaststellen van een bepaalde gerichtheid op een doel. Dit duidt op finaliteit.

5.2 Invulling van de uiterlijke verschijningsvorm: Peters

Bij de uiterlijke verschijningsvorm worden in het kader van noodweer(exces) uitsluitend objectieve omstandigheden betrokken. Het gaat zowel om omstandigheden die de fysieke gedraging van de verdachte betreffen (hoe gedroeg hij zich, wat deed hij?) als omstandigheden die de context betreffen (wat was de voorgeschiedenis, wat deed het slachtoffer?). Nu uit deze omstandigheden wordt afgeleid of de verdachte de bedoeling had zich te verdedigen, lijkt de benadering van de Hoge Raad aan te sluiten bij de leer van Peters. Het doel wordt afgeleid uit de gedraging (fysiek gedraging, in de context gezien).

5.3 Gebruik en rol: finale bewijsvoering of toch Peters?

Als de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast lijkt dus sprake te zijn van aansluiting bij de leer van Peters. Echter, de uiterlijke verschijningsvorm levert in het kader van noodweer(exces) slechts een vermoeden op. Dit vermoeden kan worden weerlegd door ander bewijs (bijvoorbeeld verklaringen) waaruit blijkt dat de verdachte – ondanks de uiterlijke verschijningsvorm van zijn gedraging – toch de bedoeling had zichzelf of een ander te verdedigen. Dat betekent dat hier slechts sprake is van finale bewijsvoering.

Daarbij moet echter worden aangetekend dat ik geen voorbeelden in de jurisprudentie ben tegengekomen waarin een dergelijke contra-indicatie in de weg stond aan het oordeel dat de verdachte de bedoeling had om aan te vallen. Betekent dit dan dat de Hoge Raad de finale leer van Peters in het kader van noodweer(exces) toch volledig heeft omarmd? Daartegen zijn meerdere argumenten in te brengen. In de eerste plaats leid ik uit de *Portiek*-uitspraak af dat, als er verklaringen van de verdachte zijn, de rechter wel degelijk aandacht moet besteden aan waarom hij die verklaringen ongeloofwaardig acht. Ik vat dat op als een signaal dat de individuele beleving van de verdachte wel degelijk (in bepaalde gevallen) het verschil kan maken. In de tweede plaats wordt over het algemeen verondersteld dat de verdachte zich had willen verdedigen. In het kader van noodweer(exces) wordt over het algemeen geen aandacht besteed aan de vraag of de verdachte zich had willen verdedigen of – in plaats daarvan – had willen aanvallen. Dat sprake is van een finale gedraging (gericht op verdediging) is dus geen voorwaarde om een beroep op noodweer(exces) te kunnen doen. De finaliteit van de gedraging is wel een verwerpingsgrond, die een sterke werking heeft, omdat hij de afwijzing van het beroep op noodweer(exces) zelfstandig kan dragen (zie hoofdstuk 5, paragraaf 3.1.5). Uit de bestudeerde uitspraken leid ik echter af dat deze verwerpingsgrond zeker niet zomaar gebruikt mag worden. Er geldt een duidelijke ondergrens, die tot op heden alleen gehaald wordt in uitspraken waarin sprake is van vechtpartijen, waarin de verdachte en het slachtoffer zich over en weer agressief naar elkaar gedragen en waarin niet

duidelijk is wie wat precies wanneer deed, maar waarin wel duidelijk is dat de verdachte eigenlijk niet bezig is met zichzelf of een ander verdedigen, maar de bedoeling heeft om de confrontatie op te zoeken of om mee te doen aan het gevecht.

5.4 Bevindingen ten aanzien van de finale handelingsleer en noodweer(exces): finale bewijsvoering

Op grond van bovenstaande kom ik tot de bevinding dat bij noodweer(exces) sprake is van finale bewijsvoering. Er is geen sprake van een (volledige) omarming van de finale handelingsleer.

6 SAMENVATTENDE BEVINDINGEN OVER DE JURISPRUDENTIE VAN DE HOGE RAAD: NERGENS EEN VOLLEDIGE OMARMING VAN DE FINALE HANDELINGSLEER

In dit hoofdstuk is gebleken dat daar waar de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast bij de *objectieve zijde* van het strafbare feit (poging en strafbare voorbereiding), die toepassing aansluit bij het finale handelingsbegrip van Welzel. Bij voorbereiding lijkt sprake van een bijna volledige omarming van het finale handelingsbegrip van Welzel. De enige uitzondering daarop is de objectieve benadering van de absoluut ondeugdelijke voorbereidingsmiddelen. Bij poging bleek de enkele finaliteit van de gedraging niet voldoende voor strafbaarheid. Ten opzichte van de leer van Welzel geldt een extra vereiste, het vereiste dat sprake is van een bepaalde nabijheid tot voltooiing van het delict (gerichtheid op voltooiing). De objectieve benadering van de ondeugdelijke poging (zowel middel als object) sluit niet aan bij het finale handelingsbegrip van Welzel. Zowel bij strafbare voorbereiding en poging is zo sprake van een (beperkte) inperking van de strafrechtelijke aansprakelijkheid ten opzichte van de finale handelingsleer van Welzel. Vanuit die leer bezien is er dus (bewust of onbewust) sprake van een enkele 'correctie', die de strafrechtelijke aansprakelijkheid beperkt.

In de gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast in het kader van de *subjectieve zijde* van het strafbare feit (voorwaardelijk opzet en noodweer(exces)) is geen sprake van een volledige aansluiting bij de finale opzetbegrippen van Welzel of Peters. De *invulling* die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm sluit weliswaar aan bij de finale leer van Peters, maar de uiterlijke verschijningsvorm wordt slechts in bepaalde gevallen gebruikt. In dergelijke gevallen dient de figuur als een vermoeden. Er is, met andere woorden, slechts sprake van finale bewijsvoering.

Uit deze analyse blijkt dat de uiterlijke verschijningsvorm een 'finaal figuur' is. Als de figuur wordt toegepast dan wordt gekeken naar finaliteit. In zoverre

is sprake van een consistente toepassing van de figuur en kan worden gesproken van samenhang tussen de wijze waarop de figuur bij de verschillende leerstukken wordt toegepast.

Echter, de finale handelingsleer is niet (als enige) leidend in de jurisprudentie van de Hoge Raad, zo bleek in voorgaande. Hoe leidend de finaliteit van de gedraging is, verschilt per leerstuk. Dit komt vooral door de verschillende rollen die de figuur bij de verschillende leerstukken heeft. Met name bij de subjectieve zijde van het strafbare feit lijkt sprake te zijn van een bepaalde terughoudendheid om op basis van de finaliteit van de gedraging tot het bewijs te komen. Dit bevestigt mijn bevinding uit de hoofdstukken 7 en 8 dat het (klassieke) onderscheid dat tussen de objectieve en de subjectieve zijde wordt gemaakt niet is verlaten met de introductie van de uiterlijke verschijningsvorm. De toepassing van de figuur bij het voorwaardelijk opzet – die eigenlijk niet bij deze klassieke tweedeling lijkt aan te sluiten, zelfs als wezensvreemd daaraan kan worden gezien – is door de terughoudende toepassing en de hoge eisen die aan de invulling worden gesteld ingevlochten in die klassieke tweedeling en laat die in stand.

Op het punt van de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm verschilt per leerstuk of die (meer) aansluit bij de finale leer van Welzel (poging, voorbereiding) of de leer van Peters (voorwaardelijk opzet, noodweer(exces)).

Voorgaande betekent dat de uiterlijke verschijningsvorm volledig overkoepelend bij alle leerstukken eigenlijk slechts gemeen heeft dat sprake is van een 'finale methode' om gedragingen onder een delictsbestanddeel te brengen.