

MASTER'S THESIS

De strafbare poging tot formele delicten

Een jurisprudentieonderzoek naar de reikwijdte van de strafbare poging tot formele delicten

Golsteijn, M.J.

Award date:
2021

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

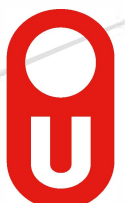
If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 22. Mar. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl



De strafbare poging tot formele delicten

Een jurisprudentieonderzoek naar de reikwijdte van de strafbare poging tot formele delicten

Naam: M. J. Golsteijn
Studentnummer: 852223701
Naam begeleider: Mw. mr. dr. A.J.H. de Bruijn
Naam examiner: Mw. mr. dr. M. Attinger
Aantal woorden: 12.509
Datum: 9 juni 2021

Inhoudsopgave

Voorwoord	4
Afkortingenlijst	6
Hoofdstuk 1 – Inleiding	8
1.1 Aanleiding	8
1.2 Probleemanalyse.....	8
1.3 Onderzoeksvraag	10
1.4 Methodologische verantwoording	10
1.5 Leeswijzer	11
Hoofdstuk 2 – De strafbare poging tot formele delicten	12
2.1 Inleiding.....	12
2.2 De strafbare poging van artikel 45 Sr.....	12
2.2.1 Achtergrond en ratio.....	12
2.2.2 Inhoud.....	14
2.2.2.1 Voornemen	14
2.2.2.2 Begin van uitvoering	15
2.2.3 De uiterlijke verschijningsvorm	16
2.3 De strafbare poging tot formele delicten	18
2.4 Tussenconclusie.....	20
Hoofdstuk 3 – De Hoge Raad over de strafbare poging tot formele delicten	22
3.1 Inleiding.....	22
3.2 Afbakening	22
3.3 Resultaten jurisprudentieonderzoek	23
3.3.1 Verruiming van de reikwijdte van de strafbare poging tot formele delicten.....	24
3.3.2 Geen verruiming van de reikwijdte van de strafbare poging tot formele delicten	27
3.4 Tussenconclusie.....	36
Hoofdstuk 4 – Analyse en conclusie	38
4.1 Inleiding.....	38
4.2 De tekortkoming van het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm	38
4.3 Twee aanvullende toetsen bij het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm	40
4.4 Conclusie	42
Literatuurlijst	44
Jurisprudentielijst	46
Kamerstukken	48

Voorwoord

Voor u ligt mijn masterscriptie ter afronding van de master Rechtsgeleerdheid aan de Open Universiteit. Al relatief jong wist ik dat ik graag rechten wilde studeren en dan in het specifiek strafrecht. Ik ben daarom in 2014 begonnen aan de bachelor Rechtsgeleerdheid aan de Rijksuniversiteit Groningen. Tegen het eind van de bachelor miste ik echter een breder perspectief. Daarom heb ik naast de rechtenstudie de propedeuse Algemene Sociale Wetenschappen aan de Universiteit van Amsterdam afgerond. Juist de combinatie van sociale wetenschappen en het recht vond ik heel interessant en ik wilde me daarom dan ook graag verder verdiepen in het strafrecht. De master Rechtsgeleerdheid met de afstudeerrichting strafrecht aan de Open Universiteit kwam qua inhoud en studiemethode voor mij het beste uit de bus. Ik ben dan ook blij dat ik na een aantal omzwervingen mijn masterscriptie aan u kan presenteren.

Graag wil ik mijn begeleider Mandy de Bruijn bedanken voor haar fijne feedback en waardevolle input voor mijn scriptie. Daarnaast wil ik mijn broer Jelmer bedanken voor het eindeloos doorlezen van mijn scriptie om de spelling te checken. Tot slot wil ik mijn moeder bedanken voor de gesprekken over mijn studiekeuzes en het steunen van deze keuzes.

Marit Golsteijn

Dedemsvaart, juni 2021

Afkortingenlijst

HMhG	Hoog Militair Gerechtshof
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
OM	Openbaar Ministerie
Sr	Wetboek van Strafrecht
WWV 1994	Wegenverkeerswet 1994
WWM	Wet Wapens en munitie

Hoofdstuk 1 – Inleiding

1.1 Aanleiding

Het oordeel van de Hoge Raad in het arrest HR 30 juni 2015 heeft tot enige consternatie geleid binnen de rechtswetenschap.¹ In deze zaak werd poging tot verboden wapenbezit van artikel 26 WWM ten laste gelegd. De verdachte heeft telefonisch contact opgenomen met de verkoper van een vuurwapen dat via een advertentie op de website www.wapenadvertenties.nl werd aangeboden. De verdachte gaf aan het wapen graag te willen kopen. Toen de verkoper van het vuurwapen echter naar de identiteitspapieren en wapenvergunning van de verdachte vroeg, beëindigde de verdachte het gesprek. De Hoge Raad liet het oordeel van het Hof in stand dat in deze zaak sprake is van een strafbare poging tot verboden wapenbezit. Het oordeel van de Hoge Raad heeft naderhand tot enige commotie geleid omdat de Hoge Raad hier een koers in lijkt te slaan waarin meer ruimte wordt gecreëerd voor een strafbare poging tot een formeel omschreven delicten. Zo blijkt volgens Vetzo uit deze zaak dat al relatief snel sprake kan zijn van een strafbare poging en dat de Hoge Raad met dit arrest dus meer ruimte heeft gecreëerd voor de strafbare poging tot formele delicten.² Daarnaast had volgens annotator Rozemond de Hoge Raad in deze zaak niet tot de conclusie moeten komen dat sprake is van een strafbare poging tot verboden wapenbezit.³ Daarom zou volgens Rozemond het begrip ‘begin van uitvoering’ bij de strafbare poging beter moeten worden afgebakend.

1.2 Probleemanalyse

Door het strafbaar stellen van de poging tot een misdrijf in artikel 45 Sr wordt de strafrechtelijke aansprakelijkheid uitgebreid.⁴ Er is niet alleen sprake van een strafbaar feit wanneer alle bestanddelen van het delict zijn voltooid, maar ook gedragingen in de voorfase van het delict kunnen worden bestraft.⁵ Wanneer er meer ruimte wordt gecreëerd voor de strafbare poging, zoals het geval lijkt te zijn in het arrest HR 30 juni 2015, gaat de misdadige intentie van de verdachte een grotere rol spelen ten opzichte van de objectief waarneembare uitvoeringshandelingen. Van een misdadige intentie kan immers al blijken voordat objectief waarneembare uitvoeringshandelingen zijn verricht.⁶ Daarbij

¹ HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, *NJ* 2015/403, m.nt. N. Rozemond.

² Vetzo, *DD* 2016/73, p. 842.

³ N. Rozemond, annotatie bij HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, *NJ* 2015/403.

⁴ De Hullu 2018, p. 391.

⁵ Knigge & Wolswijk 2015, p. 217.

⁶ Knigge & Wolswijk 2015, p. 218.

vormen formele delicten een bijzondere categorie bij de strafbare poging tot een misdrijf. Bij formeel omschreven delicten is de handeling zelf strafbaar gesteld en niet het veroorzaken van een gevolg, zoals bij materieel omschreven delicten.⁷ De heersende opvatting binnen de rechtswetenschap is dat over het algemeen maar weinig ruimte bestaat voor een strafbare poging tot een formeel delict omdat al snel sprake zou zijn van een voltooid delict.⁸ Wanneer er meer ruimte wordt gecreëerd voor de strafbare poging tot formele delicten bestaat daarom het gevaar dat het gehele voorterrein van de formele delicten onder de reikwijdte van de strafbare poging van artikel 45 Sr valt.⁹ Toch lijkt in het arrest HR 30 juni 2015 meer ruimte te worden gecreëerd voor de strafbare poging tot formele delicten.¹⁰ Het is dan ook de rechtsspraak die in de praktijk invulling geeft aan de reikwijdte van de strafbare poging tot formele delicten. Om te bepalen of sprake is van een trend waarin de reikwijdte van de strafbare poging tot formele delicten wordt verruimd of dat het arrest HR 30 juni 2015 op zichzelf staat, kan daarom worden gekeken naar de recente jurisprudentie van de Hoge Raad.

Het is ten eerste van belang in het kader van het legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel om inzicht te krijgen in de ontwikkeling van de reikwijdte van de strafbare poging tot formele delicten op basis van de recente jurisprudentie. Het is belangrijk voor burgers en de beroepspraktijk om te weten wanneer een gedraging onder de reikwijdte van de strafbare poging van artikel 45 Sr valt. Wanneer de reikwijdte van de strafbare poging tot formele delicten wordt uitgebreid, wordt immers ook de strafbaarheid van gedragingen uitgebreid. Ten tweede betekent een uitbreiding van de ruimte voor de strafbare poging tot formele delicten dat de misdadige intentie van de verdachte een grotere rol speelt in de strafwaardigheid van bepaalde gedragingen. Het Nederlandse strafrecht kenmerkt zich als een daadstrafrecht.¹¹ Objectieve gedragingen kunnen worden bestraft, maar gedachten niet. Hoewel een uitbreiding van de ruimte voor de strafbare poging tot formele delicten niet meteen in strijd hoeft te zijn met het beginsel van daadstrafrecht, is het wel van belang om inzicht te krijgen in de vraag of sprake is van een verschuiving van de objectieve daad richting de misdadige intentie van de verdachte. Het strafrecht vormt immers een abstracte spiegel van hetgeen in de samenleving wordt beschouwd als strafwaardig gedrag.¹² In het kader hiervan is het relevant te weten of de misdadige intentie een grotere rol is gaan spelen bij de strafbare poging tot formele delicten.

⁷ De Hullu 2018, p. 75.

⁸ Kesteloo, *Strafbaarheid in de voorfase (SSR nr. 45)* 2015/5.3.6.

⁹ Vetz, *DD* 2016/73, p. 847.

¹⁰ HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, *NJ* 2015/403, m.nt. N. Rozemond.

¹¹ De Hullu 2018, p. 391.

¹² Jörg, Kelk & Klip 2019, p. 7.

1.3 Onderzoeksvraag

Op basis van het voorgaande is de volgende onderzoeksvraag geformuleerd:

Is sprake van een verruiming van de strafbare poging van artikel 45 Sr tot formele delicten op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad in de periode van 2000 tot 2020?

Doel van het onderzoek is het analyseren van de reikwijdte van strafbare poging tot formele delicten op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad in de periode van 2000 tot 2020 en te onderzoeken of deze reikwijdte gedurende deze periode groter is geworden. Op deze manier kan inzicht worden verkregen in de invulling die de Hoge Raad in de praktijk geeft aan de reikwijdte van de strafbare poging tot formele delicten gedurende deze periode.

1.4 Methodologische verantwoording

In dit onderzoek is in het eerste hoofdstuk een literatuuronderzoek verricht. Hierbij zijn handboeken, juridische tijdschriften en kamerstukken geraadpleegd via digitale databanken zoals Kluwer Navigator en Legal Intelligence. Voor het vergaren van geschikte literatuur is ook gebruik gemaakt van de bibliotheek. Daarnaast is ter onderbouwing van het literatuuronderzoek jurisprudentie bestudeerd die volgens de zogenoemde ‘sneeuwbal methode’ via de geraadpleegde literatuur is gevonden. In het tweede hoofdstuk is een jurisprudentieonderzoek verricht. Hierbij is via de website www.rechtspraak.nl gezocht naar uitspraken van de Hoge Raad in de periode van 2000 tot 2020 waarin een poging tot een formeel delict ten laste werd gelegd en de nadruk lag op de vraag of sprake was van een begin van uitvoering. Daarnaast is ter onderbouwing van de resultaten van het jurisprudentieonderzoek gebruikt gemaakt van jurisprudentie die qua casuïstiek vergelijkbaar is met de arresten die zijn onderzocht. Deze jurisprudentie is gevonden via www.rechtspraak.nl en de digitale databank Kluwer Navigator. Nadere afbakening van het jurisprudentieonderzoek komt aan de orde in het derde hoofdstuk.

1.5 Leeswijzer

Bij de beantwoording van de onderzoeksvraag zal in hoofdstuk 2 als eerste de voorwaarden van de strafbare poging tot formele delicten worden behandeld op basis van de literatuur. Eerst zal de algemene theorie over de strafbare poging van artikel 45 Sr worden behandeld. Daarna zal specifiek in

worden gegaan op de strafbare poging tot formele delicten. In hoofdstuk 3 worden vervolgens de resultaten van het jurisprudentieonderzoek behandeld. In dit hoofdstuk zal op basis van de arresten van de Hoge Raad in de periode van 2000 tot 2020 waarin een oordeel wordt gegeven over het begin van uitvoering bij de strafbare poging tot formele delicten per arrest worden onderzocht of al dan niet sprake is van een uitbreiding van de ruimte van de strafbare poging tot formele delicten. In hoofdstuk 4 worden vervolgens de resultaten van het jurisprudentieonderzoek geanalyseerd en op basis van deze analyse zullen aanbevelingen worden gedaan. Ter afsluiting zal in het vierde hoofdstuk een korte conclusie van het onderzoek worden gegeven.

Hoofdstuk 2 - De strafbare poging tot formele delicten

2.1 Inleiding

Allereerst zijn de voorwaarden voor de strafbare poging tot formele delicten op basis van de literatuur en jurisprudentie van belang voor het onderzoek. De theorie uit dit hoofdstuk dient als achtergrond voor het jurisprudentieonderzoek dat in het volgende hoofdstuk aan bod komt. In het eerste deel van dit hoofdstuk wordt de achtergrond, inhoud en reikwijdte van de poging tot misdrijf van artikel 45 Sr op basis van de literatuur en jurisprudentie behandeld. Vervolgens wordt in het tweede deel van dit hoofdstuk specifiek ingegaan op de strafbare poging tot formele delicten.

2.2 De strafbare poging van artikel 45 Sr

2.2.1 Achtergrond en ratio

In 1886 werd de algemene strafbaarstelling van de poging tot misdrijf opgenomen in artikel 45 Sr.¹³ Lid 1 van artikel 45 Sr luidde destijds: ‘Poging tot misdrijf is strafbaar wanneer het voornemen des daders zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard en de uitvoering alleen ten gevolge van de omstandigheden van zijnen wil onafhankelijk niet is voltooid.’ In 1994 heeft bij de invoering van de strafbare voorbereiding een belangrijke wijziging plaatsgevonden van artikel 45 Sr. Lid 1 van artikel 45 Sr luidt sindsdien: ‘Poging tot misdrijf is strafbaar, wanneer het voornemen van de dader zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard.’ De vrijwillige terugtred is vanaf dat moment opgenomen in artikel 46b Sr.¹⁴ Dit betekent dat het negatieve bestanddeel uit het oude artikel 45 Sr is vervangen door een (dader)uitsluitingsgrond.¹⁵ Hierdoor draagt het OM als vervolgende instantie niet langer de bewijslast voor de vrijwillige terugtred aangezien niet langer het negatieve bestanddeel hoeft te worden bewezen.¹⁶ Na de invoer van artikel 46b Sr zal de verdachte in beginsel zelf de (dader)uitsluitingsgrond moeten inroepen.

De strafwaardigheid van de poging ligt in het gevaar dat het handelen van de dader oplevert en in de verwijtbare misdadige intenties van de dader.¹⁷ Uit de memorie van toelichting bij de invoering van de

¹³ Kesteloo, *Strafbaarheid in de voorfase (SSR nr. 45) 2015/5.2.*

¹⁴ Kesteloo, *Strafbaarheid in de voorfase (SSR nr. 45) 2015/5.5.*

¹⁵ Kesteloo, *Strafbaarheid in de voorfase (SSR nr. 45) 2015/5.5.*

¹⁶ *Kamerstukken II 1990/91, 22268, 3, p. 13 (MvT).*

¹⁷ Knigge & Wolswijk 2015, p. 219.

strafbare poging blijkt: ‘Poging wordt gestraft om den misdadige wil, het opzet des daders te treffen, zoodra deze eene zoo gevaarlijke richting heeft aangenomen dat daarvan objectief blijkt door een begin van uitvoering van een bepaald misdrijf’.¹⁸ Niet alleen krenking van een rechtsgoed, maar ook het in gevaar brengen hiervan levert dus een strafbaar feit op.¹⁹ Misdadige intenties alleen zijn echter onvoldoende. Deze intenties moeten blijken uit handelingen. De poging heeft zodoende een subjectief en een objectief element.²⁰ Het objectieve element bevat het gevaar dat ontstaat door de daad voor de beschermde rechtsgoederen. Het subjectieve element bevat het gevaar dat ontstaat door de misdadige intentie van de dader. Dit blijkt ook uit de vrijwillige terugtred die is opgenomen in artikel 46b Sr: ‘Voorbereiding noch poging bestaat indien het misdrijf niet is voltooid tengevolge van omstandigheden van de wil van de dader afhankelijk’. Wanneer de dader uit eigen beweging besluit de poging tot voltooiing van het misdrijf te staken, vervalt de strafwaardigheid omdat de misdadige intentie van de dader wegvalt.²¹ Gevolg is dat ook het objectieve gevaar is geweken: ‘er is dan niets strafbaars meer in de rechtswerkelijkheid’.²²

Het strafbaar stellen van de poging tot misdrijf betekent een uitbreiding van de strafbaarheid.²³ Nog niet alle bestanddelen van het delict hoeven te zijn voltooid. De dader heeft geprobeerd een bepaald delict te plegen, maar de voltooiing hiervan is uitgebleven. Toch levert dit een strafbaar feit op, wat betekent dat het bereik van de delictsomschrijving ruimer is geworden.²⁴ In artikel 45 Sr wordt geen onderscheid gemaakt tussen de voltooide en de onvoltooide poging.²⁵ Bij de voltooide poging heeft de dader alle handelingen verricht om een bepaald misdrijf te plegen, maar de voltooiing ervan is uitgebleven. Bij de onvoltooide poging is de dader onderbroken tijdens het plegen van het delict waardoor het delict niet is voltooid. Dit heeft echter geen gevolgen voor de strafoplegging.²⁶ Wel is dit verschil van belang bij de vrijwillige terugtred. Een vrijwillige terugtred is alleen mogelijk bij een onvoltooide poging waarbij de poging is gestaakt afhankelijk van de wil van de dader. Bij een voltooide poging kan geen sprake zijn van vrijwillige terugtred.

¹⁸ Smidt 1881, p. 394.

¹⁹ Ter Haar & Meijer, *Elementair materieel strafrecht* (PWS nr. 8) 2018/5.1.1.

²⁰ Knigge & Wolswijk 2015, p. 218.

²¹ Smidt 1881, p. 394.

²² *Kamerstukken II* 1990/91, 22268, nr 3, p. 21 (MvT). Zie ook De Hullu 2018, p. 428.

²³ Knigge & Wolswijk 2015, p. 217; Kesteloo, *Strafbaarheid in de voorfase* (SSR nr. 45) 2015/5.1.

²⁴ Knigge & Wolswijk 2015, p. 217.

²⁵ Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Rommelink Strafrecht*, art. 45 Sr, aant. 1 (online, bijgewerkt tot 1 mei 2016).

²⁶ Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Rommelink Strafrecht*, art. 45 Sr, aant. 1 (online, bijgewerkt tot 1 mei 2016).

2.2.2 Inhoud

Uit artikel 45 Sr blijkt dat alleen poging tot een misdrijf strafbaar is, poging tot een overtreding is niet strafbaar. Overtredingen zijn van minder groot gewicht en vormen een minder grote inbreuk op de maatschappelijke orde dan misdrijven.²⁷ Hierdoor bestaat een minder grote noodzaak voor het strafbaar stellen van de poging tot overtreding. Daarnaast blijkt uit artikel 45 lid 2 Sr dat de hoofdstraffen bij een poging worden verminderd met een derde. De strafvermindering komt voort uit het onvolkomen karakter van de strafbare poging.²⁸ In artikel 45 lid 1 Sr wordt geen definitie gegeven van de poging. Dit betekent dat aan de rechtswetenschap en rechtspraak een grote rol is weggelegd bij de invulling van de strafbare poging. Artikel 45 lid 1 Sr geeft echter wel een tweetal bestanddelen waaraan moet worden voldaan bij een strafbare poging.²⁹

2.2.2.1 Voornemen

Ten eerste moet sprake zijn van 'het voornemen van de dader'. Dit betekent dat de dader het voornemen heeft om een bepaald misdrijf te plegen.³⁰ De misdadige intentie van de dader staat hierbij centraal.³¹ De dader hoeft niet te beseffen dat hij het voornemen heeft een misdrijf te plegen, maar het voornemen moet zijn gericht op de bestanddelen van het desbetreffende delict.³² Het voornemen vertoont zodoende grote gelijkens met opzet.³³ Ook de Hoge Raad stelt het voornemen en opzet gelijk. Dit betekent dat het voornemen, net als bij opzet, in verschillende gradaties kan voorkomen waaronder dus ook voorwaardelijk opzet.³⁴ Wanneer de delictsomschrijving echter een zwaardere opzetvariant eist voor het misdrijf, geldt dit eveneens voor de poging.³⁵ Van belang is op te merken dat het voornemen dat gelijk is gesteld aan opzet moet zijn gericht op voltooiing van het misdrijf.³⁶ Opzet op het plegen van een poging tot een misdrijf is onvoldoende.

²⁷ Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Rommelink Strafrecht*, art. 45 Sr, aant. 7 (online, bijgewerkt tot 1 mei 2016); De Hullu 2018, p. 405.

²⁸ De Hullu 2018 p. 392.

²⁹ Pelser, in: *T&C Strafrecht 2020*, art. 45 Sr, aant. 2 (online, bijgewerkt tot 1 juli 2020); Knigge & Wolswijk 2015, p. 217.

³⁰ Knigge & Wolswijk 2015, p. 222.

³¹ Kesteloo, *Strafbaarheid in de voorfase (SSR nr. 45) 2015/5.3.2*.

³² Knigge & Wolswijk 2015, p. 222.

³³ Kesteloo, *Strafbaarheid in de voorfase (SSR nr. 45) 2015/5.3.2*.

³⁴ HR 6 februari 1951, ECLI:NL:HR:1951:2, NJ 1951, 475, m.nt. B.V.A. Rölling (*Inrijden op agent*). Zie ook Pelser, in: *T&C Strafrecht 2020*, art. 45 Sr, aant. 1 (online, bijgewerkt tot 1 juli 2020); Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Rommelink Strafrecht*, art. 45 Sr, aant. 3 (online, bijgewerkt tot 1 mei 2016).

³⁵ De Hullu 2018, p. 401; Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Rommelink Strafrecht*, art. 45 Sr, aant. 3 (online, bijgewerkt tot 1 mei 2016).

³⁶ Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Rommelink Strafrecht*, art. 45 Sr, aant. 3 (online, bijgewerkt tot 1 mei 2016).

2.2.2.2 Begin van uitvoering

Als tweede moet sprake zijn van een ‘begin van uitvoering’. Dit betekent dat het voornemen moet zijn omgezet in daden en dat deze daden horen bij het plegen van het misdrijf.³⁷ Een intentie alleen is dus onvoldoende voor een strafbare poging. Het voornemen van de dader kan zich al in een eerder stadium openbaren, maar dit voornemen is pas strafbaar wanneer een begin wordt gemaakt met handelingen die horen bij het misdrijf.³⁸ Het begin van uitvoering is van belang om de grens te bepalen met (strafbare) voorbereidingshandelingen. In de praktijk is dit echter niet eenvoudig vast te stellen en zal dit per delict verschillen.³⁹ Er bestaan verschillende opvattingen in de literatuur wanneer gesproken kan worden van een begin van uitvoering. Daarnaast heeft de rechtspraak een belangrijke rol gespeeld bij de invulling van de voorwaarden van het begin van uitvoering.

Subjectieve leer

Bij de subjectieve leer over het begin van uitvoering staat de intentie van de dader centraal. De focus ligt op de gevaarlijkheid van de dader.⁴⁰ Het is niet van belang dat een begin van uitvoering is gemaakt met de daad, maar dat een begin van uitvoering is gemaakt met handelingen waaruit de misdadige intentie van de dader blijkt.⁴¹ De strafwaardigheid van de poging tot een misdrijf komt volgens de subjectieve leer voort uit het gevaar dat de intentie van de dader oplevert en dat handelingen zijn verricht waaruit deze intentie blijkt.⁴² In de meest zuivere vorm komt deze opvattingen in de buurt van een ‘intentiestafrecht’.⁴³ In beginsel is een misdadige intentie echter niet strafbaar in het Nederlandse strafrechtstelsel.⁴⁴ Voor de subjectieve leer in zuivere vorm is dan ook geen ruimte binnen het Nederlandse strafrecht.⁴⁵

Objectieve leer

Bij de objectieve leer over het begin van uitvoering staat de uitvoeringshandeling centraal. Het gaat hier dan ook niet om de gevaarlijkheid van de dader, maar om de gevaarlijkheid van de daad.⁴⁶ De strafwaardigheid van de poging tot misdrijf op basis van de objectieve leer komt voort uit het gevaar

³⁷ Knigge & Wolswijk 2015, p. 223.

³⁸ Knigge & Wolswijk 2015, p. 223.

³⁹ Kesteloo, *Strafbaarheid in de voorfase (SSR nr. 45) 2015/5.3.2.*

⁴⁰ Pelser, in: *T&C Strafrecht 2020*, art. 45 Sr, aant. 2 (online, bijgewerkt tot 1 juli 2020).

⁴¹ Kesteloo, *Strafbaarheid in de voorfase (SSR nr. 45) 2015/5.3.3.*

⁴² Knigge & Wolswijk 2015, p. 217 - 218; Pelser, in: *T&C Strafrecht 2020*, art. 45 Sr, aant. 2 (online, bijgewerkt tot 1 juli 2020).

⁴³ Pelser, in: *T&C Strafrecht 2020*, art. 45 Sr, aant. 2 (online, bijgewerkt tot 1 juli 2020).

⁴⁴ Knigge & Wolswijk 2015, p. 219.

⁴⁵ Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht*, art. 45 Sr, aant. 1 (online, bijgewerkt tot 1 mei 2016).

⁴⁶ Knigge & Wolswijk 2015, p. 218.

dat de daad oplevert voor de beschermde rechtsgoederen.⁴⁷ Er bestaan binnen de objectieve leer verschillende opvattingen over het begin van uitvoering. Dit kan het geval zijn wanneer minstens één handeling uit de delictsomschrijving is verricht of wanneer de uitvoeringshandeling een objectief gevaar vormt voor de in de wet beschermde rechtsgoederen.⁴⁸ Op basis van de objectieve leer zal minder snel sprake zijn van een begin van uitvoering en dus een strafbare poging.⁴⁹ Wanneer de nadruk op uitvoeringshandelingen ligt in plaats van de misdadige intentie van de dader zal immers minder ruimte zijn voor een strafbare poging aangezien daadwerkelijk een begin van uitvoering van het delict zelf moet zijn gemaakt. Ook voor de objectieve leer geldt dat deze in de meest zuivere vorm niet houdbaar is. In de praktijk zal altijd sprake moeten zijn van een subjectief element bij een strafbare poging.⁵⁰

2.2.3 De uiterlijke verschijningsvorm

Objectieve koers

Naast de rechtstheorie heeft ook de rechtspraak invulling gegeven aan het begrip begin van uitvoering. In het arrest de *Eindhovense brandstichting* van de Hoge Raad uit 1934 wordt een zeer objectieve koers aangehouden.⁵¹ Van een begin van uitvoering is sprake wanneer zonder enig ingrijpen het delict zou zijn voltooid. Dit betekent dat aan de laatste handeling voor voltooiing van het delict moet zijn begonnen.⁵² Dit is een zeer strikte objectieve opvatting wat betreft het begin van uitvoering. Het heeft dan ook veel kritiek opgeleverd omdat het zeer weinig ruimte bevat tussen het voltooide delict en de destijds niet-strafbare voorbereiding.⁵³

Het standaardcriterium van de uiterlijke verschijningsvorm

De Hoge Raad kwam in 1978 in het *Cito*-arrest met een nieuw criterium. In dit arrest waren twee overvallers op weg naar het uitzendbureau met bedekte gezichten, een pistool en een lege tas om een overval te plegen. Bij het uitzendbureau werd echter niet open gedaan en kort daarna werden de overvallers opgepakt door de politie. De Hoge Raad oordeelde in deze zaak dat een begin van

⁴⁷ Kesteloo, *Strafbaarheid in de voorfase* (SSR nr. 45) 2015/5.3.3.

⁴⁸ Knigge & Wolswijk 2015, p. 218; Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht*, art. 45 Sr, aant. 2.3.1. (online, bijgewerkt tot 1 mei 2016).

⁴⁹ Knigge & Wolswijk 2015, p. 218.

⁵⁰ Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht*, art. 45 Sr, aant. 2.3.2. (online, bijgewerkt tot 1 mei 2016).

⁵¹ HR 19 maart 1934, ECLI:NL:HR:1934:198, *NJ* 1934, p. 450, m.nt. B.M. Taverne (*Eindhovense brandstichting*). Zie ook Pelsler, in: *T&C Strafrecht 2020*, art. 45 Sr, aant. 2 (online, bijgewerkt tot 1 juli 2020).

⁵² Machielse, in: *Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht*, art. 45 Sr, aant. 2.5.1 (online, bijgewerkt tot 1 mei 2016).

⁵³ De Hullu 2018, p. 394.

uitvoering is gemaakt wanneer ‘de gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm moet worden beschouwd te zijn gericht op voltooiing van het misdrijf’.⁵⁴ De uiterlijke verschijningsvorm dient als criterium te worden gebruikt bij het bepalen van het begin van uitvoering. Dit is tot op heden het standaardcriterium dat wordt gebruikt bij de beoordeling van de strafbare poging tot verschillende delicten.⁵⁵ Dit criterium bevat een subjectief en een objectief element en kan daarom worden gezien als een verenigingstheorie van de subjectieve en de objectieve leer.⁵⁶ Het subjectieve element bestaat uit het voornemen van de dader dat moet kunnen worden afgeleid uit een gedraging. Daarnaast moet het wel gaan om een gedraging die dicht tegen de voltooiing van het misdrijf aanzit. Dit is het objectieve element van het *Cito*-criterium. Hoewel dus sprake is van een vereniging van het subjectieve en objectieve element, houdt het objectieve element wel de overhand.⁵⁷

In 1987 wordt het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm aangescherpt door de Hoge Raad in het *Grenswisselkantoor*-arrest.⁵⁸ Het draaide in dit arrest om poging tot afpersing van het Grenswisselkantoor. De verdachten stonden voor het kantoor in hun auto te wachten tot deze open zou gaan. De auto was voorzien van valse kentekenplaten en in de auto was alles aanwezig om de overval te plegen. Zover kwam het echter niet door ingrijpen van de politie. De Hoge Raad oordeelde dat geen begin van uitvoering was gemaakt omdat de verdachten de auto niet hadden verlaten of andere handelingen hadden verricht die naar uiterlijke verschijningsvorm kunnen worden gezien als te zijn gericht op voltooiing van het delict.⁵⁹ In dit arrest slaat de Hoge Raad een enigszins objectieve koers in wat betreft de uiterlijke verschijningsvorm. Dit valt in zekere mate te verklaren vanuit het feit dat destijds de strafbare voorbereiding nog niet bestond.⁶⁰ De scheidslijn tussen wel of geen strafbare handeling was daarom betekenisvoller. Ook na invoering van de strafbare voorbereiding in 1994 blijft het bepalen van de grens met de strafbare poging echter van belang.

Huidige opvatting over de uiterlijke verschijningsvorm

In de praktijk blijkt dat de strafbare poging wordt vastgesteld aan de hand van het desbetreffende delict en het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm.⁶¹ Het criterium dat kan worden gebruikt om de uiterlijke verschijningsvorm te bepalen is dat de gemiddelde objectieve toeschouwer de indruk krijgt dat een begin van uitvoering van het desbetreffende delict wordt gemaakt.⁶² De invulling van de uiterlijke verschijningsvorm blijft echter onduidelijk en zal van delict tot delict moeten worden

⁵⁴ HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:PHR:1978:AC6373, NJ 1978/52, m.nt. Th. W. van Veen (*uitzendbureau Cito*).

⁵⁵ De Hullu 2018, p. 395.

⁵⁶ De Hullu 2018, p. 400.

⁵⁷ Knigge & Wolswijk 2015, p. 229.

⁵⁸ HR 8 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0645, NJ 1988/612, m.nt. 't Hart (*Grenswisselkantoor*).

⁵⁹ HR 8 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0645, r.o. 6.3, NJ 1988/612, m.nt. 't Hart (*Grenswisselkantoor*).

⁶⁰ De Hullu 2018, p. 396.

⁶¹ Kesteloo, *Strafbaarheid in de voorfase (SSR nr. 45)* 2015/5.3.4: De Hullu 2018, p. 396.

⁶² Ter Haar & Meijer, *Elementair materieel strafrecht (PWS nr. 8)* 2018/5.1.3.

bekeken.⁶³ Aan de hand van de bestanddelen van het specifieke delict zal immers moeten worden bepaald of een begin van uitvoering is gemaakt. Daarnaast is het niet altijd mogelijk dat een begin van uitvoering zichtbaar is voor een objectieve toeschouwer. Daarom is het ook mogelijk dat de uiterlijke verschijningsvorm achteraf wordt ingevuld aan de hand van de aanwezige bewijsmiddelen.⁶⁴

Hoewel het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm gezien kan worden als een vereniging van de objectieve en subjectieve leer, heeft het toch een overwegen objectief karakter. Centraal staat hetgeen concreet is gebeurd in de specifieke situatie.⁶⁵ Dit past bij het beginsel van daadstrafrecht dat het Nederlandse strafrecht kent. Hoewel de misdadige intentie van de dader een rol speelt, moet deze intentie wel blijken uit de uiterlijke verschijningsvorm ervan. Daarnaast moet de misdadige gezindheid zijn gericht op voltooiing van het desbetreffende misdrijf waardoor sprake is van een objectief gevaar dat voortkomt uit de daad.⁶⁶

2.3 De strafbare poging tot formele delicten

In het Nederlandse strafrecht wordt onderscheid gemaakt tussen materiële en formele delicten. Bij materiële delicten staat het intreden van het gevolg van de handeling centraal.⁶⁷ Een voorbeeld hiervan is doodslag waarbij de strafbaarheid volgt uit het gevolg van het intreden van de dood, ongeacht op welke wijze deze tot stand is gebracht. Bij formele delicten staat de handeling zelf centraal, ongeacht het gevolg van deze handeling.⁶⁸ Voorbeelden hiervan zijn verboden wapenbezit, het bezitten van drugs en het rijden onder invloed. Deze delicten zijn strafbaar vanwege het gevaar dat mogelijk uit deze handelingen kan voortkomen.

De opvatting in de literatuur is over het algemeen dat weinig ruimte bestaat voor een strafbare poging tot een formeel delict.⁶⁹ Een poging tot een formeel delict is lastig voor te stellen omdat het begin van uitvoering en het voltooide delict dicht tegen elkaar aanzitten. Wanneer met een handeling uit de delictsomschrijving wordt begonnen is het delict immers vaak ook al voltooid omdat de handeling zelf strafbaar is gesteld. Een voorbeeld is belediging uit artikel 266 Sr. Wanneer wordt begonnen met de belediging betekent dit over het algemeen dat ook al sprake is van een voltooid delict.

⁶³ Knigge & Wolswijk 2015, p. 226.

⁶⁴ Knigge & Wolswijk 2015, p. 227. Zie ook HR 8 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC8475, r.o. 6.2, *NJ* 1993/321 (*videodozen*).

⁶⁵ De Hullu 2018, p. 399.

⁶⁶ De Hullu 2018, p. 400.

⁶⁷ De Hullu 2018, p. 75.

⁶⁸ De Hullu 2018, p. 75.

⁶⁹ Kesteloo, *Strafbaarheid in de voorfase (SSR nr. 45)* 2015/5.3.6; De Hullu 2018, p. 406.

De poging tot formele delicten wordt eveneens vastgesteld aan de hand van het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm.⁷⁰ Het gaat bij formele delicten om het strafbaar stellen van handelingen waaruit mogelijk een gevaar voor de rechtsorde voort kan komen. Bij een strafbare poging tot een formeel delict betekent dit in feite dat het ‘gevaar voor het gevaar’ strafbaar wordt gesteld.⁷¹ Formele delicten zijn immers strafbaar gesteld vanwege het mogelijke gevaar dat uit de handeling voort kan komen en de poging is strafbaar vanwege het gevaar voor de beschermde rechtsgoederen. Vetzo spreekt daarom van een ‘tweevoudig verwijderd verband’ dat bestaat tussen de strafbare gedraging en het beschermde rechtsgoed.⁷² Omdat het daadwerkelijke gevaar voor het beschermde rechtsgoed nog ver verwijderd is, bestaat maar in beperkte mate ruimte voor een poging tot een formeel delict. Bij de poging tot formele delicten zou daarom het criterium kunnen worden gebruikt dat aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm moet blijken dat voltooiing van het delict direct kan volgen door middel van de handelingen die zijn verricht.⁷³ Dat uit de handeling voltooiing van het delict direct kan volgen, betekent dus dat zeer weinig ruimte bestaat voor een strafbare poging tot een formeel delict.

Uit een voorbeeld uit de jurisprudentie dat dateert van de periode voor dit onderzoek blijkt dat over het algemeen een objectieve koers wordt gevaren door de Hoge Raad waarbij weinig ruimte bestaat voor een poging tot een formeel delict.⁷⁴ Het gaat om het arrest van de *Heroïne-transactie koper*.⁷⁵ De verdachte was afgereisd van Amsterdam naar Utrecht om daar heroïne in ontvangst te nemen. De Hoge Raad oordeelde dat geen sprake was van een poging tot het vervoeren of aanwezig hebben van heroïne omdat nog geen begin van uitvoering was gemaakt. Anders was dit het geval bij het arrest van de *Heroïne-transactie verkoper* dat hier tegenover stond.⁷⁶ In dit geval oordeelde de Hoge Raad dat wel sprake was een begin van uitvoering waarbij het voorhanden hebben van de heroïne van doorslaggevend belang was. Het verschil tussen deze zaken komt erop neer dat bij de koper alleen nog sprake was van een misdadige intentie door af te reizen naar Utrecht.⁷⁷ Bij de verkoper was echter al wel een begin van uitvoering gemaakt doordat hij de heroïne in bezit had om deze te verkopen. Dit voorbeeld toont dus de objectieve invulling van de Hoge Raad van de strafbare poging tot formele delicten.

⁷⁰ Vetzo, *DD* 2016/73, p. 843.

⁷¹ Vetzo, *DD* 2016/73, p. 852.

⁷² Vetzo, *DD* 2016/73, p. 852.

⁷³ Ter Haar & Meijer, *Elementair materieel strafrecht (PWS nr. 8)* 2018/5.1.3.

⁷⁴ Vetzo, *DD* 2016/73, p. 849.

⁷⁵ HR 20 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0821, r.o. 5.1, *NJ* 1990/32, m.nt. Th.W. van Veen (*Heroïne-transactie koper*).

⁷⁶ HR 20 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0822, r.o. 5.2, *NJ* 1990/33, m.nt. Th.W. van Veen (*Heroïne-transactie verkoper*).

⁷⁷ Vetzo, *DD* 2016/73, p. 849.

Toch is een poging tot formele delicten niet ondenkbaar. Bij bepaalde delicten bestaat meer ruimte voor een poging. Dit zijn bijvoorbeeld delicten waarbij de voltooiing enige tijd vergt omdat hiervoor meerdere handelingen moeten worden verricht of delicten die een materieel aspect bevatten.⁷⁸ Een voorbeeld van een formeel delict dat uit meerdere handelingen bestaat is diefstal met braak (artikel 311 lid 1 onder 5 Sr). Om het delict te voltooien moet een reeks handelingen worden verricht waarbij de braak het begin vormt en het wegnemen van het goed het einde. Wanneer met de braak is begonnen, kan dus een strafbare poging worden aangenomen. Ook wanneer de delictsomschrijving ruim kan worden geïnterpreteerd laat een poging tot formele delicten zich eerder denken.⁷⁹ Er kan dus worden geconcludeerd dat over het algemeen weinig ruimte bestaat in de literatuur voor een strafbare poging tot een formeel delict, tenzij het delict een speciaal kenmerk bevat waardoor de ruimte tussen het begin van uitvoering en het voltooide delict groter is.

2.4 Tussenconclusie

De strafbare poging van artikel 45 Sr bestaat dus uit het voornemen van de dader dat zich door het begin van uitvoering heeft geopenbaard. Het begin van invoering wordt hierbij ingevuld door het standaardcriterium van de uiterlijke verschijningsvorm. Hoewel het criterium gezien kan worden als een verenigingstheorie, heeft het objectieve element de overhand. De gevaarlijkheid van de daad staat centraal. Wat betreft de poging tot formele delicten bestaat dus de opvatting dat hiertoe weinig ruimte bestaat omdat het begin van uitvoering en het voltooide delict tegen elkaar aanzitten. Wanneer een delict echter een speciaal kenmerk bevat, zal meer ruimte bestaan voor een strafbare poging. Uit het jurisprudentieonderzoek in het volgende hoofdstuk zal blijken hoe de Hoge Raad in de praktijk invulling geeft aan de strafbare poging tot formele delicten.

⁷⁸ De Hullu 2018, p. 406.

⁷⁹ Kesteloo, *Strafbaarheid in de voorfase* (SSR nr. 45) 2015/5.3.6.

Hoofdstuk 3 - De Hoge Raad over de strafbare poging tot formele delicten

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is de theorie over de strafbare poging tot formele delicten uiteengezet. Dit dient als basis voor het jurisprudentieonderzoek naar de reikwijdte van de strafbare poging tot formele delicten dat in dit hoofdstuk aan bod komt. In het eerste deel van het hoofdstuk wordt de afbakening van het onderzoek gegeven. In het tweede deel worden de arresten behandeld waarin sprake is van een uitbreiding van de ruimte voor de strafbare poging tot formele delicten. In het derde deel worden de arresten behandeld waarin geen sprake is van een uitbreiding van de ruimte. De relevante arresten worden in dit hoofdstuk ieder afzonderlijk behandeld. Hierbij wordt een korte samenvatting, het oordeel van de Hoge Raad en de bevinding of al dan niet sprake is van uitbreiding van de ruimte voor de strafbare poging tot formele delicten gegeven.

3.2 Afbakening

Op de website www.rechtspraak.nl is onder 'uitgebreid zoeken' gezocht naar uitspraken van de Hoge Raad in de periode van 2000 tot 2020 waarin de poging tot formele delicten centraal stond. Er is als eerste gebruik gemaakt de combinatie van de trefwoorden 'poging' en 'begin van uitvoering'. Deze combinatie van trefwoorden leverde 100 resultaten op, waarvan er 12 bruikbaar waren voor dit onderzoek. Als tweede is de combinatie van trefwoorden 'poging' en 'uiterlijke verschijningsvorm' gebruikt. Deze combinatie leverde dezelfde 12 bruikbare resultaten op. Om de bruikbaarheid van de resultaten te beoordelen is ten eerste gekeken of sprake is van een formeel delict. Omdat de scheidslijn tussen formele en materiële delicten niet altijd eenduidig is, is het criterium gebruikt dat in de literatuur grote mate van overeenstemming bestaat dat het om een formeel delict gaat. Oplichting wordt bijvoorbeeld zowel als een materieel delict gezien als een formeel delict met een materieel aspect.⁸⁰ Dit delict is dan ook niet meegenomen in het onderzoek. Ten tweede is bij de bruikbaarheid van de resultaten gekeken of de Hoge Raad een uitspraak heeft gedaan over het wel of geen sprake zijn van een begin van uitvoering. Dit betekent dat de gevallen niet zijn meegenomen waarin wel de poging tot een formeel delict centraal stond, maar de focus niet lag op het begin van uitvoering. Wanneer bijvoorbeeld de bewijsconstructie, ondeugdelijke poging of vrijwillige terugtred centraal stond of het middel niet tot cassatie kon leiden, zijn deze arresten niet meegenomen in het onderzoek.

⁸⁰ Ter Haar & Meijer, *Elementair materieel strafrecht* (PWS nr. 8) 2018/5.1.3; Sinnige 2017, p. 17.

De arresten zullen hieronder in chronologische volgorde worden besproken. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen de arresten waarin sprake is van een uitbreiding van de ruimte voor de poging tot formele delicten en de arresten waarin geen sprake is van een uitbreiding van de ruimte. Bij de beoordeling van de arresten is ten eerste gebruik gemaakt van jurisprudentie die vergelijkbaar is met het desbetreffende arrest. Op deze manier kan worden verantwoord of wel of geen sprake is van een verruiming van de reikwijdte en dat dit niet slechts te verklaren is door het verschil in casuïstiek. Ten tweede is het criterium gebruikt dat door middel van de verrichte handelingen van de verdachte voltooiing van het delict direct kan volgen.⁸¹ Voor dit criterium is gekozen omdat bij formele delicten een handeling strafbaar is gesteld en niet het veroorzaken van een gevolg. Aan de ene kant zal daarom snel sprake zijn van een voltooid delict. Aan de andere kant bestaat het gevaar dat het gehele voorterrein van het desbetreffende formele delict strafbaar wordt gesteld omdat een handeling al relatief snel naar uiterlijke verschijningsvorm kan worden gezien als te zijn gericht op voltooiing van het delict.⁸² Hierbij is rekening gehouden met delicten die een speciaal kenmerk bevatten waardoor de ruimte voor een strafbare poging groter is.

3.3 Resultaten jurisprudentieonderzoek

3.3.1 Verruiming van de reikwijdte van de strafbare poging tot formele delicten

HR 17 april 2007

In dit arrest werd poging tot het vervoeren van cocaïne tenlastegelegd (artikel 2 onder B Opiumwet).⁸³ Het vervoeren van cocaïne is een formeel delict omdat het een handeling is en niet het veroorzaken van een gevolg. De verdachte is in deze zaak samen met de medeverdachte afgereisd naar een woning in Zoetermeer om daar een partij cocaïne van 1 kilo te kopen. Ze hadden het aankoopbedrag en het materiaal voor het testen van de cocaïne meegenomen. Eenmaal in de woning kwamen de kopers tot de conclusie dat de cocaïne niet echt was. Vervolgens escaleerde de situatie en eindigde het in een schietpartij. De Hoge Raad liet het oordeel van het Hof in stand dat een begin van uitvoering is gemaakt omdat de gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm kunnen worden gezien als te zijn gericht op voltooiing van het misdrijf.⁸⁴ De Hoge Raad sluit zich aan bij de overweging van het Hof dat niet slechts sprake is van het zich bewegen naar de woning met het voornemen cocaïne te

⁸¹ Zie paragraaf 1.3.

⁸² Ter Haar & Meijer, *Elementair materieel strafrecht (PWS nr. 8) 2018/5.1.3*; Vetzo, *DD 2016/73*, p. 851.

⁸³ HR 17 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6131, *NJ 2007/436*, m.nt. J.M. Reijntjes (*afgebroken cocaïnetransactie*).

⁸⁴ HR 17 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6131, *NJ 2007/436*, r.o. 4.5, m.nt. J.M. Reijntjes (*afgebroken cocaïnetransactie*).

vervoeren, maar dat de cocaïne daadwerkelijk in de woning aanwezig was en dat ze de drugs hebben getest.⁸⁵

Deze zaak kan worden vergeleken met het arrest HR 20 juni 1989 (*heroïne-transactie koper*).⁸⁶ Volgens de Hoge Raad leverde in dit arrest het enkel bewegen naar een gemeente met de intentie heroïne in ontvangst te nemen geen begin van uitvoering op. Wanneer het *heroïne-transactie koper*-arrest wordt vergeleken met het arrest HR 17 april 2007, kan worden opgemerkt dat de handelingen die zijn verricht in het arrest HR 17 april 2007 dichter tegen het voltooide misdrijf aanliggen. De verdachte is immers de woning binnengegaan met geld en heeft de drugs getest. Er is niet enkel sprake van het zich bewegen naar de desbetreffende woning met de intentie cocaïne te vervoeren. Een belangrijk verschil is echter dat in het *heroïne-transactie koper*-arrest het aanwezig hebben en het vervoeren van heroïne ten laste is gelegd. In het arrest HR 17 april 2007 gaat het slechts om het vervoeren van de cocaïne. Vervoeren gaat een stap verder dan het aanwezig hebben. Er is tenslotte eerst sprake van het aanwezig hebben van de drugs voordat het kan worden vervoerd. Van een strafbare poging tot aanwezig hebben zal dan ook eerder sprake kunnen zijn dan van een poging tot vervoeren.

Uit de conclusie van de advocaat-generaal Knigge blijkt dat de Hoge Raad vervoeren van drugs ruim interpreteert.⁸⁷ Dit betekent dat iedere verplaatsing kan worden aangemerkt als vervoeren. Omdat een poging tot vervoeren hierdoor al snel een voltooid delict oplevert, bestaat weinig ruimte voor een strafbare poging. Toch is een poging tot vervoeren volgens Knigge niet ondenkbaar. Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de verdachten ervandoor zouden willen gaan met de cocaïne en werden tegengehouden of wanneer de politie een inval zou doen op het moment dat de cocaïne getest en betaald is. Dit zijn handelingen waaruit voltooiing van het delict direct zou hebben kunnen volgen. In het arrest van 17 april 2007 is dit echter niet het geval. Voordat sprake was van het vervoeren van de cocaïne, moest immers nog de aankoop worden voltooid. Tot de aankoop wordt echter nooit overgegaan omdat de partij cocaïne niet echt bleek te zijn. Dit blijkt eveneens uit de conclusie van advocaat-generaal Knigge.⁸⁸ Volgens hem is geen sprake van een begin van uitvoering omdat het vervoeren van de cocaïne nog afhankelijk was van een succesvolle aankoop. Bij de handel in drugs is de kans dat de aankoop niet doorgaat aannemelijk. Dit blijkt in deze zaak volgens de Knigge onder meer uit het onderlinge wantrouwen dat bestond tussen de kopende en verkopende partij. De

⁸⁵ HR 17 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6131, NJ 2007/436, r.o. 4.5, m.nt. J.M. Reijntjes (*afgebroken cocaïne-transactie*).

⁸⁶ HR 20 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0821, NJ 1990/32, m.nt. Th. W. van Veen.

⁸⁷ Concl. A-G G. Knigge, ECLI:NL:PHR:2007:AZ6131, bij HR 17 april 2007, NJ 2007/436, m.nt. J.M. Reijntjes (*afgebroken cocaïne-transactie*); HR 8 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC0354, NJ 1984/701.

⁸⁸ Concl. A-G G. Knigge, ECLI:NL:PHR:2007:AZ6131, bij HR 17 april 2007, NJ 2007/436, m.nt. J.M. Reijntjes (*afgebroken cocaïne-transactie*).

verdachten hadden testmateriaal bij zich en geld verstopt onder de kleding. Ook waren beide partijen in het bezit van een vuurwapen. Toch liet de Hoge Raad de overweging van het Hof in stand dat wel sprake was van een begin van uitvoering. Hierdoor kan worden geconcludeerd dat het arrest 17 april 2007 kan worden gezien als een verruiming van de reikwijdte van de strafbare poging tot formele delicten.

HR 30 juni 2015

In dit arrest, dat in de inleiding al kort is besproken, werd poging verboden wapenbezit tenlastegelegd (artikel 26 lid 1 WWM).⁸⁹ Volgens de delictsomschrijving gaat het om het voorhanden hebben van een wapen, hetgeen een handeling is en niet het veroorzaken. Het is daarom een formeel delict. De verdachte heeft in deze zaak gereageerd op een advertentie waarin een vuurwapen werd aangeboden. In een telefoongesprek met de verkoper heeft de verdachte aangegeven het wapen te willen kopen. De koper heeft hem vervolgens naar zijn wapenvergunning gevraagd. Op het moment dat bleek dat hij deze vergunning niet had, werd het gesprek afgebroken. Volgens de Hoge Raad geeft het oordeel van het Hof dat een begin van uitvoering is gemaakt omdat de gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm zijn gericht op voltooiing van het misdrijf geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.⁹⁰ Het oordeel van het Hof is gebaseerd op het telefonisch contact dat heeft plaatsgevonden tussen de verdachte en de verkoper waarbij de verdachte vragen heeft gesteld en duidelijk heeft aangegeven het wapen te willen kopen.⁹¹

Uit het eerder besproken *Heroïne-transactie koper*-arrest blijkt dat het enkel onderweg zijn naar een bepaalde locatie met de intentie het delict te voltooien onvoldoende is voor het aannemen van een strafbare poging.⁹² Ook in het arrest HR 15 februari 2011, dat later in dit hoofdstuk aan bod komt, benadrukt de Hoge Raad dat de intentie van de verdachte om het delict te voltooien onvoldoende is.⁹³ Volgens annotator Rozemond zou echter kunnen worden verdedigd dat de verklaring van de verdachte een wapen te willen kopen een minder neutrale handeling is dan het onderweg zijn naar een bepaalde locatie.⁹⁴ De casuïstiek is in deze arresten dus verschillend ten opzichte van het arrest HR 30 juni 2015, maar het vormt een weergave van de restrictieve opvatting van de Hoge Raad wat betreft de rol van de intentie van de verdachte. Wanneer de nadruk op de misdadige intentie van de verdachte ligt in plaats van de uitvoeringshandelingen, zal meer ruimte bestaan voor een strafbare poging.⁹⁵ Van een misdadige intentie kan immers al blijken voordat daadwerkelijk uitvoeringshandelingen zijn verricht.

⁸⁹ HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, *NJ* 2015/403, m.nt. N. Rozemond.

⁹⁰ HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, r.o. 3.3, *NJ* 2015/403, m.nt. N. Rozemond.

⁹¹ HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, r.o. 3.3, *NJ* 2015/403, m.nt. N. Rozemond.

⁹² HR 20 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0821, *NJ* 1990/32, m.nt. Th. W. van Veen.

⁹³ HR 15 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9971, *NJ* 2011/95.

⁹⁴ N. Rozemond, annotatie bij HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, *NJ* 2015/403.

⁹⁵ Knigge & Wolswijk 2015, p. 219.

De mate waarin nadruk wordt gelegd op de intentie of de uitvoeringshandeling is dus bepalend voor de ruimte die bestaat voor een strafbare poging.

Het arrest HR 30 juni 2015 kan daarnaast worden vergeleken met het *Grenswisselkantoor*-arrest.⁹⁶ In dit arrest werd geen poging tot diefstal met geweld aangenomen omdat de verdachten de auto nog niet hadden verlaten en er geen andere handelingen vanuit de auto waren verricht die naar hun uiterlijke verschijningsvorm kunnen worden gezien als te zijn gericht op voltooiing van het misdrijf. De verrichte handelingen waren dus nog te ver verwijderd van het voltooide delict. Zowel uit de conclusie van de advocaat-generaal Spronken als de annotatie van Rozemond blijkt dat in het arrest HR 30 juni 2015 de verrichte handelingen van de verdachte verder afstaan van de voltooiing van het delict dan in het *Grenswisselkantoor*-arrest.⁹⁷ Volgens Rozemond zou in deze zaak pas gedragingen zijn verricht die naar hun uiterlijke verschijningsvorm kunnen worden aangemerkt als te zijn gericht op voltooiing van het misdrijf, wanneer de verdachte naar een locatie was gegaan om het vuurwapen te kopen en daar had aangebeld. In deze zaak bestaat dus nog veel ruimte tussen de verrichte handelingen van de verdachte en het voltooide delict. Voltooiing van het delict kan niet direct volgen. Er is in dit geval wel degelijk sprake van een misdadige intentie van de verdachte, maar er is weinig objectiefs gebeurd waaruit de gevaarlijkheid van de daad blijkt. Dit arrest kan daarom worden gezien als een uitbreiding van de ruimte voor de strafbare poging tot formele delicten.

⁹⁶ HR 8 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0645, *NJ* 1988/612, m.nt. 't Hart (*Grenswisselkantoor*).

⁹⁷ N. Rozemond, annotatie bij HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, *NJ* 2015/403; Concl. A-G T.N.B.M. Spronken, ECLI:NL:PHR:2015:977, bij HR 30 juni 2015, *NJ* 2015/403, m.nt. N. Rozemond.

3.3.2 Geen verruiming van de reikwijdte van de strafbare poging tot formele delicten

HR 17 september 2002

In dit arrest stond poging tot rijden onder invloed centraal (artikel 8 lid 2 aanhef en onder a WWV 1994).⁹⁸ Dit is een formeel delict omdat in de delictomschrijving het besturen strafbaar wordt gesteld, hetgeen een handeling is en niet het veroorzaken van een gevolg. Een verbalisant heeft in deze zaak een vrouw aangesproken die zwalkend over het parkeerterrein richting een personenauto liep. De verbalisant merkte op dat ze naar alcohol rook en bloeddorlopen ogen had. De vrouw liep weg, maar tien minuten later zag de verbalisant haar toch weer richting de auto lopen. Ze is ingestapt, heeft de lichten ontstoken en de motor gestart. Op dat moment opende de verbalisant de deur en haalde de sleutel uit het contact. De Hoge Raad liet het oordeel van het Hof in stand dat een begin van uitvoering is gemaakt en dat dus sprake is van een strafbare poging.⁹⁹

Uit dit arrest blijkt dat ook een poging tot artikel 8 WWV 1994 strafbaar is. Net als uit het latere arrest HR 11 december 2007 blijkt, kan iemand als bestuurder worden aangewezen wanneer die persoon ervan wordt verdacht zich schuldig te hebben gemaakt aan een poging tot handelen in strijd met artikel 8 WWV 1994.¹⁰⁰ Dit is op basis van de wetsgeschiedenis nodig om een zo effectief mogelijke controle op de bestrijding van overmatig drankgebruik te bewerkstelligen. Daarom bestaat dus ook de bevoegdheid tot het afnemen van een adem- en bloedonderzoek op grond van artikel 164 WWV 1994 bij een poging. Wat betreft de poging tot artikel 8 WWV 1994 is het dus noodzakelijk dat een begin van uitvoering is gemaakt. In dit geval kan worden gesteld dat de handelingen die de verdachte heeft verricht volgens het *Cito*-criterium naar uiterlijke verschijningsvorm kan worden aangemerkt als te zijn gericht op voltooiing van het delict.¹⁰¹ Op het moment dat de vrouw de motor had gestart en de achterlichten had ontstoken, hetgeen een aparte handeling vereist, greep de agent in. De verdachte stond dus op het punt weg te rijden met de auto. Wanneer de vrouw de auto immers in beweging zou hebben gebracht, zou het delict zijn voltooid. Uit deze zaak komt dus goed naar voren dat bij formele delicten weinig ruimte bestaat voor een poging, maar dat dit niet ondenkbaar is.¹⁰² Het delict kan direct worden voltooid door de verrichte handelingen. De ruimte voor de strafbare poging tot formele delicten wordt daarom in dit arrest niet uitgebreid.

⁹⁸ HR 17 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3382, *NJ* 2004/352, m.nt. D.H. de Jong.

⁹⁹ HR 17 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3382, r.o. 3.8, *NJ* 2004/352, m.nt. D.H. de Jong.

¹⁰⁰ HR 17 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3382, r.o. 3.6, *NJ* 2004/352, m.nt. D.H. de Jong; HR 11 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB7658, *NJ* 2008/23.

¹⁰¹ HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, *NJ* 1978/52, m.nt. Th. W. van Veen (*uitzendbureau Cito*).

¹⁰² Zie ook Kesteloo, *Strafbaarheid in de voorfase (SSR nr. 45)* 2015/5.3.6.

HR 31 augustus 2004

In dit arrest werd poging tot voorhanden hebben van verboden vuurwerk tenlastegelegd (artikel 24 Wet milieugevaarlijke stoffen).¹⁰³ Dit is een formeel delict omdat het voorhanden hebben een handeling is die strafbaar is gesteld en niet het veroorzaken van een gevolg. De verdachte is met zijn auto naar een loods gereden om daar het illegale vuurwerk op te halen dat hij had besteld. In de loods stond een vrachtwagen klaar waarvan de laadklep al was neergelaten, met op die laadklep pallets met illegaal vuurwerk. Een kennis van de verdachte, genaamd Y, was al met een bestelauto de loods binnen gereden en stond via een walkietalkie in contact met de verdachte. De verdachte kwam een minuut later dan Y aan bij de loods. Op dat moment greep de politie in. Het oordeel van het Hof dat sprake was van een begin van uitvoering omdat de bovengenoemde gedragingen van de verdachte naar hun uiterlijke verschijningsvorm kan worden gezien als te zijn gericht op voltooiing van het delict, geeft volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is evenmin onbegrijpelijk.¹⁰⁴

In dit geval is sprake van een poging en niet van een voltooid delict. Uit de zaak HMhG 4 december 1985 blijkt dat bij het voorhanden hebben van een vuurwapen is vereist dat de verdachte over het wapen kon beschikken, niet of dit onmiddellijk kon.¹⁰⁵ In het arrest HR 31 augustus 2004 ging het ook om het ‘voorhanden hebben’. In deze zaak kon de verdachte echter niet over het goed beschikken. Ondanks dat het vuurwerk als het ware ‘voor het oprapen’ lag, kon hij hier nog niet over beschikken en had hij hier nog niet de feitelijke macht over omdat de koop nog niet was voltooid.¹⁰⁶

Dit arrest kan worden vergeleken met het *Heroïne-transactie koper*-arrest.¹⁰⁷ In dit arrest was de verdachte onderweg naar een bepaalde gemeente met de intentie daar heroïne in ontvangst te nemen, hetgeen onvoldoende was voor een begin van uitvoering. Volgens de conclusie van procureur-generaal Fokkens liggen in het arrest HR 31 augustus 2004 de verrichte handelingen dichter tegen het voltooid delict aan dan in het *heroïne-transactie koper*-arrest.¹⁰⁸ Dit blijkt onder meer uit het feit dat het illegale vuurwerk daadwerkelijk aanwezig was in de loods. Daarbij was alles gereed om het vuurwerk in ontvangst te nemen. Er is dus niet slechts sprake van het onderweg zijn naar een locatie met de intentie om daar verboden vuurwerk te kopen. Bovendien stond Y al klaar in de loods om het vuurwerk in ontvangst te nemen terwijl hij in contact stond met de verdachte. Uit de verrichte handelingen van de verdachte zou voltooiing van het delict dus direct kunnen volgen.

¹⁰³ HR 31 augustus 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1187, NJ 2004/592.

¹⁰⁴ HR 31 augustus 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1187, r.o. 3.5, NJ 2004/592.

¹⁰⁵ HMhG 4 december 1985, ECLI:NL:X:1985:AD4175, NJ 1986/304. Zie ook Sackers, in: *T&C Strafrecht*, art. 26 WWM 1997, aant. 6 (online, bijgewerkt tot 1 september 2020).

¹⁰⁶ Sackers, in: *T&C Strafrecht*, art. 26 WWM 1997, aant. 6 (online, bijgewerkt tot 1 september 2020).

¹⁰⁷ HR 20 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0821, NJ 1990/32, m.nt. Th. W. van Veen.

¹⁰⁸ Concl. P-G J.W. Fokkens, ECLI:NL:PHR:2004:AP1187, bij HR 31 augustus 2004, NJ 2004/592.

Volgens de conclusie van advocaat-generaal Knigge bij het eerder besproken arrest HR 17 april 2007, zou kunnen worden opgemerkt dat niet veel verschil bestaat met het arrest HR 31 augustus 2004.¹⁰⁹ Volgens Knigge bestaat dit verschil echter wel omdat de kans dat een transactie van een partij drugs niet doorgaat veel aannemelijker is dan de koop van een partij illegaal vuurwerk. Een uitgebreid warenonderzoek vindt in de regel niet plaats bij een partij illegaal vuurwerk waardoor het zeer onwaarschijnlijk is dat de transactie niet zou hebben plaatsgevonden.¹¹⁰ Hierdoor is in dit geval geen sprake is van een uitbreiding van de ruimte voor de strafbare poging tot formele delicten.

HR 3 maart 2009

Poging tot diefstal met braak stond centraal in dit arrest (artikel 310 jo. 311 lid 5 Sr).¹¹¹ Op basis van de literatuur bestaat grote mate van overeenstemming dat diefstal een formeel delict is.¹¹² In de delictomschrijving van artikel 310 Sr wordt het wegnemen van een goed met het oogmerk het zich wederrechtelijk toe te eigenen strafbaar gesteld. Wegnemen is een handeling en niet het veroorzaken van een gevolg. Het gevolg van de toe-eigening is geen vereiste voor de voltooiing van de diefstal, hier hoeft slechts het oogmerk op te zijn gericht. Omdat het in deze zaak diefstal met braak betreft, gaat het om een formeel delict met een speciaal kenmerk. Het aspect van de ‘braak’ vormt een kwalificerende omstandigheid. Een dergelijke kwalificerende omstandigheid kan een uitvoeringshandeling vormen voor een strafbare poging.¹¹³ Voltooiing van het delict vergt daarom meer tijd waardoor meer ruimte bestaat voor een poging. In deze zaak reed een personenauto ’s nachts met gedoofde lichten het parkeerterrein van een supermarkt op. De auto reed met de achterkant in de richting van de toegangsdeur terwijl twee personen al uit de auto waren gestapt. Toen de auto op twee of drie meter van de toegangsdeur verwijderd was, ging in de naastgelegen woning het licht aan en uit de woning werd iets geroepen. Op dat moment stapten de personen geschrokken weer in de auto en reden op hoge snelheid weg. De Hoge Raad liet het oordeel van het Hof in stand dat de bewezenverklaarde gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm kunnen worden gezien als te zijn gericht op voltooiing van het delict.¹¹⁴

Dit arrest kan worden vergeleken met het *Cito*-arrest en het *Grenswisselkantoor*-arrest.¹¹⁵ In het *Grenswisselkantoor*-arrest werd geen begin van uitvoering aangenomen omdat de verdachten de auto

¹⁰⁹ Concl. A-G G. Knigge, ECLI:NL:PHR:2007:AZ6131, bij HR 17 april 2007, *NJ* 2007/436, m.nt. J.M. Reijntjes (*afgebroken cocaïnetransactie*). Zie ook Vetzo, *DD* 2016/73, p. 850.

¹¹⁰ Concl. A-G G. Knigge, ECLI:NL:PHR:2007:AZ6131, bij HR 17 april 2007, *NJ* 2007/436, m.nt. J.M. Reijntjes (*afgebroken cocaïnetransactie*); Concl. P-G J.W. Fokkens, ECLI:NL:PHR:2004:AP1187, bij HR 31 augustus 2004, *NJ* 2004/592.

¹¹¹ HR 3 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9152, *NJ* 2009/138.

¹¹² De Hullu 2018, p. 74; Knigge & Wolswijk 2015, p. 74; Sinnige 2017, p. 17.

¹¹³ Van de Velden & De Jonge, *T&C Strafrecht*, art. 311 Sr, aant. 6 (online, bijgewerkt tot 1 juli 2020); HR 22 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1519, *NJ* 1999/636.

¹¹⁴ HR 3 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9152, r.o. 2.6, *NJ* 2009/138.

¹¹⁵ HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, *NJ* 1978/52, m.nt. Th. W. van Veen (*uitzendbureau Cito*); HR 8 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0645, *NJ* 1988/612, m.nt. ‘t Hart (*Grenswisselkantoor*).

nog niet hadden verlaten en geen andere handelingen hadden verricht vanuit de auto die naar hun uiterlijke verschijningsvorm kunnen worden aangemerkt als te zijn gericht op voltooiing van het misdrijf. In het *Cito*-arrest was dit wel het geval. Deze zaak ligt dus tussen het *Cito*-arrest en het *Grenswisselkantoor*-arrest in omdat twee personen de auto al hebben verlaten terwijl de auto met de achterkant richting de toegangsdeur reed. Zoals hierboven beschreven is diefstal met braak een formeel delict met een bijzonder kenmerk. Dus op het moment dat de verdachten op het punt staan te beginnen met de braak, kan een strafbare poging worden aangenomen. In dit geval is daarom geen sprake van een verruiming van de reikwijdte van de strafbare poging tot formele delicten.

HR 17 november 2009

In dit arrest stond een poging tot het telen, bereiden, bewerken dan wel aanwezig hebben van hennep centraal (artikel 3 onder B en C Opiumwet).¹¹⁶ Dit zijn formele delicten omdat het gaat om handelingen in plaats van het veroorzaken van een gevolg. In deze zaak werd in de woning van de verdachten een kweekruimte aangetroffen. Achteraf kon aan de hand van de aangetroffen materialen worden opgemaakt dat deze kweekruimte bestemd was voor het telen van hennep. De Hoge Raad liet het oordeel van het Hof in stand dat geen begin van uitvoering is gemaakt omdat het aanwezig hebben van een kweekruimte naar hun uiterlijke verschijningsvorm niet is gericht op voltooiing van het delict telen, bereiden, bewerken dan wel aanwezig hebben van hennep.¹¹⁷ De Hoge Raad merkte hierbij op dat het enkel aanwezig hebben van een kweekruimte zonder enige verdere activiteit van de verdachte geen strafbare poging oplevert.¹¹⁸

In de beoordeling van deze zaak ligt de focus op het telen van hennep. Zonder het telen is het bereiden, bewerken of aanwezig hebben van hennep immers niet mogelijk. Volgens de conclusie van advocaat-generaal Knigge bestaan verschillen in de eerdere lagere rechtspraak ten aanzien van de poging tot het telen van hennep.¹¹⁹ In de uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 10 oktober 2001 wordt geen begin van uitvoering aangenomen omdat de verdachten nog geen hennepzaden, -planten of stekken aanwezig hadden.¹²⁰ Ze hadden wel de intentie hiertoe, maar zijn volgens de rechtbank blijven steken in het stadium van de straffeloze voorbereiding. In de uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 7 december 2006 doet de rechtbank hier weer afstand van door te oordelen dat het ontbreken van hennepplanten niet betekent dat geen begin van uitvoering kan worden aangenomen.¹²¹ Volgens advocaat-generaal Knigge is het niet wenselijk dat van de ruimte in eerdere jurisprudentie

¹¹⁶ HR 17 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ3565, *NJ* 2010/337, m.nt. M.J. Borgers.

¹¹⁷ HR 17 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ3565, r.o. 2.3, *NJ* 2010/337, m.nt. M.J. Borgers.

¹¹⁸ HR 17 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ3565, r.o. 2.3, *NJ* 2010/337, m.nt. M.J. Borgers.

¹¹⁹ Concl. A-G G. Knigge, ECLI:NL:PHR:2009:BJ3565, bij HR 17 november 2009, *NJ* 2010/337, m.nt. M.J. Borgers.

¹²⁰ Rb. 's-Hertogenbosch 10 oktober 2001, ECLI:NL:RBSHE:2001:AD4401, *NJ* 2002/193.

¹²¹ Rb. 's-Hertogenbosch 7 december 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ4000.

gebruik wordt gemaakt omdat het gevaar bestaat dat het gehele voorterrein van het telen van hennep dan strafbaar wordt gesteld.¹²² Volgens Knigge zou op zijn minst sprake moeten zijn van een feitelijke mogelijkheid van het telen van hennep. In deze zaak zou het betekenen dat de verdachte de beschikking had over het kweekmateriaal. De Hoge Raad beperkt in deze zaak dus de ruimte voor de strafbare poging. Er zit nog te veel ruimte tussen het aanwezig hebben van een kweekruimte en het voltooide delict om een begin van uitvoering aan te nemen. Voltooiing van het delict kan niet direct volgen waardoor geen sprake is van een uitbreiding van de ruimte voor de strafbare poging tot formele delicten.

HR 15 februari 2011

In dit arrest werd poging tot invoer van heroïne binnen Nederlands grondgebied tenlastegelegd (artikel 2 onder A Opiumwet).¹²³ Dit is een formeel delict omdat invoeren een handeling is en niet het veroorzaken van een gevolg. De verdachte is in deze zaak met het geld, de navigatie en een GSM met SIM-kaart afgereisd naar Roemenië en/of Hongarije met het plan om 59 kilo heroïne mee terug te nemen naar Nederland. De verdachte kon de vrachtwagen waarin de heroïne zou liggen echter niet vinden waardoor hij onverrichter zake terugkeerde naar Nederland. De Hoge Raad oordeelde dat de overweging van het Hof dat in deze zaak een begin van uitvoering is gemaakt niet zonder meer begrijpelijk is.¹²⁴ Volgens de Hoge Raad doet de overweging van het Hof dat de verdachte wel de intentie had de heroïne in te voeren hier niets aan af.

Deze zaak kan worden vergeleken met het *Heroïne-transactie koper*-arrest waaruit bleek dat het enkel onderweg zijn naar een bepaalde locatie met de intentie drugs in ontvangst te nemen onvoldoende is voor een begin van uitvoering.¹²⁵ Net als in dit arrest geeft de Hoge Raad nadrukkelijk aan dat de intentie het delict te willen voltooien onvoldoende is voor een begin van uitvoering. Zoals eerder beschreven bestaat meer ruimte voor een strafbare poging wanneer de nadruk op de misdadige intentie wordt gelegd in plaats van op de uitvoeringshandelingen. De Hoge Raad geeft hier dus een restrictieve invulling aan het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm. De casuïstiek van het *Heroïne-transactie koper*-arrest is echter niet vergelijkbaar met dat van HR 15 februari 2011. De invoer van drugs is anders dan het aanwezig hebben en vervoeren van drugs. Uit het arrest HR 18 december 1986 blijkt dat het bij (poging tot) invoer gaat om het daadwerkelijk overbrengen van verdovende middelen van de ene naar de andere staat.¹²⁶ In het licht hiervan en de restrictieve opvatting van de Hoge Raad, kan worden opgemaakt dat waarschijnlijk is vereist dat de drugs daadwerkelijk onderweg

¹²² Concl. A-G G. Knigge, ECLI:NL:PHR:2009:BJ3565, bij HR 17 november 2009, *NJ* 2010/337, m.nt. M.J. Borgers.

¹²³ HR 15 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9971, *NJ* 2011/95.

¹²⁴ HR 15 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9971, r.o. 2.4, *NJ* 2011/95.

¹²⁵ HR 20 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0821, *NJ* 1990/32, m.nt. Th. W. van Veen.

¹²⁶ HR 18 december 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9559, *NJ* 1987/276, m.nt. A.C. 't Hart.

is naar Nederland.¹²⁷ In dit arrest zijn de drugs niet gevonden en dus nog niet onderweg naar Nederland. Uit de verrichte handelingen kan voltooiing van het delict niet direct volgen. Daarom is geen sprake van een uitbreiding van de ruimte voor de poging tot formele delicten.

HR 12 april 2011

Poging tot diefstal met geweld stond centraal in dit arrest (artikel 310 jo. 312 lid 1 Sr).¹²⁸ Zoals eerder beschreven, wordt diefstal gezien als een formeel delict omdat in de delictsomschrijving van artikel 310 Sr het wegnemen strafbaar wordt gesteld, hetgeen een handeling is. Dit delict kent een speciaal kenmerk, namelijk het geweld. Dit is een kwalificerende omstandigheid wat betekent dat het aspect van het geweld al een begin van uitvoering op kan leveren.¹²⁹ Hierdoor is de ruimte voor een strafbare poging groter omdat voltooiing van het delict meer tijd vergt. In deze zaak reden drie personen naar een woning in Purmerend. Verdachte B. zou zich voordoen als PTT-bezorger. Hij droeg een PTT-jas en een doos met daarin een elektrisch wapen. De andere twee personen zouden in de auto wachten totdat de deur van de woning zou worden opengedaan. Zover kwam het echter niet omdat de verdachte B. spijt kreeg. Hij deed net alsof hij aanbelde. Hierdoor werd niet opengedaan waardoor het leek alsof de bewoners niet thuis waren. B. kon zich succesvol beroepen op een vrijwillige terugtred, maar de twee verdachten die in de auto hebben gewacht werden wel veroordeeld voor een strafbare poging. Volgens de Hoge Raad geeft het oordeel van het Hof dat de gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm kunnen worden aangemerkt als te zijn gericht op voltooiing van het misdrijf geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.¹³⁰

Zoals advocaat-generaal Knigge opmerkte in de conclusie, zit deze zaak tussen het *Grenswisselkantoor*-arrest en het *Cito*-arrest in. In het *Grenswisselkantoor*-arrest werd geen begin van uitvoering aangenomen omdat de verdachten de auto nog niet hadden verlaten en geen andere handelingen hadden verricht vanuit de auto. In het *Cito*-arrest was dit wel het geval.¹³¹ In dit geval heeft al één van de verdachten de auto verlaten waardoor gesproken kan worden van een begin van uitvoering. Uit de verrichte handelingen zou voltooiing van het delict direct kunnen volgen. In deze zaak wordt de ruimte voor de strafbare poging tot formele delicten dus niet uitgebreid.

¹²⁷ Zie ook N. Rozemond, annotatie bij HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:575, *NJ* 2016/318.

¹²⁸ HR 12 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN4351, *NJ* 2011/358, m.nt. N. Keijzer.

¹²⁹ Van de Velden & De Jonge, *T&C Strafrecht*, art. 312 Sr, aant. 6 (online, bijgewerkt tot 15 maart 2021).

¹³⁰ HR 12 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN4351, r.o. 4.3, *NJ* 2011/358, m.nt. N. Keijzer.

¹³¹ Concl. A-G G. Knigge, ECLI:NL:PHR:2011:BN4351, bij HR 12 april 2011, *NJ* 2011/358, m.nt. N. Keijzer; HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, *NJ* 1978/52, m.nt. Th. W. van Veen (*uitzendbureau Cito*); HR 8 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0645, *NJ* 1988/612, m.nt. 't Hart (*Grenswisselkantoor*).

HR 26 april 2013

In dit arrest werd poging tot het valselijk opmaken van betaalpassen tenlastegelegd (artikel 232 Sr).¹³² Het gaat hier om een formeel delict omdat opmaken een handeling is en niet het veroorzaken van een gevolg. De verdachte heeft zich ingesloten in de IKEA en heeft daar een pinterminal losgeschroefd en een gat aan de onderkant in de behuizing gebrand. Dit is een gebruikelijke plek om printplaatjes te plaatsen om zodoende het ‘skimmen’ van betaalpassen mogelijk te maken. Deze printplaatjes zijn later in een pakje sigaretten onder een matras in het IKEA-filiaal gevonden. In dit geval oordeelde de Hoge Raad dat de overweging van het Hof dat het geheel van de gedragingen van de verdachte naar hun uiterlijke verschijningsvorm kunnen worden gezien als te zijn gericht op voltooiing van het misdrijf geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.¹³³

Dit arrest kan worden vergeleken met de uitspraak van het Hof Amsterdam van 16 juli 2010.¹³⁴ In deze zaak werd, net als in het arrest HR 26 april 2013, poging tot het valselijk opmaken van betaalpassen tenlastegelegd. Het Hof merkte op dat het ‘skimmen’ van betaalpassen bestaat uit een reeks van meerdere handelingen die begint met het plaatsen van de specifieke apparatuur. Dat betekent dat op het moment dat is begonnen met het plaatsen van de apparatuur, uitvoeringshandelingen zijn verricht. Hiervoor is niet vereist dat alle noodzakelijke apparatuur voor het ‘skimmen’ van betaalpassen daadwerkelijk is geplaatst. Ook in het arrest HR 26 april 2013 is de verdachte begonnen met het plaatsen van de apparatuur. Dat nog niet alle apparatuur is geplaatst doet hier dus niets aan af. De handelingen die de verdachte heeft verricht kunnen dus worden gezien als uitvoeringshandelingen van het valselijk opmaken van betaalpassen waardoor een begin van uitvoering is gemaakt. Er is in dit geval daarom geen sprake van uitbreiding van de ruimte voor de strafbare poging tot formele delicten.

HR 16 september 2014

Poging tot diefstal met geweld in vereniging werd tenlastegelegd in dit arrest (artikel 310 jo. 312 lid 1 en lid 2 onder 2 Sr).¹³⁵ Zoals eerder beschreven, is diefstal met geweld een formeel delict met een kwalificerende omstandigheid. Omdat voltooiing van het delict meer tijd vergt bestaat meer ruimte voor een strafbare poging. Het aspect van het geweld kan immers al een begin van uitvoering opleveren.¹³⁶ De verdachten hebben in deze zaak het plan om het telkantoor Hoogvliet in Zoeterwoud te overvallen. Ze zijn vermomd naar het huis van een medewerker gegaan. Ze hebben de medewerker onder bedreiging van een vuurwapen vragen gesteld over de hoeveelheid geld in de kluis en welke collega’s de volgende dag zouden werken. Ook een tweede slachtoffer en hun twee kinderen zijn door de verdachten onder bedreiging van een vuurwapen vastgehouden. Doordat de burens de politie hebben

¹³² HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ8635, *NJ* 2013/280.

¹³³ HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ8635, r.o. 4.2, *NJ* 2013/280.

¹³⁴ Hof Amsterdam 16 juli 2010, ECLI:GHAMS:2010:BN1763, *NJFS* 2010/248.

¹³⁵ HR 16 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2675, *NJB* 2014/1784.

¹³⁶ Van de Velden & De Jonge, *T&C Strafrecht*, art. 312 Sr, aant. 6 (online, bijgewerkt tot 15 maart 2021).

gewaarschuwd moesten de verdachten de woning verlaten. Het Hof oordeelde dat een begin van uitvoering is gemaakt van diefstal met geweld van het telkantoor Hoogvliet.¹³⁷ Het Hof achtte het onwaarschijnlijk dat de verdachten zonder de medewerker zouden vertrekken en Hoogvliet op een later moment zouden overvallen. Mede omdat het tweede slachtoffer de verdachte heeft horen zeggen dat ze de medewerker mee zouden nemen naar de kluis. Ook het feit dat ze goederen bij zich hadden zoals tie-wraps en materialen voor vermomming dragen hieraan bij. Het Hof ziet de gedragingen dus als een opeenvolgend geheel dat zou leiden tot voltooiing van het delict. Volgens de Hoge Raad geeft het oordeel van het Hof dat in deze zaak een begin van uitvoering is gemaakt geen blijk van een onjuiste opvatting.¹³⁸

Deze zaak kan worden vergeleken met het *Cito*-arrest waarin eveneens diefstal met geweld ten laste werd gelegd.¹³⁹ In dit arrest werd al een begin van uitvoering aangenomen op het moment dat de verdachten met bedekte gezichten, een pistool en lege tas voor het uitzendbureau stonden. In het arrest HR 16 september 2014 zijn gedragingen verricht die dichter tegen het voltooide delict aanliggen. Er zijn al uitvoeringshandelingen verricht doordat het aspect van het geweld is vervuld. Ondanks dat het uiteindelijk wegnemen van het goed niet samenvalt wat betreft tijd en plaats met het plegen van het geweld, is dus geen sprake van een verruiming van de reikwijdte van de strafbare poging tot formele delicten.¹⁴⁰

HR 5 april 2016

In dit arrest staat de poging tot invoer van hasjiesj binnen het grondgebied van Nederland centraal (artikel 3 onder A Opiumwet).¹⁴¹ Invoeren is een formeel delict omdat het gaat om een handeling en niet om het veroorzaken van een gevolg. In deze zaak is de verdachte samen met haar partner met een speciaal geprepareerde auto vertrokken naar Marokko om daar hasjiesj op te halen. Zover kwam het echter niet omdat een ander stel met hetzelfde plan werd opgepakt door de politie bij terugkomst in Nederland. Het stel besloot hierdoor onverrichter zake terug te vliegen naar Nederland. Het Hof oordeelde dat een begin van uitvoering is gemaakt op het moment dat de verdachte met de auto naar Marokko is vertrokken. De Hoge Raad vond deze redenering zonder nadere motivering echter niet begrijpelijk. Mede omdat volgens de Hoge Raad de overige bewezenverklaarde gedragingen niet in concrete mate gericht zijn op het voltooiing van het delict.¹⁴²

¹³⁷ HR 16 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2675, r.o. 3.2.2, *NJB* 2014/1784.

¹³⁸ HR 16 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2675, r.o. 3.3, *NJB* 2014/1784.

¹³⁹ HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, *NJ* 1978/52, m.nt. Th. W. van Veen (*uitzendbureau Cito*).

¹⁴⁰ Concl. A-G P.C. Vegter, ECLI:NL:PHR:2014:1567, bij HR 16 september 2014, *NJB* 2014/1784.

¹⁴¹ HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:575, *NJ* 2016/318, m.nt. N. Rozemond.

¹⁴² HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:575, r.o. 2.4, *NJ* 2016/318, m.nt. N. Rozemond.

Dit arrest past in de restrictieve lijn wat betreft de invoer van drugs die blijkt uit het arrest HR 15 februari 2011 dat eerder is besproken.¹⁴³ Hier werd geen begin van uitvoering aangenomen op het moment dat de drugs nog niet onderweg was naar Nederland. Daarbij blijkt uit dit arrest dat de intentie van de verdachte om het delict te voltooien onvoldoende is voor het aannemen van een begin van uitvoering. Ook in deze zaak is de hasjiesj nog niet onderweg naar Nederland. Hierdoor kan voltooiing van het delict niet direct volgen. Er is daarom in dit geval geen sprake van een uitbreiding van de ruimte voor de poging tot formele delicten.

HR 2 juni 2020

In het laatste arrest gaat het om een poging tot medeplegen van invoer van cocaïne binnen het grondgebied van Nederland (artikel 2 onder A Opiumwet).¹⁴⁴ Invoeren is een handeling en niet het veroorzaken van een gevolg. De verdachte treedt in deze zaak op als bemiddelaar tussen de leverancier en de afnemer in Nederland. In dit geval was de afnemer een pseudodienstverlener van de politie. Met de verdachte was afgesproken om 1000 kilo cocaïne verdeeld over vier partijen te leveren. De eerste lading cocaïne lag al op een schip dat op zee voor de kust van Colombia dreef. Alleen de kredietwaardigheid van de afnemer moest nog worden vastgesteld. Tot voltooiing van het delict kwam het echter niet omdat de politie ingreep. De Hoge Raad oordeelde dat de overweging van het Hof dat de cocaïne al onderweg was naar Nederland niet zonder meer begrijpelijk is omdat de partij cocaïne nog voor het land van herkomst op zee dreef en daarnaast de kredietwaardigheid nog moest worden vastgesteld.¹⁴⁵ Hierdoor is volgens de Hoge Raad het oordeel van het Hof dat een begin van uitvoering is gemaakt niet begrijpelijk.

Deze zaak is in overeenstemming met de restrictieve lijn van de Hoge Raad wat betreft de invoer van drugs uit de arresten HR 15 februari 2011 en HR 5 april 2016.¹⁴⁶ Ook in deze zaak was de cocaïne nog niet onderweg naar Nederland, maar dreef het nog voor de kust van Colombia. Bovendien moest de kredietwaardigheid nog worden vastgesteld. Er moesten dus nog meerdere handelingen worden verricht waardoor voltooiing van het delict niet direct kon volgen uit de verrichte handelingen. Daarom is in dit geval geen sprake van uitbreiding van de ruimte voor de strafbare poging tot formele delicten.

¹⁴³ HR 15 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9971, *NJ* 2011/95.

¹⁴⁴ HR 2 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:975, *NJ* 2020/244.

¹⁴⁵ HR 2 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:975, r.o. 2.3, *NJ* 2020/244.

¹⁴⁶ HR 15 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9971, *NJ* 2011/95; HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:575, *NJ* 2016/318, m.nt. N. Rozemond.

3.4 Tussenconclusie

Hoewel enige voorzichtigheid is geboden door het verschil in casuïstiek, kan op basis van de resultaten van het jurisprudentieonderzoek worden geconcludeerd dat uit de jurisprudentie van de Hoge Raad in de periode van 2000 tot 2020 blijkt dat enigszins meer ruimte is ontstaan voor de strafbare poging tot formele delicten. Hoewel de Hoge Raad over het algemeen een objectieve en restrictieve koers vaart wat betreft het begin van uitvoering bij de strafbare poging tot formele delicten waarbij weinig ruimte bestaat voor een strafbare poging, wordt in de arresten HR 17 april 2007 en HR 30 juni 2015 de ruimte voor de strafbare poging tot formele delicten uitgebreid. In deze arresten kan voltooiing van het delict niet direct volgen uit de verrichte handelingen van de verdachte en ligt in grotere mate de nadruk op de intentie van de dader. Hierdoor is de ruimte voor de strafbare poging groter. Hierbij is de ruimte tussen de verrichte handelingen van de verdachte en het voltooide delict in het arrest HR 30 juni 2015 aanzienlijk groter dan in het arrest HR 17 april 2007. In de overige 10 van de 12 arresten wordt de ruimte voor de strafbare poging tot formele delicten niet uitgebreid en vaart de Hoge Raad een relatief objectieve en restrictieve koers. Het gevaar van de daad staat in deze arresten centraal en dit moet blijken uit de uiterlijke verschijningsvorm van de verrichte handelingen. Er wordt een strafbare poging door de Hoge Raad aangenomen wanneer uitvoeringshandelingen zijn verricht of wanneer voltooiing van het delict direct kan volgen uit de verrichte handelingen van de verdachte. In het volgende hoofdstuk zal een analyse plaatsvinden van de resultaten van het jurisprudentieonderzoek.

Hoofdstuk 4 – Analyse en conclusie

4.1 Inleiding

Uit het vorige hoofdstuk blijkt dat de Hoge Raad een overwegend objectieve en restrictieve koers aanhoudt wat betreft het begin van uitvoering bij de strafbare poging tot formele delicten in de periode van 2000 tot 2020. Toch zijn er twee arresten waarin de Hoge Raad afwijkt van deze objectieve koers en het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm de ruimte biedt de reikwijdte van de strafbare poging tot formele delicten uit te breiden. Hierdoor is de ruimte voor de strafbare poging tot formele delicten in de periode van 2000 tot 2020 enigszins groter geworden. In dit hoofdstuk zal als eerste de tekortkoming van het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm worden behandeld en worden besproken wat hier problematisch aan is. Als tweede zal een oplossing worden aangedragen om de tekortkoming van het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm zoveel mogelijk op te heffen door middel van het gebruik van twee aanvullende toetsen.

4.2 De tekortkoming van het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm

Volgens de noot van Keijzer bij het arrest HR 17 januari 2012 ontbreekt het onderscheidend vermogen aan het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm.¹⁴⁷ Het is volgens hem geen deugdelijk criterium om de poging te onderscheiden van de (strafbare) voorbereiding. Het is niet duidelijk hoever de verrichte handelingen van de verdachte tegen het voltooide delict aan moeten liggen om een begin van uitvoering aan te nemen. Een voorbereidingshandeling is per slot van rekening ook naar uiterlijke verschijningsvorm gericht op voltooiing van het delict. Het gevaar bestaat dat bij het gebruik van het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm het gehele voorterrein van een delict onder de reikwijdte van de strafbare poging valt. Het komt daarom volgens Keijzer bij het gebruik van het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm te veel neer op de wijsheid van de rechter. Het vormt zodoende een tekortkoming van het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm dat niet duidelijk is wat de grens is bij het aannemen van een begin van uitvoering.

De tekortkoming van het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm blijkt ook uit de resultaten van het jurisprudentieonderzoek. Uit het onderzoek komt naar voren dat de Hoge Raad over het algemeen een objectieve koers aanhoudt wat betreft het begin van uitvoering bij de poging tot formele delicten

¹⁴⁷ N. Keijzer, annotatie bij HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6466, *NJ* 2012/517.

waarbij de voltooiing van het delict direct kan volgen uit de verrichte handelingen. Toch biedt het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm de ruimte om af te wijken van deze objectieve koers en een begin van uitvoering aan te nemen in gevallen waarin de verrichte handelingen verder van het voltooide delict afliggen. Dit blijkt ten eerste uit het arrest HR 17 april 2007 waarin poging tot het vervoeren van cocaïne ten laste werd gelegd.¹⁴⁸ In deze zaak is de tussenstap van de aankoop van de cocaïne echter nooit voltooid. Toch liet de Hoge Raad het oordeel van het Hof in stand dat de gedragingen van de verdachte naar hun uiterlijke verschijningsvorm gericht zijn op voltooiing van het misdrijf. Ten tweede liggen de verrichte gedragingen in het arrest HR 30 juni 2015 nog verder van het voltooide delict af.¹⁴⁹ In dit geval werd poging tot verboden wapenbezit tenlastegelegd. Er heeft in deze zaak alleen een telefoongesprek plaatsgevonden waarin de verdachte zijn intentie heeft geuit een vuurwapen te willen kopen. Volgens de Hoge Raad gaf het oordeel van het Hof dat de gedragingen naar uiterlijke verschijningsvorm aan te merken als te zijn gericht op voltooiing van het delict geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Ondanks dat de Hoge Raad een overwegend objectieve koers aanhoudt wat betreft het begin van uitvoering bij de strafbare poging tot formele delicten, biedt het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm dus de ruimte af te wijken van deze koers en een begin van uitvoering aan te nemen in twee gevallen waarin de verrichte handelingen verder afliggen van het voltooide delict.

Dat het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm ruimte biedt voor de Hoge Raad om af te wijken van de eigen objectieve koers is in de eerste plaats problematisch in het licht van het legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel.¹⁵⁰ Wanneer een strafbare poging wordt aangenomen in gevallen waarin de verrichte handelingen van de verdachte verder van het voltooide delict afliggen, wordt de strafbaarheid uitgebreid. De strafbare poging vormt immers de grens met de strafbare voorbereiding van artikel 46 Sr of een straffeloze gedraging. Het is in het kader van het legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel dus van belang voor de verdachte en de beroepspraktijk om te weten waar de grens ligt bij het aannemen van een begin van uitvoering bij de strafbare poging tot formele delicten. Het is vanwege deze beginselen dus niet wenselijk dat de Hoge Raad van de eigen objectieve koers afwijkt en de ruimte voor de strafbare poging tot formele delicten uitbreidt zoals is te zien in de arresten HR 17 april 2007 en HR 30 juni 2015.¹⁵¹

¹⁴⁸ HR 17 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6131, *NJ* 2007/436, m.nt. J.M. Reijntjes (*afgebroken cocaïne-transactie*).

¹⁴⁹ HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, *NJ* 2015/403, m.nt. N. Rozemond.

¹⁵⁰ Vetzó, *DD* 2016/73, p. 853 – 855; Concl. A-G G. Knigge, ECLI:NL:PHR:2009:BJ3565, bij HR 17 november 2009, *NJ* 2010/337, m.nt. M.J. Borgers.

¹⁵¹ HR 17 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6131, *NJ* 2007/436, m.nt. J.M. Reijntjes (*afgebroken cocaïne-transactie*); HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, *NJ* 2015/403, m.nt. N. Rozemond.

Daarnaast is het gezien de aard van de strafbare poging tot formele delicten problematisch dat het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm ruimte biedt voor de Hoge Raad om af te wijken van de objectieve koers. Zoals in het eerste hoofdstuk naar voren is gekomen, zijn formele delicten strafbaar gesteld vanwege het gevaar dat de strafbare handeling vormt. Verboden wapenbezit op zichzelf brengt bijvoorbeeld niemand direct schade toe, maar het gevaar dat dit oplevert voor andere personen maakt het een strafbaar feit. Daarnaast is een poging tot een misdrijf strafbaar gesteld vanwege het gevaar dat dit vormt voor de in de wet beschermde rechtsgoederen. Bij een poging tot formele delicten wordt dus in feite het ‘gevaar voor het gevaar’ strafbaar gesteld.¹⁵² Vetzó spreekt daarom dan ook van een ‘tweevoudig verwijderd verband’ dat bestaat tussen de strafbare poging tot formele delicten ten opzichte van de uiteindelijke krenking van een rechtsgoed.¹⁵³ Het is daarom bij formele delicten extra problematisch dat de Hoge Raad afwijkt van de eigen objectieve koers wat betreft het begin van uitvoering. Wanneer de verrichte handelingen immers verder afstaan van het voltooide delict, betekent dit dat de ruimte tussen de verrichte handelingen en de uiteindelijke krenking van een rechtsgoed nog groter is. Het karakter van de poging tot formele delicten maakt het dus eveneens problematisch dat het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm de ruimte biedt voor de Hoge Raad om af te wijken van de eigen objectieve koers wat betreft het begin van uitvoering bij strafbare poging tot formele delicten.

4.3 Twee aanvullende toetsen bij het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm

In beginsel is het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm goed bruikbaar bij de beoordeling van het begin van uitvoering bij de strafbare poging. De Hullu geeft eveneens aan dat het criterium aanspreekt omdat het uit gaat van hetgeen in de concrete omstandigheden daadwerkelijk is gebeurd.¹⁵⁴ Voor de intentie van de verdachte is wel ruimte, maar dit moet blijken uit de uiterlijke verschijningsvorm van de verrichte handelingen. Dit past volgens De Hullu bij het beginsel van daadstrafrecht waarin de focus ligt op de gevaarlijkheid van de daad en niet op de misdadige intentie van de verdachte.¹⁵⁵ Toch onderstreept hij ook het probleem dat het niet duidelijk is waar de grens ligt om een begin van uitvoering aan te nemen. Zoals hierboven is besproken, leidt het criterium bij formele delicten niet altijd tot voorspelbare en eenduidige uitkomsten. Daarom is het van belang om bij de strafbare poging tot formele delicten twee aanvullende toetsen toe te voegen aan het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm. Wanneer niet aan een van deze toetsen wordt voldaan, kan geen

¹⁵² Vetzó, *DD* 2016/73, p. 852.

¹⁵³ Vetzó, *DD* 2016/73, p. 852.

¹⁵⁴ De Hullu 2018, p. 399.

¹⁵⁵ De Hullu 2018, p. 400.

begin van uitvoering worden aangenomen. Op deze manier kan de tekortkoming van het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm zoveel mogelijk worden opgeheven.

De eerste aanvullende toets is dat uit de verrichte handelingen van de verdachte voltooiing van het delict direct moet kunnen volgen. Deze toets kan als grens dienen bij het aannemen van een begin van uitvoering bij de strafbare poging tot formele delicten. Op deze manier kan worden voorkomen dat het gehele voorterrein van de formele delicten onder de reikwijdte van de strafbare poging valt. Wanneer al uitvoeringshandelingen zijn verricht of de verdachte op het punt staat te beginnen met de uitvoering van het delict en hier geen stappen meer tussen zitten, kan een begin van uitvoering worden aangenomen. Op deze manier kan de grens worden bepaald met de strafbare voorbereiding of een straffeloze gedraging. In de arresten HR 17 april 2007 en HR 30 juni 2015 zou geen begin van uitvoering kunnen worden aangenomen wanneer deze aanvullende toets wordt toegepast. In het arrest HR 17 april 2007 waren de gedragingen van de verdachten wel naar hun uiterlijke verschijningsvorm aan te merken als te zijn gericht op voltooiing van het misdrijf, maar moest de tussenstap van de aankoop van de cocaïne nog plaatsvinden. Hierdoor kon voltooiing van het delict niet direct volgen uit de verrichte handelingen.¹⁵⁶ In het arrest HR 30 juni 2015 lagen de verrichte handelingen van de verdachte nog verder van het voltooide delict af.¹⁵⁷ In dit geval heeft slechts een telefoongesprek plaatsgevonden tussen de verdachte en de koper waarin de verdachte heeft aangegeven het wapen te willen kopen. Uit de verrichte handelingen van de verdachte kon het delict dus niet direct worden voltooid.

De tweede aanvullende toets op het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm is dat de feitelijke mogelijkheid moet bestaan om het delict te voltooien. Zowel Knigge als Vetzo pleiten voor het gebruik van deze toets bij de poging tot formele delicten om op deze manier de reikwijdte van de strafbare poging tot formele delicten in te kaderen.¹⁵⁸ Vanwege het dubbel verwijderd verband tussen de verrichte handelingen en de daadwerkelijke krenking van het rechtsgoed bij de poging tot formele delicten, is het wenselijk dat in ieder geval de feitelijke mogelijkheid bestaat om het delict te voltooien. Op het moment dat de feitelijke mogelijkheid niet bestaat om het formele delict te voltooien, ontstaat immers het gevaar dat voortkomt uit de strafbare handeling niet. Het is dus niet mogelijk dat de uiteindelijke krenking van het rechtsgoed daadwerkelijk plaatsvindt. Wanneer deze aanvullende toets wordt toegepast op het arrest HR 17 april 2007, blijkt dat de feitelijke mogelijkheid niet bestaat om het

¹⁵⁶ HR 17 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6131, *NJ* 2007/436, m.nt. J.M. Reijntjes (*afgebroken cocaïnetransactie*).

¹⁵⁷ HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, *NJ* 2015/403, m.nt. N. Rozemond.

¹⁵⁸ Concl. A-G G. Knigge, ECLI:NL:PHR:2009:BJ3565, bij HR 17 november 2009, *NJ* 2010/337, m.nt. M.J. Borgers; Vetzo, *DD* 2016/73, p. 855 – 857.

delict te voltooien.¹⁵⁹ Het gevaar dat voort zou komen uit het vervoeren van cocaïne, zou in deze zaak dus nooit zijn ontstaan omdat de cocaïne niet echt bleek te zijn en de koop dus niet door zou gaan. Ook in het arrest HR 30 juni 2015 bestond de feitelijke mogelijkheid niet om het delict te voltooien.¹⁶⁰ De verdachte had geen wapenvergunning waardoor de feitelijke mogelijkheid om het wapen voorhanden te hebben niet bestond. Het gevaar dat voortkomt uit deze handeling zou dus ook in dit geval niet hebben kunnen ontstaan.

4.4 Conclusie

Terugkomend op de onderzoeksvraag of sprake is van een verruiming van de strafbare poging van artikel 45 Sr tot formele delicten op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad in de periode van 2000 tot 2020, kan worden geconcludeerd dat in deze periode enigszins meer ruimte is gekomen voor een strafbare poging tot formele delicten. Op basis van de literatuur bestaat weinig ruimte voor een strafbare poging tot formele delicten omdat bij formele delicten een begin van uitvoering van het delict en het voltooide delict dicht tegen elkaar aanzitten. Dit blijkt eveneens uit de resultaten van het jurisprudentieonderzoek. Uit de resultaten van het jurisprudentieonderzoek blijkt dat de Hoge Raad een overwegend objectieve en restrictieve koers aanhoudt wat betreft het begin van uitvoering bij de strafbare poging tot formele delicten. In deze gevallen zijn of al uitvoeringshandelingen verricht of kan het delict direct worden voltooid uit de verrichte handelingen van de verdachte. Er bestaat weinig ruimte tussen de verrichte handelingen van de verdachte en de voltooiing van het delict. Toch zijn er twee uitzonderingen waarin de ruimte voor de strafbare poging tot formele delicten wordt uitgebreid. In het arrest HR 17 april 2007 wordt ten eerste de ruimte voor de strafbare poging tot formele delicten uitgebreid omdat de tussenstap van de aankoop van de cocaïne niet heeft plaatsgevonden. In het arrest HR 30 juni 2015 wordt ten tweede de ruimte voor de strafbare poging tot formele delicten nog verder uitgebreid. In deze zaak heeft immers slechts een telefoongesprek plaatsgevonden waarin de verdachte zijn intentie heeft geuit het delict te willen voltooien. Hoewel enige voorzichtigheid is geboden vanwege het verschil in casuïstiek tussen de verschillende arresten, kan dus op basis van de resultaten van het jurisprudentieonderzoek worden geconcludeerd dat de reikwijdte van de strafbare poging tot formele delicten enigszins is uitgebreid gedurende de periode van 2000 tot 2020.

Dat de reikwijdte van de strafbare poging tot formele delicten in de periode 2000 tot 2020 enigszins groter is geworden, toont aan dat het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm een tekortkoming kent bij het aannemen van een strafbare poging tot formele delicten. Hoewel de Hoge Raad een

¹⁵⁹ HR 17 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6131, NJ 2007/436, m.nt. J.M. Reijntjes (*afgebroken cocaïnetransactie*).

¹⁶⁰ HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, NJ 2015/403, m.nt. N. Rozemond.

overwegend objectieve en restrictieve koers aanhoudt wat betreft het begin van uitvoering bij de strafbare poging tot formele delicten, biedt het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm de ruimte om af te wijken van deze koers. Het is niet duidelijk waar de grens ligt bij het aannemen van een begin van uitvoering. Twee aanvullende toetsen op het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm kunnen deze tekortkoming zoveel mogelijk opheffen. Bij de poging tot formele delicten moet ten eerste voltooiing van het delict direct kunnen volgen uit de verrichte handelingen. Ten tweede moet de feitelijke mogelijkheid bestaan het delict te kunnen voltooien. Op deze manier is het duidelijk waar de grens ligt om een begin van uitvoering aan te nemen en wordt de ruimte tussen de verrichte handelingen en de uiteindelijke krenking van het rechtsgoed bij de strafbare poging tot formele delicten niet nog groter. Deze twee aanvullende toetsen op het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm zorgen er zodoende voor dat de reikwijdte van de strafbare poging tot formele delicten wordt afgebakend.

Literatuurlijst

Ter Haar & Meijer 2018

R. ter Haar & G.H. Meijer, *Elementair materieel strafrecht (Praktijkwijzer Strafrecht nr. 8)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

De Hullu 2018

J. de Hullu, *Materieel strafrecht: over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Jörg, Kelk & Klip 2019

N. Jörg, C. Kelk & A.H. Klip, *Strafrecht met mate*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Keijzer, NJ 2012/517

N. Keijzer, annotatie bij HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6466, NJ 2012/517.

Kesteloo 2015

A.N. Kesteloo, *Strafbaarheid in de voorfase (Studiepockets Strafrecht, nr. 45)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Knigge & Wolswijk 2015

G. Knigge & H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Machielse, in: Wetboek van Strafrecht – Noyon/Langemeijer/Remmelink

A.J.M. Machielse, commentaar op artikel 45 Sr, in: J.W. Fokkens, E.J. Hofstee & A.J.M. Machielse (red.), *Wetboek van Strafrecht - Noyon, Langemeijer, Remmelink*, Deventer: Wolters Kluwer.

Pelser, in: T&C Strafrecht 2020

C.M. Pelser, commentaar op artikel 45 Sr, in: *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Rozemond, NJ 2015/403

N. Rozemond, annotatie bij HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, NJ 2015/403.

Rozemond, NJ 2016/318

N. Rozemond, annotatie bij HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:575, NJ 2016/318.

Sackers, in: *T&C Strafrecht 2020*

H.J.B. Sackers, commentaar op artikel 26 WWM 1997, in: *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Sinnige 2017

V.M.A. Sinnige, *De systematiek van de vermogensdelicten. Reden voor verandering? (diss. Groningen)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Smidt 1881

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Deel 1*, Haarlem: Tjeen Willink 1881.

Van de Velden & De Jonge, in: *T&C Strafrecht 2020*

A.J. van de Velden & D.N. de Jonge, commentaar op artikel 311 Sr, in: *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Vetzo, *DD 2016/73*

M.J. Vetzo, 'Strafbare poging en formeel omschreven delicten: een bespreking naar aanleiding van HR 30 juni 2015, NJ 2015/403', *DD 2016/73*, afl. 10, p. 842 – 859.

Jurisprudentielijst

Hoge Raad:

HR 19 maart 1934, ECLI:NL:HR:1934:198, *NJ* 1934, p. 450, m.nt. B.M. Taverne (*Eindhovense brandstichting*).

HR 6 februari 1951, ECLI:NL:HR:1951:2, *NJ* 1951, 475, m.nt. B.V.A. Rölling (*Inrijden op agent*).

HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, *NJ* 1978/52, m.nt. Th. W. van Veen (*uitzendbureau Cito*).

HR 8 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC0354, *NJ* 1984/701.

HR 18 december 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9559, *NJ* 1987/276, m.nt. A.C. 't Hart.

HR 8 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0645, *NJ* 1988/612, m.nt. 't Hart (*Grenswisselkantoor*).

HR 20 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0821, *NJ* 1990/32, m.nt. Th. W. van Veen.

HR 20 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0822, *NJ* 1990/33, m.nt. Th.W. van Veen.

HR 8 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC8475, *NJ* 1993/321 (*Videodozen*).

HR 22 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1519, *NJ* 1999/636.

HR 17 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3382, *NJ* 2004/352, m.nt. D.H. de Jong.

HR 31 augustus 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1187, *NJ* 2004/592.

HR 17 april 2007, ECLI:NL:HR:2006:AZ6131, *NJ* 2007/436, m.nt. J.M. Reijntjes (*afgebroken cocaïnetransactie*).

HR 11 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB7658, *NJ* 2008/23.

HR 3 maart 2009, ECLI:NL:HR:2004:BG9152, *NJ* 2009/138.

HR 12 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5705, *NJ* 2009/237.

HR 17 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ3565, *NJ* 2010/337, m.nt. M.J. Borgers.

HR 15 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9971, *NJ* 2011/95.

HR 12 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN4351, *NJ* 2011/358, m.nt. N. Keijzer.

HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ8635, *NJ* 2013/280.

HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6466, *NJ* 2012/517, m.nt. N. Keijzer.

HR 16 september 2014. ECLI:NL:HR:2014:2675, *NJB* 2014/1784.

HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, *NJ* 2015/403, m.nt. N. Rozemond.

HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:575, *NJ* 2016/318, m.nt. N. Rozemond.

HR 2 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:975, *NJ* 2020/244.

Parket bij de Hoge Raad:

Concl. P-G J.W. Fokkens, ECLI:NL:PHR:2004:AP1187, bij HR 31 augustus 2004, *NJ* 2004/592.

Concl. A-G G. Knigge, ECLI:NL:PHR:2007:AZ6131, bij HR 17 april 2007, *NJ* 2007/436, m.nt. J.M. Reijntjes (*afgebroken cocaïnetransactie*).

Concl. A-G G. Knigge, ECLI:NL:PHR:2009:BJ3565, bij HR 17 november 2009, *NJ* 2010/337, m.nt. M.J. Borgers.

Concl. A-G G. Knigge, ECLI:NL:PHR:2011:BN4351, bij HR 12 april 2011, *NJ* 2011/358, m.nt. N. Keijzer.

Concl. A-G P.C. Vegter, ECLI:NL:PHR:2014:1567, bij HR 16 september 2014, *NJB* 2014/1784.

Concl. A-G T.N.B.M. Spronken, ECLI:NL:PHR:2015:977, bij HR 30 juni 2015, *NJ* 2015/403, m.nt. N. Rozemond.

Hoog Militair Gerechtshof:

HMhG 4 december 1985, ECLI:NL:X:1985:AD4175, *NJ* 1986/304.

Gerechtshoven:

Hof Amsterdam 16 juli 2010, ECLI:GHAMS:2010:BN1763, *NJFS* 2010/248.

Rechtbanken:

Rb. 's-Hertogenbosch 10 oktober 2001, ECLI:NL:RBSHE:2001:AD4401, *NJ* 2002/193.

Rb. 's-Hertogenbosch 7 december 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ4000.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1990/91, 22268 (MvT).