



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

Slotbeschouwingen

1 INLEIDING

In de rechtspraak wordt met enige regelmaat gebruikgemaakt van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm. De figuur wordt zowel door de feitenrechter als de Hoge Raad gebruikt. In mijn onderzoek heb ik me gericht op de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad. De figuur, die door de literatuur werd geïntroduceerd, werd door de Hoge Raad in 1978 in zijn jurisprudentie erkend.¹ Zowel in de literatuur als in de rechtspraak van de Hoge Raad werd de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm aanvankelijk ontwikkeld in het kader van de strafbare poging (artikel 45 Sr). Vanaf 2003 heeft de Hoge Raad de toepassing van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm ‘verbreed’ naar andere leerstukken, waaronder (voorwaardelijk) opzet, strafbare voorbereiding (artikel 46 Sr) en noodweer(exces) (artikel 41 Sr). In dit proefschrift heb ik onderzocht of bij de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad sprake is van een onderliggende systematiek. Dat heb ik gedaan door de rechtspraak van de Hoge Raad waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt, te analyseren. Daarbij heb ik zowel gekeken naar het gebruik dat door de Hoge Raad wordt gemaakt van de figuur en de daaruit voortvloeiende rol van de uiterlijke verschijningsvorm, als de invulling die aan de figuur wordt gegeven.

Ik heb eerst de rechtspraak per leerstuk geanalyseerd (hoofdstukken 2-5).² Vervolgens (hoofdstuk 7) heb ik de bevindingen met elkaar vergeleken, om zo te komen tot leerstukoverstijgende eigenschappen van de figuur. De door mij geconstateerde verschillen heb ik vervolgens vanuit een ander perspectief beschouwd (hoofdstuk 8). Dit leverde op dat het bij de uiterlijke verschijningsvorm in de kern gaat om de gedraging en het opzet (intentie) van de verdachte en de verhouding daartussen en bewijs. Gelet op de overeenkomsten met een aantal kenmerken die de kern vormen van de finale handelingsleer, heb ik in het tweede gedeelte van mijn onderzoek onderzocht (geverifieerd) of de toepassing die door de Hoge Raad wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de finale handelingsleer (hoofdstukken 9-10). Door de figuur te plaatsen in de dogmatiek heb ik beoogd een bijdrage te leveren aan

1 HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, m.nt. Van Veen (*Cito*).

2 In hfdst. 6 heb ik een kort uitstapje gemaakt naar de toepassing van de figuur in de lagere rechtspraak. Zie hierover nader de paragrafen 2.1 en 3.5 van het onderhavige hoofdstuk.

de duiding en systematisering van de figuur. In deze slotbeschouwingen zal ik ingaan op de belangrijkste bevindingen uit mijn onderzoek. Vervolgens zal ik enkele aanbevelingen doen, waarmee ik beoog bij te dragen aan een (nog) eenduidigere systematiek bij de toepassing van de figuur.

Omdat de hoofdstukken 2-10 analytisch van aard zijn, heb ik in die hoofdstukken weinig aandacht besteed aan opvattingen in de literatuur over de uiterlijke verschijningsvorm. Voor de plaatsing en beoordeling van de standpunten die ik in dit hoofdstuk inneem, is die literatuur echter wel degelijk van belang. Anders dan doen gebruikelijk in slotbeschouwingen, zal ik daarom in dit hoofdstuk (in de voetnoten) aandacht besteden aan die literatuur.

2 CONCLUSIES

2.1 Toepassing bij de verschillende leerstukken

De Hoge Raad past de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm toe in het kader van de leerstukken poging (artikel 45 Sr), voorwaardelijk opzet, strafbare voorbereiding (artikel 46 Sr) en noodweer(exces) (artikel 41 Sr). Uit de analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad is gebleken dat hij de figuur binnen een bepaald leerstuk over het algemeen volgens een bepaalde, vaste systematiek toepast. De wijze waarop de figuur wordt gebruikt is vastgelegd in 'standaardformules': de *Cito*-formule bij poging, de *HIV I*-formule bij voorwaardelijk opzet, de *Samir A.*-formule bij strafbare voorbereiding en de *Fietswiel*-formule bij noodweer(exces). De uiterlijke verschijningsvorm heeft – binnen deze leerstukken – steeds dezelfde rol. Bij poging en strafbare voorbereiding – waar de figuur wordt gebruikt in het kader van de objectieve zijde van het strafbare feit – is de uiterlijke verschijningsvorm een criterium om vast te stellen of sprake is van 'begin van uitvoering' in de zin van artikel 45 Sr respectievelijk een voorwerp dat 'bestemd' is tot het begaan van het misdrijf in de zin van artikel 46 Sr. Bij voorwaardelijk opzet en noodweer(exces) – waar de figuur een rol heeft in het kader van de subjectieve zijde van het strafbare feit³ – wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt als (bewijs)vermoeden. Bij bestudering van de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm is gebleken dat per leerstuk omstandigheden zijn aan te wijzen die steeds (delictoverstijgend) een (belangrijke) rol spelen. Ondanks deze eenduidige systematiek binnen de leerstukken, ontbreekt het op een aantal punten aan duidelijkheid.

3 Bij noodweer(exces) wordt de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om vast te stellen of de verdachte een verdedigingswil had. Om die reden meen ik dat de uiterlijke verschijningsvorm ook daar wordt gebruikt in het kader van de subjectieve zijde van het strafbare feit. Zie nader hfdst. 5, par. 3.1.5.

Ik zet ze op een rij:

- Bij zowel poging als strafbare voorbereiding is niet duidelijk of de uiterlijke verschijningsvorm een rol heeft bij de vaststelling van de ondeugdelijkheid van de poging/voorbereiding, en zo ja, wat die rol precies is. De jurisprudentie is op dit punt niet eenduidig. Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.2 en hoofdstuk 4, paragraaf 3.3.
- Bij bestudering van de jurisprudentie van de Hoge Raad over opzet, ben ik één uitspraak tegengekomen waarin de uiterlijke verschijningsvorm *mogelijk* is gebruikt in het kader van een andere opzetgradatie dan voorwaardelijk opzet. Hierdoor is onduidelijk in hoeverre de uiterlijke verschijningsvorm volgens de Hoge Raad ook bij andere opzetgradaties mag worden toegepast. Zie hoofdstuk 3, paragraaf 2.3.
- Niet duidelijk is in hoeverre het volgens de Hoge Raad mogelijk is om de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van één zaak bij meerdere leerstukken toe te passen. Ik ben geen uitspraken tegengekomen waarin dit aan de orde was. Zie hoofdstuk 8.

Hoewel mijn rechtspraakanalyse zich richtte op de jurisprudentie van de Hoge Raad, ben ik ook verkennend ingegaan op de toepassing van de figuur in de lagere rechtspraak (zie hoofdstuk 6). Daarbij bleek dat de uiterlijke verschijningsvorm in de lagere rechtspraak ook nog bij een aantal andere onderwerpen wordt toegepast. Ik ben gestuit op toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van medeplegen, voorbedachte raad, de kwalificatie-uitsluitingsgrond bij witwassen en de aanduiding van voorwerpen, toestanden en gedragingen. Bij de toepassingen in de lagere rechtspraak, is de vraag in hoeverre die toepassingen aansluiten bij de toepassing die door de Hoge Raad wordt gegeven aan de figuur. Ik ga hierop in paragraaf 3.5 in.

2.2 Leerstukoverstijgende eigenschappen van de uiterlijke verschijningsvorm

Een vergelijking van de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm bij de leerstukken leverde een aantal overeenkomsten, met name ten aanzien van de *invulling* van de uiterlijke verschijningsvorm, die duiden op bepaalde eigenschappen van de figuur. Daarnaast leverde de vergelijking tussen de leerstukken een aantal verschillen op, met name bij het *gebruik* en de *rol* van de uiterlijke verschijningsvorm. Nadere beschouwing van de geconstateerde verschillende leverde echter juist een aantal aanvullende eigenschappen op van de uiterlijke verschijningsvorm. De vergelijking leidde er aldus toe dat ik in hoofdstuk 7 de volgende leerstukoverstijgende eigenschappen van de uiterlijke verschijningsvorm kon vaststellen:

Eigenschap 1

De uiterlijke verschijningsvorm verbindt de objectieve zijde van het strafbare feit met de subjectieve zijde. Er ontstaat daardoor een wisselwerking tussen objectieve en subjectieve zijde.

Eigenschap 2

De uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt om de (in de toekomst gelegen) gerichtheid van de gedraging vast te stellen.

Eigenschap 3

De uiterlijke verschijningsvorm is een methode om feiten en omstandigheden onder een bestanddeel te brengen.

Eigenschap 4

De uiterlijke verschijningsvorm plaatst de gedraging in zijn context.

In alle door mij bestudeerde uitspraken van de Hoge Raad heeft de uiterlijke verschijningsvorm deze eigenschappen (cumulatief). Dit ondersteunt dat sprake is van een eenduidige, onderliggende systematiek.

Er bleek echter ook een aantal verschillen te bestaan tussen de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm bij de verschillende leerstukken, die niet gerelativeerd konden worden of leken te duiden op een bepaalde eigenschap van de figuur. Het ging om de volgende verschillen:

Vershil 1

De uiterlijke verschijningsvorm heeft in de gevallen waarin de figuur wordt gebruikt in het kader van de *objectieve zijde* van het strafbare feit (poging, strafbare voorbereiding) een rol als criterium, dat standaard wordt toegepast. In het kader van de *subjectieve zijde* van het strafbare feit (voorwaardelijk opzet, noodweer(exces) heeft de uiterlijke verschijningsvorm echter (slechts) een rol als (bewijs)vermoeden. De figuur wordt bij die leerstukken dan ook (slechts) in bepaalde gevallen gebruikt.

Vershil 2

Bij de verschillende leerstukken heeft de uiterlijke verschijningsvorm een andere ondergrens. De drempel ligt bij poging hoger dan bij strafbare voorbereiding (omdat bij poging anders dan bij voorbereiding ook het 'gerichtheid op voltooiingvereiste' geldt). Als alleen naar de objectieve omstandigheden wordt gekeken ligt de drempel bij voorwaardelijk opzet hoger dan bij strafbare voorbereiding en poging (zelfs met het 'gerichtheid op voltooiingvereiste'). Bij strafbare voorbereiding en poging wordt echter, anders dan bij voorwaardelijk opzet, ook de door de rechter vastgestelde intentie van de verdachte betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Bij opzet wordt de uiterlijke verschijningsvorm juist gebruikt om die intentie vast te stellen.

Vershil 3

Wanneer de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de *subjectieve zijde* (voorwaardelijk opzet, de verdedigingswil bij noodweer- (exces)) dan wordt expliciet aandacht besteed aan eventuele contra-indicaties. Dit gebeurt niet in gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de *objectieve zijde* van het strafbare feit.

Wat opvalt aan de door mij geconstateerde verschillen is dat er in de jurisprudentie toch, ondanks de overeenkomsten, een andere benadering wordt gekozen in gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast in het kader van de objectieve zijde van het strafbare feit ten opzichte van de gevallen waarin de figuur wordt toegepast in het kader van de subjectieve zijde. Er lijkt een bepaalde terughoudendheid te bestaan om de uiterlijke verschijningsvorm – in alle gevallen – toe te passen in het kader van de subjectieve zijde van het strafbare feit. Om nader inzicht te verkrijgen in dit verschil, heb ik voornoemde verschillen vanuit een ander gezichtspunt nader bekeken (hoofdstuk 8). Ik heb (theoretische) gevallen bestudeerd waarin in het kader van één zaak de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast in het kader van meerdere leerstukken. Dit leverde op dat het bij de uiterlijke verschijningsvorm in de kern gaat om de gedraging, het opzet (de intentie) van de verdachte en de verhouding daartussen (perspectief objectief-subjectief) en bewijs(dremfels) (bewijsperspectief).

2.3 De uiterlijke verschijningsvorm en de finale handelingsleer

Ik heb me afgevraagd of de door mij gevonden leerstukoverstijgende eigenschappen van de uiterlijke verschijningsvorm geplaatst kunnen worden in de dogmatiek. Daarbij ben ik, ingegeven door mijn bevindingen uit de rechtspraak terechtgekomen bij de finale handelingsleer.⁴ De door mij gevonden eigenschappen 1 en 2 sluiten aan bij de centrale stelling van de finale handelingsleer dat opzet onderdeel uitmaakt van de handeling. Opzet en handeling kunnen niet los van elkaar worden gezien. Een (strafrechtelijk relevante) handeling is gericht op een gevolg, op een doel. Ook eigenschap 4 sluit aan bij de finale handelingsleer. Dat de uiterlijke verschijningsvorm het object plaatst in de context doet in het bijzonder denken aan het pleidooi van Peters – die wel

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

wordt beschouwd als de ‘vertegenwoordiger’ van de finale handelingsleer in de Nederlandse strafrechtswetenschap – om de sociale betekenis van de gedraging centraal te stellen: de gedraging moeten worden gezien binnen de context waarin zij is gepleegd. Bij een eerste beschouwing lijkt de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad dus kenmerken te hebben van de finale handelingsleer. Verder bleek, na een nadere beschouwing van de verschillen, dat het bij de uiterlijke verschijningsvorm in de kern gaat om de gedraging, het opzet (de intentie) van de verdachte en de verhouding daartussen, en bewijs. Deze onderwerpen zijn ook kernelementen van de finale handelingsleer. Dat neemt niet weg dat de verhouding tussen de gedraging en het opzet afhankelijk van of de uiterlijke verschijningsvorm wordt gebruikt in het kader van de objectieve zijde of de subjectieve zijde van het strafbare feit verschilt, zo kunnen de door mij geconstateerde verschillen worden samengevat. Dit roept de vraag op of, als de uiterlijke verschijningsvorm al eigenschappen heeft van de finale handelingsleer, het dan wel steeds om dezelfde stroming binnen die leer gaat. Bovendien roept – ervan uitgaande dat de uiterlijke verschijningsvorm een ‘finale figuur’ is – de terughoudendheid die er bij de Hoge Raad lijkt te bestaan bij het toepassen van de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van de subjectieve zijde van het strafbare feit (de uiterlijke verschijningsvorm is daar (slechts) een (bewijs)vermoeden) de vraag op of de finale handelingsleer in die gevallen wel (volledig) is omarmd door de Hoge Raad. Beantwoording van deze vragen is van belang om de betekenis van de toepassing van de figuur voor de uitleg die aan een aantal kernleerstukken van het materiële strafrecht wordt gegeven en de gevolgen van de toepassing van de figuur voor strafrechtelijke aansprakelijkheid te kunnen duiden. Ook kan de plaatsing in de dogmatiek bijdragen aan een consistent(ere) toepassing van de figuur.⁵

Om tot een antwoord te komen heb ik per leerstuk onderzocht in welke mate de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm aansluit bij de finale handelingsleer van Welzel dan wel Peters. In de leer van Welzel is de finale wil (het opzet) leidend. De gedraging is de verwezenlijking van de finale wil in de werkelijkheid. Gedragingen worden gezien in het licht van de finale wil. De leer van Peters is normatief. Gedragingen hebben een sociale betekenis, die alleen kan worden begrepen vanuit het verband, vanuit de situatie, waarin de gedraging voorkomt. Het opzet ligt in de gedraging besloten en ‘spreekt’ uit de gedraging. Opzet heeft een normatief bepaalde betekenis binnen het kader van de handeling, zoals die in principe door iedereen kan worden ‘waargenomen’. Naast deze beide (materieelrechtelijke) lerens, staat ‘finale bewijsvoering’, een concept dat voortbouwend op de leer van Peters in de Nederlandse strafrechtelijke literatuur is ontwikkeld. Nu het opzet (volgens Peters) besloten ligt in de gedraging, kan het opzet uit de gedraging worden afgeleid. Zo kan opzet worden bewezen.

5 Zie hfdst. 1, par. 4.

Bij mijn vergelijking tussen de toepassing die de Hoge Raad geeft aan de uiterlijke verschijningsvorm en de finale handelingsleren van Welzel en Peters, bleek dat daar waar de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast bij de *objectieve zijde* van het strafbare feit (poging en voorbereiding), die toepassing aansluit bij de finale handelingsleer van Welzel. Bij voorbereiding lijkt sprake van een bijna volledige omarming van die leer. De enige uitzondering daarop is de objectieve benadering van de absoluut ondeugdelijke voorbereidingsmiddelen. Bij poging daarentegen is de enkele finaliteit van de gedraging niet voldoende voor strafbaarheid. Ten opzichte van de leer van Welzel geldt een extra vereiste, namelijk dat sprake is van een bepaalde nabijheid tot voltooiing van het delict (gerichtheid op voltooiing). De objectieve benadering van de ondeugdelijke poging sluit evenmin aan bij het finale handelingsbegrip van Welzel. Zowel bij voorbereiding als poging wordt de strafbaarheid ten opzichte van die leer dus op een aantal punten beperkt. Vanuit de finale handelingsleer van Welzel bezien is aldus sprake van een aantal 'correcties' op die leer.

In de gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast in het kader van de *subjectieve zijde* van het strafbare feit (voorwaardelijk opzet en noodweer(exces)) is geen sprake van een volledige aansluiting bij de finale lereren van Welzel of Peters. De invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke verschijningsvorm sluit weliswaar (op hoofdlijnen) aan bij de finale handelingsleer van Peters, maar de uiterlijke verschijningsvorm wordt slechts in bepaalde gevallen gebruikt. In dergelijke gevallen dient de figuur bovendien alleen als een (bewijs)vermoeden.⁶ Er is, met andere woorden, slechts sprake van finale bewijsvoering.

2.4 Eindconclusie: de uiterlijke verschijningsvorm is in hoofdzaak een 'finale methode'

De uiterlijke verschijningsvorm is een 'finaal figuur', in die zin dat de figuur ongeacht bij welk leerstuk hij wordt toegepast door de Hoge Raad, een aantal eigenschappen heeft (zie de eigenschappen 1, 2 en 4 hiervoor) die aansluiten bij de finale handelingsleer. Als de figuur wordt toegepast dan wordt gekeken naar finaliteit. In zoverre is sprake van een consistente toepassing van de figuur en kan worden gesproken van samenhang tussen de wijze waarop de figuur bij de verschillende leerstukken wordt toegepast.

Echter, de finale handelingsleer is niet (als enige) leidend in de jurisprudentie van de Hoge Raad, zo bleek in voorgaande. Hoe leidend de finaliteit is, verschilt per leerstuk. Dit komt vooral door de verschillende rollen die de figuur bij de verschillende leerstukken heeft. Met name bij de subjectieve zijde van het strafbare feit lijkt sprake te zijn van een bepaalde terughoudendheid

⁶ Het gebruik van dit bewijsvermoeden is echter geen vrijblijvendheid. Zie hfdst. 3, par. 2.1.5 en hfdst. 5, par. 3.1.5.

om op basis van de finaliteit van de gedraging tot het bewijs te komen. Dit betekent dat het (klassieke) onderscheid dat tussen de objectieve en de subjectieve zijde wordt gemaakt niet is verlaten met de introductie van de uiterlijke verschijningsvorm. De toepassing van de figuur bij het voorwaardelijk opzet – die eigenlijk niet bij deze klassieke tweedeling lijkt aan te sluiten, zelfs als wezensvreemd daaraan kan worden gezien – is door de terughoudende toepassing en de hoge eisen die aan de invulling worden gesteld ingevlochten in die klassieke tweedeling en laat die in stand.

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

Dit alles leidt ertoe dat de uiterlijke verschijningsvorm volledig overkoepelend bij alle leerstukken eigenlijk slechts gemeen heeft dat sprake is van een ‘finale methode’ (vgl. de eigenschappen 1, 2 en 4 hiervoor) om gedragingen onder een delictsbestanddeel te brengen.

3 AANBEVELINGEN

Ik beoog met mijn onderzoek bij te dragen aan de duiding en systematisering van de uiterlijke verschijningsvorm. Zoals in hoofdstuk 1, paragraaf 4 aan de orde is gekomen is het blootleggen van een onderliggende systematiek of het voor de toekomst aanbrengen van (meer) systematiek van belang voor zowel de rechtszekerheid als rechtsgelijkheid. Dit is des te belangrijker, omdat de figuur wordt toegepast bij een aantal kernleerstukken van het materiële strafrecht. Aldus heeft de figuur ook invloed op de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Plaatsing in de dogmatiek geeft een beeld van wat de gevolgen van de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm zijn voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Omdat het doel van dit onderzoek is een bijdrage te leveren aan de duiding en systematisering van de uiterlijke verschijningsvorm, zijn mijn aanbevelingen ook uitsluitend daarop gericht. Ik zal in het hierna volgende dus niet de finale handelingsleer of de lijn die in de rechtspraak van de Hoge Raad door mij is blootgelegd op zijn merites beoordelen. Ik neem de lijn in die rechtspraak tot uitgangspunt en richt mijn aanbevelingen op het oplossen van eventuele onduidelijkheden en inconsistenties.

Zoals hiervoor aan de orde kwam, verschillen de rol en de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm per leerstuk. Dat neemt niet weg dat de uiterlijke verschijningsvorm een ‘finaal figuur’ is en bij alle leerstukken als een ‘finale methode’ wordt toegepast (zie paragraaf 2.4). Voordat ik op mijn aanbevelingen per leerstuk inga, begin ik dan ook met een algemene aanbeveling. Die aanbeveling houdt in:

Aanbeveling 1

Gebruik de uiterlijke verschijningsvorm alleen in gevallen die voldoen aan de door mij geïdentificeerde leerstukoverstijgende eigenschappen van de uiterlijke verschijningsvorm. Dat wil zeggen: gebruik de uiterlijke verschijningsvorm als een 'finale methode' om gedragingen onder een bestanddeel te brengen. Dit betekent dat de uiterlijke verschijningsvorm in mijn ogen alleen moet worden gebruikt in gevallen waarin het vaststellen van finaliteit aan de orde is.

Deze aanbeveling is leidend in het navolgende. Dat betekent dat de aanbevelingen die ik hierna per leerstuk doe, erop zijn gericht om de toepassing van de figuur bij het betreffende leerstuk in lijn te brengen met deze aanbeveling.

3.1 Strafbare poging

In hoofdstuk 10 bleek dat de benadering van de Hoge Raad bij poging op hoofdlijnen aansluit bij de finale handelingsleer van Welzel. Die leer neem ik – naast het uitgangspunt neergelegd in aanbeveling 1 – in deze paragraaf dan ook tot leidraad.

3.1.1 *Gerichtheid op het misdrijf en gerichtheid op voltooiing*

In hoofdstuk 2, paragraaf 3.12 is aan de orde gekomen dat het *Cito*-criterium bij poging uit twee vereisten bestaat. Op grond van het criterium moet de gedraging van de verdachte zowel (1) gericht zijn op het misdrijf als (2) gericht zijn op voltooiing. Het eerste vereiste is, zo bleek in hoofdstuk 10, 'finaal'.⁷ De invulling die – met de uiterlijke verschijningsvorm – aan dit vereiste wordt gegeven sluit aan bij het finale handelingsbegrip van Welzel. Bij het tweede vereiste is de vraag aan de orde of de gedraging al in een dusdanig stadium was geraakt, dat niet langer sprake is van voorbereiding, maar van poging. Met Rozemond kunnen we dit het *jetzt geht's los*-criterium of criterium van concrete gevaarstelling noemen.⁸

Zoals in hoofdstuk 10 aan de orde is gekomen, geeft de finale handelingsleer geen antwoord op de vraag in welk stadium een gedraging moet zijn beland, voordat iemand daarvoor strafrechtelijk aansprakelijk kan worden geacht. Het vereiste dat sprake moet zijn van gerichtheid op voltooiing is dan ook geen finaal vereiste (en wordt evenmin finaal ingevuld). Het is een aanvullende eis. Dit is een reden om een duidelijker onderscheid tussen beide vereisten te maken. Dat draagt er bovendien aan bij dat inzichtelijker wordt wat

7 Vgl. Rozemond 1994, p. 651-675.

8 Rozemond 1994, p. 651-675.

het verschil is tussen (strafbare) voorbereiding en poging.⁹ Dat verschil is niet het opzet of de gerichtheid op het misdrijf, maar de gerichtheid op voltooiing (het stadium) (zie ook hoofdstuk 8, paragraaf 3). Mijn aanbeveling luidt dan ook:

Aanbeveling 2a

Maak bij poging een (duidelijker) onderscheid tussen (1) het vereiste van gerichtheid op het misdrijf (finaliteit) en (2) het aanvullende vereiste van gerichtheid op voltooiing van het misdrijf.

3.1.1.1 Gerichtheid op het misdrijf

Dat sprake is van een begin van uitvoering van het misdrijf is een wettelijk vereiste voor strafbare poging. Om die reden ligt het voor de hand dat in iedere zaak wordt vastgesteld of de verdachte een gedraging heeft verricht die gericht was op dat misdrijf. Nu het hier gaat om het vaststellen van de finaliteit van de gedraging (op welk in de toekomst gelegen doel was de gedraging gericht?), past het vanuit systematisch oogpunt dat de uiterlijke verschijningsvorm hiervoor wordt gebruikt. Omdat hier sprake is van de objectieve zijde van het strafbare feit – en het dus gaat om wat de verdachte daadwerkelijk aan gedragingen heeft verricht – vind ik het eveneens voor de hand liggen dat in *alle* gevallen wordt vastgesteld of de gedraging aan het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm voldoet (rol als criterium). Daarmee wordt benadrukt dat het enkele voornemen tot een misdrijf niet voldoende is; er moet ook sprake zijn geweest van een gedraging. Dat de gedraging wordt geïnterpreteerd in het licht van de intentie van de verdachte sluit aan bij de leer van Welzel.

3.1.1.2 Gerichtheid op voltooiing

Het gerichtheid op voltooiingsvereiste is niet 'finaal'. Dat neemt niet weg dat het vereiste van belang is om de poging van de strafbare voorbereiding (of bij minder ernstige strafbare feiten¹⁰: van de niet strafbare fase die aan poging voorafgaat) af te bakenen. Dit is een onderwerp waarop in de finale handlingsleer niet wordt ingegaan (zie hoofdstuk 10, paragraaf 3.3.1.2). Nu het vereiste van gerichtheid op voltooiing niet 'finaal' is, zou, in lijn met aanbeveling 1, in mijn ogen niet de uiterlijke verschijningsvorm als criterium voor dat vereiste moeten gelden. Blijkens de door mij bestudeerde jurisprudentie gaat

9 Zie in dit verband de noot van Keijzer bij *Stadhuis Almelo*, die stelt dat de *Cito*-formule 'geen deugdelijk criterium inhoudt waarmee poging van voorbereiding kan worden onderscheiden. De vraag hoe ver op de iter criminis moet zijn voortgeschreden opdat de gedraging kan gelden als strafbare poging beantwoordt de formule niet'.

10 Op grond van artikel 46 Sr is alleen voorbereiding van misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaar of meer is gesteld strafbaar.

het erom dat de gedraging een bepaalde nabijheid tot het misdrijf heeft bereikt.¹¹ In plaats van de uiterlijke verschijningsvorm te gebruiken, kan een overzicht van omstandigheden (of factoren) worden genoemd op basis waarvan kan worden beoordeeld of reeds sprake is van een ver genoeg gevorderd stadium. Mijn analyse laat zien dat het goed mogelijk is om dergelijke omstandigheden aan te wijzen. Ik denk dat deze benadering meer duidelijkheid biedt over wanneer sprake is van 'gerichtheid op voltooiing'. Ook bij andere leerstukken, zoals voorbedachte raad en medeplegen, biedt de Hoge Raad een kader waarin omstandigheden (of factoren) worden genoemd. Een dergelijke benadering is dus niet nieuw.¹² Mijn aanbeveling luidt dan ook:

Aanbeveling 2b

Gebruik de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm bij poging niet als criterium voor het vaststellen van gerichtheid op voltooiing, maar benoem in plaats daarvan relevante omstandigheden (of factoren) voor de vaststelling hiervan.

3.1.2 *De ondeugdelijke poging*

De benadering van de Hoge Raad ten aanzien van de ondeugdelijke poging laat geen duidelijk beeld zien over in het kader van welk bestanddeel van artikel 45 Sr ('begin van uitvoering', 'voornemen' (opzet), 'misdrijf') dit onderwerp wordt behandeld.¹³ In gevallen waarin dit onderwerp in het kader van het bestanddeel 'begin van uitvoering' wordt besproken, is niet duidelijk wat de verhouding is tussen de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging en de ondeugdelijkheid van de middelen of het object. Dat neemt niet weg dat in alle gevallen geldt dat (slechts) wanneer *objectief* wordt vastgesteld dat het middel of object *absoluut* ondeugdelijk is, dat in de weg staat aan strafbaarheid op grond van artikel 45 Sr.

Zoals in hoofdstuk 10 besproken wordt bij poging met de invulling van de uiterlijke verschijningsvorm over het algemeen aangesloten bij het finale handelingsbegrip van Welzel. De objectieve invulling die wordt gegeven aan de ondeugdelijke poging sluit hierbij echter niet aan. In dat opzicht kan de ondeugdelijke poging – vanuit de finale handelingsleer bezien – worden beschouwd als een 'correctie' op die leer, op basis waarvan de strafbaarheid wordt beperkt. Uitgaande van de bestaande jurisprudentie, waarin het bestanddeel 'begin van uitvoering' hoofdzakelijk wordt ingevuld in lijn met de finale

11 Nu voor een strafbare poging niet een 'begin van uitvoering' van het voornemen, maar een 'begin van uitvoering' van het *misdrijf* ligt dit mijns inziens voor de hand.

12 Zie in soortgelijke zin de noot van Rozemond bij de uitspraak *Vuurwapen*. Zie over voorbedachte raad ook: Das e.a. 2014. Zie meer algemeen over overzichtsarresten: De Bont & Van Schendel 2018.

13 Zie ook Altena & Geelhoed 2017.

handelingsleer van Welzel, zouden voorstellen gedaan kunnen worden om de benadering ten aanzien van de ondeugdelijke poging meer in lijn daarmee te brengen. Zoals in hoofdstuk 9 en 10 aan de orde is gekomen, betekent 'willen' volgens Welzel niet hopen of wensen, maar 'willen verwerklijken'. Dat betekent dat de inschatting van de verdachte leidend is.¹⁴ Dit veronderstelt dat de gedraging (alleen) niet strafbaar is als de verdachte wist van de ondeugdelijkheid en vervolgens handelt in de hoop zijn doel (desondanks) te bereiken, maar daarop niet daadwerkelijk rekent.

Een voorbeeld kan zijn de verdachte die een voodoooppetje gebruikt.¹⁵ De verdachte weet zelf ook wel dat er niet echt een reële mogelijkheid bestaat dat hij het 'slachtoffer' van het leven berooft, hij hoopt dat alleen maar.

Een consequentie van deze benadering is dat, ook al kan de verdachte nooit slagen in zijn opzet, zelfs niet onder de meest gunstige omstandigheden, hij toch strafbaar is als hij zelf wel degelijk denkt dat zijn opzet goede kans van slagen heeft.

Om terug te keren naar het 'voodoo' voorbeeld: als de verdachte zelf een diep geloof heeft dat voodoo werkt en dat hij zo het slachtoffer van het leven kan beroven, dan is hij op grond van de leer van Welzel wel strafbaar.

Dit voorbeeld laat goed zien wat de consequentie is van het volledig doortrekken van de finale handelingsleer van Welzel. Met anderen heb ik moeite met een dergelijke vergaande consequentie.¹⁶ Een van de grondslagen voor het strafbaar stellen van poging is immers ook het gevaar dat van een poging uitgaat voor het rechtsgoed dat door de strafbaarstelling van het betreffende grondmisdrijf wordt beschermd. Nu in de jurisprudentie van de Hoge Raad is bepaald dat het bij strafbare poging gaat om een begin van uitvoering van het misdrijf (en niet om begin van uitvoering van het voornemen) én een bepaalde nabijheid tot voltooiing van het misdrijf vereist is (vereiste van gerichtheid op voltooiing), is duidelijk dat er voor strafbaarheid een bepaald objectief gevaar moet bestaan dat het misdrijf wordt gepleegd. Daarbij past dat ook wanneer het middel of object dusdanig is dat de verdachte nooit, zelfs

14 Binnen de finale handelingsleer van Welzel is de ondeugdelijkheid dus niet een onderwerp dat hoort bij de handeling, maar bij het opzet. Er is jurisprudentie waarin de Hoge Raad dit onderwerp inderdaad bespreekt in het kader van het (voorwaardelijk) opzet (bij het aanmerkelijke kans-vereiste), ook dan is echter – anders dan bij Welzel – leidend of het middel of het object *objectief* gezien absoluut ondeugdelijk is of niet.

15 Dit voorbeeld en soortgelijke voorbeelden wordt in de literatuur vaker aangehaald. Zie o.a. Rozemond in zijn noot bij het *Richard*-arrest; Vgl. Knigge & Wolswijk 2015, p. 229 (over iemand doodbidden).

16 Zie de noot van Rozemond bij het *Richard*-arrest. Volgens Kelk en De Jong wordt 'de strafwaardigheid van poging dubieus als de voltooiing ervan eenvoudig onmogelijk blijkt te zijn'; zie Kelk & De Jong 2019, p. 431.

niet onder de meest gunstige omstandigheden, tot het voltooien van het misdrijf kan geraken (absoluut ondeugdelijk middel of object), geen sprake is van strafbaarheid. In dat opzicht sluit de 'correctie' die de absolute ondeugdelijkheid vormt op de finaliteit van de gedraging dus aan bij het vereiste dat (door de Hoge Raad) wordt gesteld aan de poging, het vereiste van een bepaalde (concrete) gevaarzetting. Dit brengt mij tot de volgende aanbeveling:

Aanbeveling 3a

Zet de lijn voort dat geen sprake is van strafbaarheid op grond van artikel 45 Sr in het geval een middel of object absoluut ondeugdelijk is.

Bij de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm past dat terughoudend wordt omgegaan met het aannemen dat het middel of object absoluut ondeugdelijk is.¹⁷ De vereisten die voortvloeien uit de uitspraken *Kinderdoodslag* (er moet zijn vastgesteld dat het object absoluut ondeugdelijk was) en *Ponypark* (het object moet vanaf de aanvang absoluut ondeugdelijk zijn geweest) (zie hoofdstuk 8, paragraaf 4.2) sluiten hierbij aan.

Een vraag die dan nog overblijft is waar de ondeugdelijkheid aan de orde zou moeten komen en welke rol de uiterlijke verschijningsvorm daarbij zou moeten hebben. Op dit punt is de jurisprudentie immers niet duidelijk. Ik meen dat hierbij een onderscheid moet worden gemaakt tussen de ondeugdelijkheid van het middel en de ondeugdelijkheid van het object.

3.1.2.1 Ondeugdelijkheid van het middel

Ik meen dat de ondeugdelijkheid van het middel zou moeten worden besproken bij het bestanddeel 'begin van uitvoering' en dan bij het vereiste dat sprake moet zijn van gerichtheid op het misdrijf. Blijkens mijn analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad zijn de pogingsmiddelen immers een omstandigheid die wordt betrokken bij dit vereiste (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.12.1.2). Mijns inziens ligt het echter niet voor de hand om de uiterlijke verschijningsvorm te gebruiken om vast te stellen of het middel absoluut ondeugdelijk is. Het is daarvoor geen geschikt criterium, nu het niet gaat om de finaliteit van de pogingsmiddelen (vgl. aanbeveling 1), maar om de *objectieve* geschiktheid van het middel om het misdrijf te plegen. Ik meen dat een benadering als in de arresten *Wurging* en *Bankpas zonder pincode* waarin werd beoordeeld of het middel 'geëigend' was om het misdrijf te plegen (zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.1), meer voor de hand ligt en duidelijker tot uitdrukking brengt wat het beoordelingskader is. Nu de middelen een omstandigheid zijn die bij de uiterlijke verschijningsvorm worden betrokken, ligt het vanuit dat oogpunt meer voor de hand dat de *ondeugdelijkheid* van die middelen eveneens een omstandigheid is die bij de uiterlijke verschijningsvorm wordt betrokken. Aan

17 Vgl. De Hullu 2018, p. 403-404.

de hand van de uiterlijke verschijningsvorm zou in mijn ogen dus niet moeten worden vastgesteld of een middel ondeugdelijk is, maar de ondeugdelijkheid zou een omstandigheid moeten zijn die bij de uiterlijke verschijningsvorm wordt betrokken. Daarbij geldt dan dat de absolute ondeugdelijkheid van het middel maakt dat geen sprake is van een gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op het misdrijf.¹⁸ Dit brengt mij tot de volgende aanbeveling:

Aanbeveling 3b

Stel bij poging de ondeugdelijkheid van het middel afzonderlijk vast. Betrek de ondeugdelijkheid van het middel als *omstandigheid* bij de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van het vereiste van *gerichtheid op het misdrijf*.

3.1.2.2 *Ondeugdelijkheid van het object*

De absolute ondeugdelijkheid van het object heeft niet zozeer betrekking op de gedraging als op het *doel* van de gedraging. In dit licht is het wellicht voor de hand liggend dat, zoals blijkt uit mijn analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad, het object als omstandigheid wordt betrokken bij het vereiste van gerichtheid op voltooiing. In het kader van de gerichtheid op voltooiing speelt immers ook een rol in hoeverre het object reeds is benaderd door de verdachte (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.12.2.3). Om die reden meen ik dat de ondeugdelijkheid van dat object zou moeten worden besproken in het kader van het gerichtheid op voltooiing-vereiste. Daardoor kan ook de benadering van de Hoge Raad ten aanzien van de ondeugdelijkheid van het object bij de poging en bij strafbare voorbereiding met elkaar worden verenigd. Ik kom hierop terug in paragraaf 3.3.2. Gelet op aanbeveling 2a om in het kader van het vereiste van gerichtheid op voltooiing niet de uiterlijke verschijningsvorm te gebruiken, ligt het niet voor de hand de uiterlijke verschijningsvorm als een criterium te gebruiken om de ondeugdelijkheid van het object vast te stellen. Net als bij de ondeugdelijkheid van het middel lijkt de uiterlijke verschijningsvorm daarvoor ook geen geschikt criterium, nu het immers gaat om de *objectieve* ondeugdelijkheid van het object. Dit brengt mij tot de volgende aanbeveling:

Aanbeveling 3c

Stel bij poging de ondeugdelijkheid van het object afzonderlijk vast. Betrek de ondeugdelijkheid van het object als *omstandigheid* bij het vereiste van *gerichtheid op voltooiing* van het misdrijf.

18 Vgl. benadering 2, beschreven in hfdst. 3, par. 2.2.6.

3.2 Opzet

Zoals hiervoor aan de orde kwam, is mijn doel niet om de finale handelingsleer of de lijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad die ik heb blootgelegd op zijn merites te beoordelen. Dat betekent dat ik in deze paragraaf ook niet zal ingaan op of de finale handelingsleer al dan niet leidend zou moeten zijn in het kader van het opzet. Ik zal in het hiernavolgende dan ook niet de rol van de uiterlijke verschijningsvorm als bewijsvermoeden ter discussie zal stellen. Ik neem tot uitgangspunt dat bij opzet (slechts) sprake is van finale bewijsvoering.

3.2.1 *Gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van andere opzetgradaties*

In hoofdstuk 3 is gebleken dat de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm door de Hoge Raad alleen wordt toegepast in het kader van voorwaardelijk opzet, bij het aanvaardingsvereiste (wilselement). Ik ben slechts één uitspraak tegengekomen waarin de figuur *mogelijk* in het kader van een andere opzetgradatie (vol opzet) wordt toegepast. Ik meen dat de figuur vaker in het kader van andere opzetgradaties kan worden toegepast. Ik zie namelijk niet in waarom de finaliteit van de gedraging niet ook in het kader van andere opzetgradaties relevant zou kunnen zijn. Ook wanneer het vermoeden bestaat dat de verdachte vol opzet had op een bepaald gevolg of met een bepaald oogmerk handelde, kunnen (geloofwaardige) verklaringen waaruit blijkt wat er ten tijde van het feit in de verdachte is omgegaan ontbreken. Het is voorstelbaar dat in bepaalde gevallen desalniettemin uit de gedraging ‘spreekt’ dat de verdachte opzet had op een bepaald gevolg/een bepaald oogmerk had. Ook in het kader van andere opzetgradaties kan dus een behoefte bestaan om terug te vallen op finale bewijsvoering. De lagere rechtspraak, waarin de uiterlijke verschijningsvorm al in deze zin wordt gebruikt, wijst daar ook op. Ik zie hiertegen niet zoveel bezwaren, zolang maar, net als bij voorwaardelijk opzet, pas wordt teruggevallen op finale bewijsvoering wanneer ander bewijs van hetgeen in de verdachte is omgegaan ontbreekt, de drempel voor wanneer is voldaan aan de uiterlijke verschijningsvorm hoog wordt gelegd en expliciet aandacht blijft voor contra-indicaties. Mijns inziens zou dit kunnen worden bereikt door – in lijn met de lagere rechtspraak – de volgende formule te gebruiken:

‘Van opzet/oogmerk is sprake wanneer een gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm zo zeer is gericht op een bepaald gevolg/doel dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat het opzet/het oogmerk van de verdachte daarop was gericht.’

In deze formule wordt het onderscheid met voorwaardelijk opzet duidelijk. In plaats van ‘dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte het gevolg

heeft *aanvaard*, gaat het erom dat het niet anders kan zijn dat dat *het opzet/het oogmerk* van de verdachte op het gevolg was *gericht*. Dit leidt ertoe dat ten opzichte van voorwaardelijk opzet meer is vereist van de uiterlijke verschijningsvorm.

Een voordeel van deze benadering is dat het onderscheid tussen de verschillende opzetgradaties zichtbaar blijft.¹⁹ Zij voorkomt dat in bepaalde gevallen alleen om de uiterlijke verschijningsvorm toe te kunnen passen wordt teruggevallen op voorwaardelijk opzet (zie hoofdstuk 10, paragraaf 2.5.2), hetgeen het onderscheid tussen de opzetgradaties relativeert. De vraag kan worden gesteld of het uitmaakt dat wordt teruggevallen op voorwaardelijk opzet. Ook dan is immers het bestanddeel 'opzet' vervuld. Zowel de Hoge Raad als de feitenrechter lijken dit onderscheid echter nog steeds relevant te vinden, want het wordt nog steeds gemaakt. De verschillende opzetgradaties brengen bovendien verschillende psychische betrokkenheden tot uitdrukking,²⁰ die bijvoorbeeld kunnen leiden tot het opleggen van een hogere of lagere straf. Wanneer op grond van de wet is vereist dat de verdachte een oogmerk had, is het bovendien niet mogelijk om 'terug te vallen' op voorwaardelijk opzet. Ook nu al wordt het oogmerk van de verdachte in voorkomende gevallen bewezen wanneer verklaringen ontbreken. Ik meen dat het goed is daarbij – door toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm – tot uitdrukking te brengen dat de finaliteit van de gedraging heeft bijgedragen aan het bewijs. Dit draagt er aan bij dat de rechter zich (beter) bewust is van de bewijsmethode die hij toepast en de aandachtspunten daarbij.

Het moge duidelijk zijn dat vorenstaande geen pleidooi is om over te stappen naar een finale benadering van het opzet. Ik meen slechts dat finale bewijsvoering ook in het kader van andere opzetgradaties een bijdrage kan leveren aan het bewijs van dat opzet en dat het goed is dat in dergelijke gevallen duidelijk tot uitdrukking te brengen.²¹ Juist daardoor kan het onderscheid tussen opzetgradaties beter bewaakt worden.

Voorgaande brengt mij tot de volgende aanbeveling:

Aanbeveling 4

Maak ook bij andere opzetgradaties dan voorwaardelijk opzet gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm als finale bewijsmethode in gevallen waarin

19 Het verschil met voorwaardelijk opzet wordt tot uitdrukking gebracht doordat de formule in het geval van voorwaardelijk opzet eindigt met 'dan dat de verdachte dat gevolg had aanvaard'.

20 Ik ben tijdens mijn onderzoek verschillende uitspraken tegengekomen waarin de feitenrechter, de AG bij de Hoge Raad of de AG bij het gerechtshof expliciet overwoog dat hij de overtuiging had dat de verdachte de gevolgen niet had beoogd, maar waarin wel voorwaardelijk opzet op die gevolgen werd aangenomen. Zie o.a. HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087, NJ 2008/375 (*Vliegende tackle*) en HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3349, NJ 2016/59, m.nt. Keijzer (*Betalingsruzie*).

21 Vgl. F. de Jong 2004, p. 707.

ander bewijs van hetgeen ten tijde van het feit in de verdachte is omgegaan ontbreekt. Leg de drempel voor de uiterlijke verschijningsvorm daarbij hoger dan bij voorwaardelijk opzet.

3.2.2 *Het aanmerkelijke kans-vereiste*

In het kader van het voorwaardelijk opzet gelden op grond van de jurisprudentie drie vereisten: het bewustheidsvereiste (weten), het aanvaardingsvereiste (willen) en het vereiste van de aanmerkelijke kans. Dit laatste vereiste wordt objectief ingevuld (zie hoofdstuk 10, paragraaf 2.5.1). Ik meen dat er verschillende redenen zijn om dit vereiste te laten vervallen.

In hoofdstuk 10 constateerde ik dat hoewel het voorwaardelijk opzet soms meer normatief wordt ingevuld, nog altijd van belang is wat de individuele verdachte wist of wilde.²² Door het aanmerkelijke kans-vereiste is er in alle gevallen waarin wordt teruggevallen op voorwaardelijk opzet echter hoe dan ook een normatief element betrokken bij het oordeel. Ik meen dat dit niet goed aansluit bij uitgangspunt dat de individuele beleving van de verdachte centraal staat.²³

Als ik mij – omdat mijn proefschrift daar nu eenmaal over gaat – beperk tot de gevallen waarin de uiterlijke verschijningsvorm wordt toegepast, dan zijn twee dingen van belang. Allereerst, zo bleek in hoofdstuk 10, paragraaf 2.5.1, sluit het apart vereisen van een aanmerkelijke kans noch aan bij de leer van Peters, noch bij de leer van Welzel. Ten tweede zie ik ook niet welke meerwaarde het heeft om daarnaast ook nog het aanmerkelijke kans-vereiste te stellen.²⁴ Ik licht dit toe.

De Hoge Raad heeft in het *American Stafford*-arrest verduidelijkt dat het bij de aanmerkelijke kans niet gaat om het halen van bepaalde percentages. Het moet gaan om een ‘een kans die naar *algemene ervaringsregelen* [cursivering: SA] aanmerkelijk is te achten’. Dit duidt er op dat de sociale betekenis van de gedraging centraal staat. Als dat zo is, dan roept dat de vraag op wat de meerwaarde van de aanmerkelijke kans is ten opzichte van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. Bij de uiterlijke verschijningsvorm staat immers ook de sociale betekenis van de gedraging centraal (zie hoofdstuk 10, paragraaf 2.3). Zoals hiervoor al aan de orde kwam, ligt het vanuit de leer van Peters bezien – waarbij de invulling die wordt gegeven aan de uiterlijke

22 F. de Jong heeft het in dit verband over ‘individualisering’: het bewijsoordeel moet aansluiten bij de wijze waarop de dader geacht kan worden zich tot de intersubjectieve leefwereld te hebben verhouding; zie F. de Jong 2009, p. 426.

23 Vgl. Van Dijk 2017, p. 355, die in dit verband spreekt over ‘wezensvreemd element’. Anders: F. de Jong 2019, die meent dat de ‘in kwantitatief opzicht aanmerkelijke kans als een ‘natuurlijk’ element in het opzetbegrip zelf verankerd ligt’.

24 Vgl. Van Dijk 2017, p. 347-357.

verschijningsvorm aansluit – ook niet voor hand om de aanmerkelijke kans apart als eis te stellen.

Ik meen bovendien dat in de verschillende uitspraken die ik heb bestudeerd waarin het bewijs van het voorwaardelijk opzet ‘afstuit’ op de aanmerkelijke kans, zonder het vereiste van de aanmerkelijke kans tot dezelfde uitkomst had kunnen worden gekomen. Dit geldt in het bijzonder ook voor de zogeheten HIV-arresten, waarin dit vereiste een belangrijke plaats innam.

In de arresten *HIV II-IV* had de met HIV-besmette verdachte op verschillende wijzen en met verschillende frequenties seks gehad met het slachtoffer. De ene wijze en frequentie van seks leverde grotere risico's op voor overdracht van het virus, dan de andere. In alle vier de zaken wist de verdachte dat hij met HIV besmet was. In alle vier de gevallen redeneerde de Hoge Raad dat geen sprake was van een aanmerkelijke kans, waarmee geen sprake was van voorwaardelijk opzet.

Ik meen dat in deze zaken ook op grond van het bewustheids- en aanvaardingsvereiste tot de conclusie had kunnen worden gekomen dat geen sprake was van voorwaardelijk opzet. In de *HIV I*-uitspraak kon worden betwijfeld – op grond van de door het gerechtshof voor het bewijs gebezigde verklaring van de verdachte – of de verdachte zich er bewust van was dat hij een risico in het leven riep voor de gezondheid van het slachtoffer. Daarnaast kon in zowel deze, als in de uitspraken *HIV II-IV*, worden betwijfeld of de verdachte de gevolgen ook had aanvaard. Zoals in hoofdstuk 3, paragraaf 3.7 aan de orde is gekomen, kan in het kader van voorwaardelijk opzet een onderscheid worden gemaakt tussen ‘alledaagse gedragingen’, zoals deelneming aan het verkeer, het uitlaten van de hond en het hebben van seks, en niet-alledaagse gedragingen, zoals het rondlopen met een vuurwapen. In het kader van alledaagse gedragingen, wordt door de Hoge Raad op basis van de uiterlijke verschijningsvorm minder snel aangenomen dat sprake is van ‘aanvaarden’ van een bepaald gevolg. De enkele bewustheid bij de verdachte dat hij een bepaald risico in het leven roept, is daarvoor niet voldoende. Zolang niet wordt aangenomen dat er een bepaalde (juridische) zorgplicht bestaat voor iemand om te voorkomen dat zijn bedpartner besmet raakt met een SOA, zal niet snel aan het aanvaardingsvereiste worden voldaan. En dit lijkt nu precies de kern te zijn van de overwegingen in de HIV-arresten: of een dergelijke (juridische) zorgplicht moet worden aangenomen is niet aan de rechter, maar aan de wetgever.²⁵ Ook in andere uitspraken is het mijns inziens heel wel mogelijk om zonder het vereiste van de aanmerkelijke kans tot dezelfde uitkomst te komen.

25 Mijns inziens betoogt Buruma in zijn noot bij het *HIV IV*-arrest overtuigend waarom een dergelijke *juridische* zorgplicht er niet zou moeten komen. Daarmee wil ik overigens niet zeggen dat er niet een *morele* plicht bestaat om je bedpartner tijdig in te lichten over iets dergelijks.

In plaats van de aanmerkelijke kans te vereisen, is het mogelijk om de kans op een bepaald gevolg (in bepaalde gevallen) te betrekken bij de uiterlijke verschijningsvorm. Die kans dat een bepaald gevolg intreedt als gevolg van een gedraging, zal immers mede relevant zijn voor de sociale betekenis van de gedraging.²⁶ Een voordeel daarvan – vanuit het oogpunt van waarborgen – is dat zo duidelijker wordt dat de aanwezigheid van een aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg slechts een van de omstandigheden is die bepalend is voor de betekenis van de gedraging en dat de enkele aanwezigheid van een aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg niet voldoende is voor voorwaardelijk opzet.²⁷ Het laten vervallen van het vereiste van de aanmerkelijke kans leidt ertoe dat – in gevallen waarin verklaringen ontbreken – de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging centraal komt te staan. Er is dan sprake van een eenduidige maatstaf, die duidelijk maakt dat de sociale betekenis van de gedraging (en niet percentages) bepalend is.

Het laten vervallen van het aanmerkelijke kans-vereiste heeft ook gevolgen voor gevallen waarin niet wordt teruggevallen op de uiterlijke verschijningsvorm. Ik meen evenwel dat het ook in die gevallen maar de vraag is of van het aanmerkelijke kans-vereiste wel daadwerkelijk een waarborg uitgaat en of dat vereiste niet eerder willekeurig in de hand werkt, nu onduidelijk is wanneer precies aan het vereiste is voldaan.²⁸ Om te waarborgen dat de verdachte niet strafrechtelijk aansprakelijk wordt gehouden in gevallen waarin er echt geen enkele reële kans was dat het gevolg zou intreden (in het uitzonderlijke geval dat er wel bewijs is (verklaringen) dat de verdachte die gevolgen desondanks wel had aanvaard) kan de weg van de ondeugdelijke poging worden bewandeld.²⁹ Als er geen enkele gevaarzetting, niet eens een abstracte gevaarzetting van het gedrag van de verdachte uitgaat, zal het gevolg immers niet intreden. Treedt het gevolg onverhoopt wel in – de verdachte gebruikt voodoo en vervolgens overlijdt het slachtoffer – dan kan dit via de weg van de causaliteit worden geadresseerd. Mijn aanbeveling luidt dan ook:

Aanbeveling 5

Laat de aanmerkelijke kans als afzonderlijk vereiste voor voorwaardelijk opzet vervallen.

26 Vgl. Van Dijk 2017, p. 352.

27 Ik vraag mij namelijk af of het vereiste van de aanmerkelijke kans niet in de hand werkt dat, als eenmaal aan dit vereiste is voldaan, al heel snel de stap kan worden gemaakt naar dat de verdachte zich ook wel bewust zal zijn geweest van de mogelijkheid, dat de verdachte rekening hield met het betreffende gevolg en dus dat de verdachte dat gevolg ook heeft aanvaard. Zoals in de hfdst. 3, par. 2.2.2 en 3.7.7 werd besproken, wordt in ieder geval aan het bewustheidsvereiste vaak niet expliciet aandacht besteed wanneer eenmaal is vastgesteld dat sprake is van een aanmerkelijke kans.

28 Zie hierover ook de noot van Wolswijk bij het arrest. Anders: F. de Jong 2019.

29 Vgl. Van Dijk 2017, p. 350-351.

3.3 Strafbare voorbereiding

In hoofdstuk 10 concludeerde ik dat de toepassing die de Hoge Raad geeft aan de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van het bestanddeel ‘bestemd’ van artikel 46 Sr bijna volledig aansluit bij het finale handelingsleer van Welzel. In de literatuur is veel gediscussieerd over de ondergrens van strafbare voorbereiding. Mij valt op dat zowel aan de uiterlijke verschijningsvorm als aan het misdadige doel een duidelijke ondergrens is gesteld door de Hoge Raad. Hoe deze ondergrens wordt gewaardeerd is wellicht mede afhankelijk van het perspectief van waaruit je de strafbare voorbereiding beziet. Mijns inziens kan echter niet worden gesteld – zoals door sommige auteurs wel is gedaan³⁰ – dat de jurisprudentie van de Hoge Raad onduidelijk is ten aanzien van de verhouding tussen het misdadige doel en de uiterlijke verschijningsvorm of dat een van de twee elementen ‘overheerst’. Voor strafbaarheid zijn steeds beide elementen vereist en voor beide geldt een ondergrens (zie hoofdstuk 4, paragraaf 4.1). Op één punt wijkt de benadering van de Hoge Raad af van de finale handelingsleer van Welzel, te weten op het punt van de absoluut ondeugdelijke voorbereiding.

3.3.1 De ondeugdelijke voorbereiding: ondeugdelijk middel

Net als bij poging, staat bij strafbare voorbereiding de *absolute* ondeugdelijkheid van het voorbereidingsmiddel in de weg aan strafbaarheid. Uit de jurisprudentie leid ik af dat de uiterlijke verschijningsvorm een criterium is om de absolute ondeugdelijkheid vast te stellen. Tegelijkertijd lijkt alleen de *objectief* vastgestelde absolute ondeugdelijkheid in de weg te staan aan strafbaarheid. Dit sluit niet aan bij de finale handelingsleer van Welzel, die immers de beleving van de verdachte centraal stelt. In zoverre lijkt hier, net als bij voorbereiding, sprake van een ‘correctie’ op de finaliteit van de handeling.

Op zichzelf vind ik het begrijpelijk dat de ondeugdelijkheid van het middel wordt besproken bij het bestanddeel ‘bestemd’. De absolute ondeugdelijkheid is immers een eigenschap van het voorwerp (het middel) dat de verdachte voor handen heeft en dat ‘bestemd’ moet zijn tot het begaan van het misdrijf. Net als bij poging, meen ik dat ook in het kader van voorbereiding, gerechtvaardigd is dat een bepaalde, in ieder geval, abstracte gevaarstelling wordt vereist voor het rechtsgoed. In dat opzicht kan ik me er dan ook in vinden dat de absolute ondeugdelijkheid van het middel als een ‘correctie’ geldt ten opzichte van de finaliteit van de gedraging. Net als bij poging, meen ik evenwel dat de uiterlijke verschijningsvorm niet zou moeten worden gebruikt om de absolute ondeugdelijkheid van het middel vast te stellen. In plaats daarvan kan beter worden beoordeeld of het voorwerp ‘geëigend’ is om het misdrijf

30 Zie voor een bespreking van deze literatuur hfdst. 1, par. 3.3.1.

te plegen. Vervolgens zou de ondeugdelijkheid, als een eigenschap van het middel, als omstandigheid moeten worden betrokken bij de uiterlijke verschijningsvorm. De absolute ondeugdelijkheid van het middel maakt dat geen sprake is van een voorwerp dat naar uiterlijke verschijningsvorm is bestemd tot het begaan van het misdrijf. Zo is de benadering ten aanzien van de ondeugdelijkheid van het middel bij poging en voorbereiding identiek. Dit brengt mij tot de volgende aanbeveling:

Aanbeveling 6a

Stel bij voorbereiding de ondeugdelijkheid van het middel afzonderlijk vast. Betrek de ondeugdelijkheid van het middel als *omstandigheid* bij de uiterlijke verschijningsvorm.

Net zoals bij poging, past ook hier bij de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm dat terughoudend wordt omgegaan met het aannemen dat het middel absoluut ondeugdelijk is.

3.3.2 *De ondeugdelijke voorbereiding: ondeugdelijk object*

In hoofdstuk 5, paragraaf 3.3 bleek dat op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad de (objectieve) absolute ondeugdelijkheid van het object niet (per se) in de weg staat aan strafbaarheid op grond van artikel 46 Sr. Wanneer de verdachte op het moment van handelen niet wist dat het object absoluut ondeugdelijk was, dan staat de absolute ondeugdelijkheid (in ieder geval) niet in de weg aan strafbaarheid. Er lijkt dus meer ruimte voor de individuele beleving van de verdachte. In hoofdstuk 8, paragraaf 4.2 besprak ik dat de benadering ten aanzien van ondeugdelijkheid van het object tussen poging en voorbereiding op dit punt verschilt. Dit verschil kan echter worden verklaard. Bij poging wordt immers niet alleen vereist dat sprake is van een gedraging gericht op het misdrijf, maar ook dat die gedraging is gericht op voltooiing. Dit laatste impliceert een bepaalde, concrete gevaarzetting, zo besprak ik in paragraaf 3.1.2 al. Bij voorbereiding moet weliswaar een bepaald object in beeld zijn, zo liet mijn analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad zien (hoofdstuk 4, paragraaf 4.1.2), maar de verdachte hoeft – anders dan bij poging – nog geen (concrete) stappen te hebben ondernomen om dat object te benaderen. Dat object kan wellicht ook nog wijzigen. In het *Samir A.*-arrest had de verdachte bijvoorbeeld meerdere objecten op het oog. Het is heel wel mogelijk dat op een later moment pas een keuze voor een van deze objecten zou worden gemaakt of nog een ander (geschikter) object zou zijn gekozen. Vereist is, met andere woorden, wel een abstracte gevaarzetting (geen absoluut ondeugdelijk middel), maar gelet op de fase waarin de gedraging zich bevindt, nog niet een concreet gevaar. Doordat geen concrete gevaarzetting (gerichtheid op voltooiing) is vereist, hoeft de ondeugdelijkheid van het object bij voorbereiding niet in de weg te staan aan strafbaarheid. Wanneer de verdachte wel wist

dat het object absoluut ondeugdelijk was, dan kan dit mijns inziens worden betrokken bij het opzet van de verdachte op het misdrijf. De vraag is dan immers of de verdachte wel daadwerkelijk het misdrijf *wilde* voorbereiden, of – in de woorden van Welzel – slechts wenste of hoopte dat hij een bepaald doel zal bereiken. Mijn aanbeveling luidt gelet op voorgaande:

Aanbeveling 6b

Zet de jurisprudentielijn voort dat absolute ondeugdelijkheid van het object niet in de weg hoeft te staan aan strafbaarheid op grond van artikel 46 Sr.

3.4 Noodweer(exces)

3.4.1 *De uiterlijke verschijningsvorm als correctiefactor*

In hoofdstuk 5, paragraaf 3.1.4, kwam ik op basis van mijn analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad tot de bevinding dat wanneer sprake is van een ‘noodweersituatie’ (ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding van eigen of eens anders lijf eerbaarheid of goed) er in beginsel van uit wordt gegaan dat sprake is van ‘verdediging’ in de zin van artikel 41 Sr. Wanneer de gedraging echter ‘naar zijn uiterlijke verschijningsvorm’ kan worden aangemerkt als aanvallend, dan kan dit in de weg staan aan een beroep op noodweer(exces). De uiterlijke verschijningsvorm vormt dus een (beperkte) ‘correctiefactor’, maar levert daarmee eveneens een (zelfstandige) verwerpingsgrond op voor noodweer(exces). Daarbij wordt aangetekend dat de uiterlijke verschijningsvorm wel slechts een (tegen)vermoeden oplevert. Op het moment dat vervolgens uit andere feiten en omstandigheden (contra-indicaties) blijkt dat de verdachte – ondanks de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging – toch de bedoeling had zich te verdedigen, dan kan dat leden tot het oordeel dat toch sprake was van ‘verdediging’. Hoewel het dus mogelijk is een beroep op noodweer(exces) te verwerpen op grond van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging, kan dit niet zomaar.

3.4.1.1 *Eigen plaats in het noodweerschema*

Vanuit meer principieel oogpunt meen ik dat er iets te zeggen valt voor een ‘correctie’ op het moment dat de verdachte de noodweersituatie eigenlijk ‘misbruikt’ om een ander aan te vallen. Ik licht dit toe.

Voor noodweer(exces) worden over het algemeen twee argumenten aangevoerd. Allereerst wordt betoogd dat eenieder een natuurlijk recht op zelfverdediging heeft. In de tweede plaats wordt aangevoerd dat noodweer(exces) van belang is voor de rechtshandhaving: het recht moet worden verdedigd

tegen onrecht.³¹ Vanuit beide invalshoeken is mijns inziens iets te zeggen voor een correctie op het moment dat de verdachte, hoewel sprake was van een 'noodweersituatie' (ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed), zich niet verdedigde, maar de ander juist aanval. Dat de verdachte een (natuurlijk) recht heeft om zich te verdedigen, is immers geen vrijbrief om een ander schade toe te brengen. Tegen die achtergrond kunnen ook vereisten als proportionaliteit en subsidiariteit worden begrepen. Ook vanuit het oogpunt van rechtshandhaving is mijns inziens iets te zeggen voor een correctie op het moment dat de verdachte de ander aanvalt in plaats van zich verdedigt. Rechtshandhaving impliceert immers dat van iemand wordt verlangd zich bij die handhaving op een bepaalde manier te gedragen en geen misbruik te maken van de hem toegekende bevoegdheden. Dit mag niet leiden tot rechtsmisbruik.³² Vanuit beide invalshoeken oogpunten geldt naar mijn mening dat het onwenselijk is als het zelfverdedigingsrecht wordt 'misbruikt' om een ander doel te bereiken. Wanneer iemand een noodweersituatie doelbewust gebruikt om een ander aan te vallen, zonder daarbij enige bedoeling te hebben om zichzelf of een ander te verdedigen, is mijns inziens van een dergelijk misbruik sprake.³³

Op grond van mijn analyse kom ik bovendien tot de conclusie dat de correctiefactor zowel een theoretische als een praktische meerwaarde heeft ten opzichte van de andere vereisten van het noodweerschema. In de praktijk heeft de correctiefactor een toegevoegde waarde in zaken waarin de verdachte en het slachtoffer zich over en weer agressief naar elkaar gedragen en waarin niet duidelijk is wie wat precies wanneer deed, maar waarin wel duidelijk is dat de verdachte eigenlijk niet bezig is met zichzelf of een ander te verdedigen, maar eerder de bedoeling heeft om de confrontatie op te zoeken of om mee te doen aan het gevecht. Dit zijn precies ook de twee voorbeelden (opzoeken confrontatie, deelneming aan het gevecht) die de Hoge Raad in de *Fietswiel*-formule noemt. Ik ging hierop in hoofdstuk 5, paragraaf 4.3 in. Dit brengt mij tot de volgende aanbeveling:

Aanbeveling 7

Zet de jurisprudentielijn voort dat een aanvallende gedraging in de weg staat aan een beroep op noodweer(exces).

3.4.1.2 Terughoudendheid bij de toepassing

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad leid ik af dat terughoudend moet worden omgegaan met het afwijzen van een beroep op noodweer(exces) op grond van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. De overweging van de Hoge Raad houdt immers niet in dat dat beroep kan worden afgewezen

31 Machielse 1986, p. 523; Knigge & Wolswijk 2015, p. 188; T&C Sr, art. 41, aant. 3.

32 Vgl. Machielse 1986, p. 661-664.

33 Anders: Jansen 2015.

wanneer de gedraging naar de uiterlijke verschijningsvorm níet als verdedigend kan worden aangemerkt, maar (pas) wanneer de gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm als *aanvallend* kan worden aangemerkt. In dat geval kan echter niet zomaar worden volstaan met de uiterlijke verschijningsvorm. Als er feiten en omstandigheden zijn waaruit – ondanks de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging – desalniettemin blijkt dat de verdachte wel degelijk de bedoeling had zich te verdedigen, dan kan dat betekenen dat het beroep op noodweer(exces) niet op deze grond kan worden verworpen. Ik leid hieruit af dat alleen in gevallen waarin overduidelijk totaal geen sprake is van ‘verdediging’ een beroep op noodweer(exces) vanwege het niet voldoen aan het ‘verdedigingsvereiste’ kan worden afgewezen. Ik meen dat dit een verstandige lijn is. Zowel vanuit het oogpunt van het recht op zelfverdediging als vanuit een oogpunt van rechtshandhaving, moet in beginsel immers kunnen worden opgetreden in een ‘noodweersituatie’.³⁴ In het kader van noodweer(exces) is erkend dat niet in de weg staat aan een beroep op noodweer dat de verdachte daarbij bepaalde grenzen heeft overschreden. Dat betekent mijns inziens dat zelfs als de verdachte niet met volledig zuivere motieven handelde, dat niet in de weg zou moeten staan aan een beroep op noodweer(exces). Dat wordt pas anders als de gedraging van de verdachte in het geheel niet was gericht op verdediging, maar een ‘misbruik’ van dat recht vormde. Dat betekent mijns inziens ook dat er meer aandacht moet zijn voor contra-indicaties. In de jurisprudentie van de Hoge Raad speelden die tot op heden immers geen rol van betekenis (zie hoofdstuk 5, paragraaf 4.1.7 en hoofdstuk 7, paragraaf 2.5). Dat terughoudend wordt omgegaan met het verwerpen van een beroep op noodweer op de grond dat de gedraging op de aanval was gericht, is mijns inziens ook van belang omdat sprake is van een zelfstandige verwerpingsgrond, die niet alleen in de weg staat aan een beroep op noodweer, maar ook op noodweer(exces). De gevolgen zijn dus verstrekkend.³⁵ Voorgaande brengt mij tot de volgende aanbeveling:

Aanbeveling 8

Ga terughoudend om met het afwijzen van een beroep op noodweer omdat niet is voldaan aan het ‘verdedigingsvereiste’.

3.4.2 *De uiterlijke verschijningsvorm en de ‘noodweersituatie’*

Een aantal auteurs heeft geopperd om de uiterlijke verschijningsvorm toe te passen in het kader van het bestanddeel ‘ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding’ van artikel 41 Sr (aanwezigheid van een ‘noodweersituatie’). De uiterlijke verschijningsvorm zou in dat kader dan gebruikt (kunnen) worden om vast te stellen of sprake is van een onmiddellijk dreigend gevaar voor een

³⁴ Vgl. Machielse 1986, p. 661-664.

³⁵ Vgl. Van Verseveld 2016.

wederrechtelijke aanranding.³⁶ Uit mijn analyse blijkt dat weliswaar een aantal AG's bij de Hoge Raad de figuur in deze zin gebruikt, maar de Hoge Raad zelf (nog) niet. Mijns inziens zou de uiterlijke verschijningsvorm niet moeten worden gebruikt om vast te stellen dat er sprake is van een onmiddellijk dreigend gevaar. Mijn eerste aanbeveling luidde dat de uiterlijke verschijningsvorm alleen gebruikt zou moeten worden om finaliteit vast te stellen. In dit geval is echter geen sprake van het vaststellen van een (in de toekomst gelegen) gerichtheid op een bepaald doel of gevolg, maar van het aanduiden van een toestand. Dit brengt mij tot de volgende aanbeveling:

Aanbeveling 9

Gebruik de uiterlijke verschijningsvorm niet om vast te stellen of sprake is van een 'noodweersituatie'.

3.5 Andere toepassingen van de uiterlijke verschijningsvorm

Hiervoor deed ik al de aanbeveling om de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm ook bij andere opzetgradaties als bewijsvermoeden toe te passen (aanbeveling 4) en om de figuur niet te gebruiken om vast te stellen of sprake is van een 'noodweersituatie' (aanbeveling 9). In hoofdstuk 6 ben ik ingegaan op (andere) toepassingen van de uiterlijke verschijningsvorm in de lagere rechtspraak. Daar bleek dat de uiterlijke verschijningsvorm in de lagere rechtspraak ook wordt toegepast in het kader van de onderwerpen medeplegen, voorbedachte raad, de kwalificatie-uitsluitingsgrond bij witwassen en de aanduiding van voorwerpen, toestanden en gedragingen. In hoeverre zouden deze toepassingen moeten worden voortgezet en zou ook de Hoge Raad de figuur bij deze onderwerpen moeten toepassen? Mijn eerste aanbeveling luidde dat de uiterlijke verschijningsvorm alleen moet worden gebruikt om finaliteit vast te stellen. Dat betekent mijns inziens het volgende voor de rechtspraak die ik beschreef in hoofdstuk 6.

- *Medeplegen*: De uiterlijke verschijningsvorm zou niet moeten worden gebruikt om vast te stellen of sprake is van de voor medeplegen vereiste een nauwe en bewuste samenwerking.³⁷ Het gaat daarbij immers niet om het vaststellen van de gerichtheid van de gedraging op een bepaald gevolg, maar om de vraag of sprake was van een zodanige samenwerking dat sprake is van medeplegen (en niet bijvoorbeeld slechts van medeplichtigheid). Het gebruik van de uiterlijke verschijningsvorm om in voorkomende gevallen vast te stellen of de verdachte een uitvoeringshandeling van het

³⁶ De Hullu 2018, p. 326, Rozemond 2011, p. 114.

³⁷ Zie voor het kader dat de Hoge Raad hiervoor hanteert het *Overzichtsarrest* over medeplegen.

misdrijf heeft verricht³⁸ is in lijn met de pogingsjurisprudentie en zou om die reden kunnen worden voortgezet, met dien verstande dat – net als bij poging (zie aanbevelingen 3b en 3c) – de uiterlijke verschijningsvorm niet zou moeten worden gebruikt om de ondeugdelijkheid van middel of object vast te stellen. Eveneens zou de uiterlijke verschijningsvorm kunnen worden gebruikt (als bewijsmethode in gevallen waarin ander bewijs ontbreekt) om vast te stellen of de verdachte het voor medeplegen vereiste opzet op de delictsbestanddelen had. Dat geldt te meer als aanbeveling 4 wordt overgenomen om de uiterlijke verschijningsvorm ook bij andere opzetgradaties als bewijsmethode toe te passen in gevallen waarin ander bewijs ontbreekt.

- *Voorbedachte raad*: De uiterlijke verschijningsvorm zou niet moeten worden gebruikt om vast te stellen of sprake was van een hevige gemoedsbeweging dan wel kalm beraad.³⁹ Het gaat dan immers om het aanduiden van een toestand, niet om een gerichtheid op een bepaald doel/gevolg (finaliteit).
- *Kwalificatie-uitsluitingsgrond bij witwassen*: In de door mij bestudeerde uitspraak werd de uiterlijke verschijningsvorm gebruikt om vast te stellen of de gedraging van de verdachte was gericht op het verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het geldbedrag. Hier is dus sprake van een beoordeling van de finaliteit van de gedraging. Mijns inziens zou de toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm hier dan ook kunnen worden voortgezet en overgenomen door de Hoge Raad.
- *Aanduiding van voorwerp, toestand en gedraging*: In deze gevallen gaat het er niet om vast te stellen waarop de gedraging of het voorwerp (vanaf het moment van handelen bezien) in de toekomst is gericht, maar om een beschrijving (achteraf) van de staat waarin het voorwerp of de gedraging was op het moment dat het werd aangetroffen/onderzocht. Er is dus geen sprake van ‘finaliteit’. Om die reden zou de uiterlijke verschijningsvorm hier in mijn ogen niet moeten worden toegepast. In plaats daarvan zou bijvoorbeeld de term ‘uiterlijke kenmerken’ kunnen worden gebruikt, een term die ook al in de rechtspraak voorkomt en die mijns inziens beter tot uitdrukking brengt waar het om gaat.

Daarnaast heeft Machielse nog de vraag opgeworpen of in het kader van de deelnemingsvorm *uitlokking* geen rol is weggelegd voor de uiterlijke verschijningsvorm. Hem staat voor ogen dat

38 Zoals in hfdst. 6 aan de orde is gekomen is het voor medeplegen niet per se nodig dat de verdachte een uitvoeringshandeling van het misdrijf heeft verricht. Dat de verdachte een uitvoeringshandeling heeft verricht kan echter wel bijdragen aan het oordeel dat sprake was van medeplegen.

39 Zie voor het kader dat de Hoge Raad hiervoor hanteert het *Standaardarrest* over voorbedachte raad (HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:963, NJ 2014/156).

'[a]ls de uitgelokte een feit pleegt dat naar uiterlijke verschijningsvorm aan de uitlokker voor ogen heeft gestaan de uitlokker aansprakelijk [is] voor zover zijn opzet reikt. Op welk feit de uitlokker zijn opzet richtte zal wel in de tenlastelegging moeten worden opgenomen, maar of het opzet van de uitgelokte met het opzet van de uitlokker overeenkwam is niet relevant zolang de uiterlijke verschijningsvorm van hetgeen in werkelijkheid is uitgevoerd beantwoordt aan het opzet van de uitlokker.'⁴⁰

Ik begrijp Machielse zo dat niet relevant is wat het opzet van de uitgelokte is, maar of de uitgelokte handelt overeenkomstig het opzet van de verdachte.⁴¹ Deze benadering sluit aan bij de finale handelingsleer van Welzel. De te beantwoorden vraag is dan of de uitgelokte, die in dit geval als 'middel' kan worden beschouwd, handelde overeenkomstig het handelingsplan van de verdachte. Dit doet denken aan de benadering van de Hoge Raad ten aanzien van het bestanddeel 'begin van uitvoering' bij poging. In die jurisprudentie wordt de uiterlijke verschijningsvorm immers eveneens gebruikt om te toetsen of de gedraging (uitvoeringshandeling) past bij het voornemen van de verdachte (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.12.1). Dat een soortgelijke benadering wordt gekozen als bij poging vind ik te billijken. In de eerste plaats vereisen beide leerstukken zowel opzet op een bepaald misdrijf als een gedraging die gericht is op het plegen van dat misdrijf.⁴² Bij beide leerstukken is het zo dat er – vanuit de verdachte bezien – sprake is van een in de toekomst gelegen gevolg dat de verdachte probeert te bereiken, waarbij in beide gevallen geldt dat de verwezenlijking van het plan dat de verdachte had in de werkelijkheid net iets anders kan gaan dan de verdachte voor ogen stond. Voor beide gevallen biedt de uiterlijke verschijningsvorm een methode om de vraag te beantwoorden of wat zich in de werkelijkheid heeft afgespeeld (voldoende) aansluit bij het opzet van de verdachte, waardoor hij daarvoor strafrechtelijk ter verantwoording kan worden gehouden.⁴³

40 Machielse 2006, p. 241.

41 Mij doet dit voorstel denken aan het pleidooi van Knigge om bij uitlokking eerst het opzet van de deelnemer vast te stellen en vervolgens – in het kader van het accessoriteitsvereiste – te beoordelen of het strafbare feit dat is gepleegd 'wezenlijk' anders is dan het feit waarop de deelnemer opzet had. Zie Knigge 2003, p. 301-307. Anders over (de wenselijkheid van) de dominante rol van het opzet bij uitlokking denkt Wolswijk. Zie Wolswijk 2009, p. 240.

42 Voor uitlokking is niet alleen vereist dat de uitlokker een gedraging verricht om de ander uit te lokken, maar ook dat de uitgelokte vervolgens het strafbare feit pleegt (accessoriteitsvereiste). Zowel poging als uitlokking vereisen dus zowel opzet op een bepaald misdrijf als een gedraging gericht op dat misdrijf. Bij uitlokking is er alleen sprake van een tussenschap. Er moeten handelingen worden verricht om het 'middel' om het misdrijf te plegen (de uitgelokte) zover te krijgen dat hij dat doet. Je zou kunnen betogen dat dat in wezen niets anders is dan bijvoorbeeld een wapen laden en zo 'schietklaar' maken of met een aantal grondstoffen een bom in elkaar zetten, die je vervolgens bij het misdrijf gebruikt.

43 Dit betekent dat wanneer de gedraging van de uitgelokte niet aansluit bij of verder gaat dan het (voorwaardelijk) opzet van de uitlokker, hij daarvoor niet strafrechtelijk aansprakelijk is (zie artikel 47, tweede lid, Sr). Gaat de uitgelokte minder ver dan de uitlokker had

Een gevolg van deze benadering van uitlokking is, zoals gezegd, dat het opzet van de uitgelokte – voor zover dat niet leidt tot een (wezenlijk) andere benadering dan door de uitlokker beoogd – niet relevant is voor de beoordeling van de strafbaarheid van de uitlokker. Ik verhelder dit met een voorbeeld. A wil B uitlokken om C van het leven te beroven. B gaat vervolgens met een mes op pad. Anders dan A wil hij (B) persoon C alleen maar zwaar mishandelen, maar dat zegt hij niet tegen A, omdat hij bang is dat A in dat geval het mes niet meer zal leveren.⁴⁴ B vindt C en brengt een diepe steekwond in diens rug aan. C overlijdt als gevolg hiervan. Naar uiterlijke verschijningsvorm kan het aanbrengen van een diepe steekwond in de rug worden aangemerkt als een gedraging die is gericht op het van het leven beroven van een ander (vgl. de uitspraak *Kraakpand*; zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.1.2). Als het opzet van B buiten beschouwing wordt gelaten en alleen naar de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging wordt gekeken, kan A dus worden veroordeeld voor het uitlokken van moord of doodslag. Ik vind dit niet bezwaarlijk. Vanuit het oogpunt van A bezien is zijn plan immers geslaagd. De uitlokking is niet zonder gevolg gebleven en het resultaat dat A beoogde is behaald.⁴⁵

Het vorenstaande in oenschouw nemend, meen ik dat het voorstel van Machielse aansluit bij de wijze waarop de Hoge Raad de uiterlijke verschijningsvorm bij andere leerstukken toepast en bijdraagt aan de duidelijkheid omtrent het toetsingskader bij uitlokking. Hoewel deze deelnemingsfiguur in de praktijk een beperkte rol heeft,⁴⁶ luidt mijn aanbeveling tegen deze achtergrond als volgt:

Aanbeveling 10

Gebruik de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van uitlokking om te beoordelen of het strafbare feit dat is gevolgd ook het strafbare feit is waartoe is uitgelokt (accessoriteitsvereiste).

beoogd, dan kan de uitlokker slechts worden veroordeeld voor uitlokking van het mindere dat de uitgelokte heeft gedaan. De mogelijkheid bestaat om de uitlokker op grond van artikel 46a Sr te vervolgen voor het mislukte deel van het opzet van de uitlokker.

44 Mijns inziens is het anders wanneer B duidelijk aan A aangeeft dat hij C alleen maar zwaar wil mishandelen en A daarmee, onder het mom van 'beter iets dan niets' akkoord gaat.

45 Machielse lijkt hier ook zo over te denken; zie Machielse 2006, p. 241. Knigge lijkt op dit punt iets terughoudender. Hij lijkt ook relevant te vinden of het streven van de uitgelokte erop was gericht het door de uitlokker begeerde resultaat te verwezenlijken; zie Knigge 2003, p. 306-307.

46 Mede als gevolg van de functionelere uitleg die aan plegen en medeplegen wordt gegeven; zie ook Smith 2003, p. 26-27.

3.6 Tot slot

Met mijn onderzoek heb ik getracht een bijdrage te leveren aan de duiding en systematisering van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm. Uit mijn analyse van de toepassing van de figuur bij verschillende leerstukken (hoofdstukken 2-5) is gebleken dat binnen een bepaald leerstuk over het algemeen sprake is van een eenduidige, onderliggende systematiek.⁴⁷ Leerstukoverstijgend heeft mijn onderzoek blootgelegd dat de uiterlijke verschijningsvorm in de rechtspraak van de Hoge Raad een 'finaal figuur' is. Bij alle bestudeerde leerstukken wordt de figuur door de Hoge Raad gebruikt om de finaliteit van de gedraging vast te stellen.⁴⁸ Met mijn aanbevelingen hebben ik gepoogd handvatten te geven voor een (nog) betere systematische toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm als 'finaal figuur'.

Een proefschrift schrijven is ook keuzes maken. Ik heb er bewust voor gekozen om mij te richten op de duiding en systematisering van de uiterlijke verschijningsvorm, omdat ik meen dat een volledige en diepgravende analyse van de jurisprudentie (op dit punt) tot op heden heeft ontbroken (zie ook hoofdstuk 1, paragrafen 3, 4 en 6). Dat betekent dat ik de lijn die ik heb blootgelegd in de jurisprudentie van de Hoge Raad tot uitgangspunt heb genomen en mijn aanbevelingen heb gericht op het oplossen van onduidelijkheden en inconsistenties. Dat betekent dat ik niet de toepassing van de figuur van de uiterlijke verschijningsvorm als zodanig, noch het pad dat de Hoge Raad daarmee is ingeslagen, ter discussie heb gesteld. Daarmee is niet gezegd dat daarover niet (verder) gediscussieerd kan worden. Ik meen met de analyse in dit proefschrift een noodzakelijke basis voor die discussie te hebben gelegd.

⁴⁷ Zie voor een opsomming van enkele onduidelijkheden par. 2.1.

⁴⁸ De mate waarin de finaliteit leidend is en welke 'aftakking' van de finale handelingsleer (Welzel, Peters of finale bewijsvoering) daarbij centraal staat, verschilt echter per leerstuk. Zie hierover nader hfdst. 10.