

MASTER'S THESIS

De strafbare poging in het daadstrafrecht

'Neemt de intentie van de verdachte in de voorbije jaren een meer prominente rol in bij de strafbaarheid ter zake van poging?'

Anoniem

Award date:

2022

Awarding institution:

Department of Public Law

[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: 09. Aug. 2022

Open Universiteit
www.ou.nl





De strafbare poging in het daadstrafrecht

'Neemt de intentie van de verdachte in de voorbije jaren een meer prominente rol in bij de strafbaarheid ter zake van poging?'

Afstudeerscriptie Rechtswetenschappen

Begeleider: prof. mr. S. Brinkhoff

Examinator: G. Sluiter

Aantal woorden: 11.745

Inleverdatum: 9 maart 2022



Open Universiteit

© 2022

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige ander manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 Inleiding.....	1
Hoofdstuk 2 Daadstrafrecht versus intentiestrafrecht.....	3
2.1. Inleiding.....	3
2.2. Daadstrafrecht.....	3
2.3. Intentiestrafrecht.....	5
2.4. Intentie, handeling en gevolg.....	6
2.5. Tussenconclusie.....	6
Hoofdstuk 3 Leerstuk Poging.....	8
3.1. Inleiding.....	8
3.2. Wetstechnisch.....	8
3.3. Poging.....	9
3.3.1. Misdrijf.....	11
3.3.2. Voornemen.....	11
3.3.3. Begin van uitvoering.....	12
3.4. Vrijwillige terugtred.....	13
3.5. Relevante jurisprudentie ten aanzien van de strafbare poging.....	15
3.6. Aanverwante artikelen.....	17
3.6.1. Samenspanning.....	18
3.6.2. Voorbereiding.....	19
3.7. Tussenconclusie.....	20
Hoofdstuk 4 Leerstuk poging in het daadstrafrecht.....	22
4.1. Inleiding.....	22
4.2. Hoge Raad uitspraak van 6 december 2016, poging tot kinderdoodslag.....	22
4.3. Hoge Raad uitspraak van 4 april 2017 poging tot seksuele verleiding.....	24

4.4. Hoge Raad uitspraak 6 december 2016, poging tot doodslag.....	25
4.5. Tussenconclusie.....	26
Hoofdstuk 5 Conclusie.....	27
Literatuurlijst.....	28
Jurisprudentie.....	29

Hoofdstuk 1. Inleiding

Ons strafrecht is een 'daadstrafrecht'. Kenmerkend bij dit type strafrecht is dat gedachten in beginsel 'vrij' zijn van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Anders dan bij intentiestrafrecht, zijn gedragingen strafbaar gesteld. Dit betekent niet dat de intentie helemaal geen rol speelt. Bij sommige misdrijven gaat het er bijvoorbeeld om welk oogmerk de dader had. Hierbij speelt de intentie zeker een rol. Echter kon er geen straf volgen indien de dader slechts een intentie had om een strafbaar feit te plegen. Kon, want met de komst van de Wet terroristische misdrijven lijkt dit uitgangspunt verlaten en de strafbare intentie een feit. Waar voor een poging tot een misdrijf sprake moet zijn van een begin van uitvoering, is bij deze delicten de intentie tot het plegen van een misdrijf al strafbaar gesteld. Maar de intentie is een bedoeling, in beginsel een gedachte. Hoe verhouden deze artikelen zich met de het uitgangspunt van ons daadstrafrecht dat gedachten niet strafbaar zijn? Komt de strafbare intentie alleen voor bij terreurdaden of zijn er nog andere delicten waarbij de intentie van de dader een rol speelt? De strafbare intentie bij delicten uit de Wet terroristische misdrijven betreffen voorbereidingshandeling maar wat kunnen we zeggen over de intentie bij een poging tot het plegen van een misdrijf? Zien we hier net als bij voorbereidingshandelingen een ontwikkeling waarbij de intentie een meer prominente rol in gaat nemen? Wat betekent deze ontwikkeling voor ons rechtssysteem? Deze vragen ga ik in deze scriptie onderzoeken.

Onderzoeksvraag

Neemt de intentie van de verdachte in de voorbije jaren een meer prominente rol in bij de strafbaarheid ter zake van poging?

"Poging tot een misdrijf is strafbaar, wanneer het voornemen van de dader zich door het begin van uitvoering heeft geopenbaard" luidt artikel 45 Wetboek van Strafrecht. Om van een strafbare poging te spreken moet er sprake zijn van een voornemen van de dader. Een voornemen is een bedoeling, een intentie, een oogmerk, een gedachte van iemand. Maar hoe verhoudt zich dat tot het uitgangspunt van ons strafrecht dat slechts gedachten niet strafbaar zijn? Op welke manier kan de gedachte van een dader toch meespelen bij de beoordeling van een strafbare poging? Met dit onderzoek beoog ik een helder beeld te schetsen van de diverse vormen van (strafbare) poging en te onderzoeken welke rol de gedachten/intentie die ten grondslag liggen aan het voornemen van de dader spelen in de beoordeling van een strafbare poging. Ik onderzoek tevens de ontwikkelingen in

de rechtspraak op dit gebied. Neemt in de voorbije jaren de rol van de gedachte/intentie van de verdachte een meer prominente rol in bij de strafbaarheid ter zake van poging? Vindt er daarmee een verschuiving plaats van daadstrafrecht naar intentiestrafrecht? Deze vragen staan centraal in mijn scriptie.

In hoofdstuk 2 zal het daadstrafrecht versus het intentiestrafrecht aan de orde komen. Om zaken goed te begrijpen is het noodzakelijk om te weten welk soort strafrecht in Nederland geldt (daadstrafrecht) en wat dit betekent voor het de rechtspraak. Hiertoe zal op bepaalde punten rechtsgeschiedenis worden aangehaald. In dit hoofdstuk zal worden beschreven wanneer sprake is van een intentie en in welke verhouding dit staat tot het (strafrechtelijke) gevolg.

In hoofdstuk 3 wordt het leerstuk poging besproken. Hiertoe worden eerst de diverse soorten pogingen behandeld en vervolgens wordt ingegaan op alle elementen van de delictsomschrijving. Waarbij de voor de poging relevante jurisprudentie wordt besproken. Tevens wordt stilgestaan bij aanverwante artikelen, omdat de intentie hierbij een nog grotere rol speelt en gevoerde discussies in dit kader ook relevant zijn voor het leerstuk poging.

In hoofdstuk 4 zal in dit kader het leerstuk poging in het daadstrafrecht worden gezien. Aan de hand van jurisprudentie bekijk ik in welke gevallen de intentie een rol speelt en welk gevolg daaraan kan worden gegeven.

In hoofdstuk 5 zal ik mijn conclusie verwoorden. Ik zal diverse aspecten en complicaties van de pogingsleer beschrijven, waarbij de ondeugdelijke poging op de voorgrond staat. Ik zal concluderen of uit de eerder aangehaalde jurisprudentie een trend waarneembaar is met betrekking tot de rol van de intentie bij de strafbare poging en beoordelen of dat in het licht van de gedachte van ons daadstrafrecht acceptabel is, of dat er sprake is van een verschuiving naar intentiestrafrecht.

Hoofdstuk 2. Daadstrafrecht versus intentiestrafrecht

2.1. Inleiding

Om antwoord te krijgen op mijn onderzoeksvraag is het goed eerst stil te staan bij het type strafrecht dat Nederland kenmerkt, namelijk het daadstrafrecht. Het daadstrafrecht vormt de grondslag van ons Wetboek van Strafrecht waardoor het volgen van strafbaarheid telkens vanuit deze achtergrond moet worden gezien. Bij een uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid in de fase voorafgaand aan de daad, zoals invoering van artikel 46 Sr (voorbereidingshandelingen) en de Wet terroristische misdrijven, dient de grondslag van ons strafrecht ook zeker niet uit het oog verloren te worden. In dit hoofdstuk zal eerst de betekenis van het daadstrafrecht en het intentiestrafrecht worden besproken. Daarna volgt een bespreking van de intentie en hoe de intentie zich (van oorsprong) verhoudt tot ons daadstrafrecht.

2.2. Daadstrafrecht

Het Nederlandse strafrecht is te typeren als een daadstrafrecht. Dit betekent dat de waarneembare daad het uitgangspunt is voor strafrechtelijke aansprakelijkheid en gedachten hiervan vrij zijn. Dit uitgangspunt volgt uit ons Wetboek van strafrecht van 1886 en werd in 1994 nog eens benadrukt toen artikel 46 (voorbereidingshandelingen) aan het Wetboek van Strafrecht werd toegevoegd: 'Het grondidee dat het strafrecht slechts reageert tegen uiterlijke handelingen en als zodanig ultimum remedium is, wordt hiermee niet aangetast; het gedachtegoed als zodanig is strafrechtelijk vrij'.¹ Voor de meeste delicten komt dit tevens tot uiting doordat in de delictsomschrijving de strafbare gedraging wordt omschreven. Als strafbare gedraging wordt bij commissiedelicten aanvankelijk de fysieke handeling (spierbeweging) gezien.² Pompe sprak over 'uiterlijke waarneembaarheid'.³ Het is goed hier een nuancering in te brengen want niet ieder fysiek handelen is strafbaar: het moet gaan om een gewilde spierbeweging. De fysieke handeling moet tevens in samenhang worden gezien met de intentie/bedoeling van de dader ten aanzien van het delict.⁴ Buruma stelt dat er sprake is van een strafbaar feit als er sprake is van een strafrechtelijke relevante gedraging die een of meer

¹ Memorie van Toelichting, *kamerstukken II 1990/91*, 22 268, nr.3, p.3-5

² G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht*, Haarlem 1927, p. 187.

³ W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, Zwolle 1959, p. 86-87

⁴ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 158

veranderingen teweeg brengt.⁵ Deze relevante verandering is een wederrechtelijke wijziging in de situatie zoals deze was voordat de gedraging plaats had. De dader moet bovendien opzet hebben op, dan wel schuld hebben aan de strafbaar gestelde handeling. Zonder opzet of schuld volgt er geen strafbaarheid.

Het strafrecht gaat echter niet altijd uit van de fysieke handeling. Het kan ook gaan om het bewerkstelligen van een bepaald resultaat door degene die daar verantwoordelijk voor is. We spreken in dat geval van functioneel daderschap.⁶ Het functioneel daderschap past goed in ons strafrecht waarbij veel gewicht wordt toegekend aan het gevolg van de daad. Met het functioneel daderschap wordt het uitgangspunt van het daadstrafrecht waar uitgegaan wordt van de fysieke handeling, niet geheel verlaten maar wel enigszins genuanceerd. Er is nog wel sprake van een daad maar waarvoor in dit geval een ander persoon de verantwoordelijkheid draagt omdat het (mede) aan hem te wijten is dat het strafbaar gestelde gevolg is ingetreden.

Bij omissiedelicten is er tevens sprake van handelen, hoewel een fysieke handeling bij nalaten niet altijd (goed) zichtbaar is. In dit geval brengt juist het 'niet doen' de (ongewenste) verandering teweeg. Hieruit blijkt temeer dat voor ons strafrecht het gevolg cruciaal is.

Ook bij onvoltooide delicten zoals poging tot een misdrijf staat de fysieke handeling voorop. Omdat de fysieke handeling soms bij poging maar vooral bij voorbereiding van een misdrijf niet altijd goed waarneembaar is, wordt bij deze vormen tevens de intentie onder de loep gelegd. Ook dit staat niet gelijk op gespannen voet met ons daadstrafrecht en maakt op zichzelf niet dat er dan per definitie sprake zou zijn van intentiestrafrecht⁷. De fysieke gedraging is bij poging nog steeds leidend en de intentie moet ook altijd gekoppeld worden aan deze gedraging.

Een beperking van dit type strafrecht liet zich zien bij het mogelijke gebruik van het virtueel lokmeisje 'Sweetie' dat tevens in andere landen werd ingezet ter opsporing van webcamseks met kinderen. Het uitgangspunt van ons strafrecht stond in beginsel aan het succesvol vervolgen van daders van ontucht, die waren opgespoord met dit lokmeisje, in de weg. Conform ons daadstrafrecht moet namelijk voor het volgen van strafbaarheid worden voldaan aan alle elementen uit de delictomschrijving. In dit geval kon het delict nooit worden voltooid omdat daarvoor vast moet staan dat de persoon de leeftijd van 18 jaren nog niet heeft bereikt, hetgeen niet gezegd kan worden van een virtueel meisje. Dit is anders in andere landen waarbij de intentie wel een grotere rol kan

⁵ Y. Buruma, *Bestraft zonder iets gedaan te hebben*, De gedraging in beweging, Nijmegen 2007, p. 25 en 37

⁶ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 159 e.v

⁷ Memorie van Toelichting, *kamerstukken II 1990/91*, 22 268, nr.3, p.3-5

spelen en het minder van belang is dat Sweetie geen echt persoon is, maar waarbij het voldoende is dat de verdachte denkt dat hij te doen heeft met een echt kind.⁸ De nieuwe Wet Computercriminaliteit III bracht hier in 2019 overigens verandering in, waardoor vervolging van daders met behulp van een lokpuber alsnog mogelijk is geworden. Opmerkelijk was dat, zoals later in hoofdstuk 4 zal blijken, een poging tot dat misdrijf zonder de wetswijziging al wel mogelijk was.

2.3. *Intentiestrafrecht*

Een ander type strafrecht is het intentiestrafrecht. Dit type strafrecht laat iedere keer weer stof doen opwaaien wanneer er wetwijzigingen plaatsvinden die raken aan de grens van het daadstrafrecht, zoals bij voorbereidingshandelingen of bij de Wet terroristische misdrijven. Bij intentiestrafrecht, ofwel 'Gesinnungsstrafrecht' (gezindheidsstrafrecht) volgt de strafrechtelijke aansprakelijkheid uit de 'gezindheid', de innerlijke houding, denkwijze, geneigdheid of geloofsovertuiging die iemand heeft en niet uit de gedraging zelf, zoals bij het daadstrafrecht. Het gaat louter om een wilsgerichtheid. Het Gesinnungsstrafrecht komt oorspronkelijk uit de Nazi-tijd en maakte het mogelijk mensen met niet-nazigedachten strafrechtelijk te vervolgen. Bij dit type strafrecht is de criminele intentie cruciaal en heeft de gedraging in beginsel geen rol. Wanneer strafbare aansprakelijkheid volgt uit de intentie wil dit nog niet zeggen dat er daarmee sprake is van een intentiestrafrecht. Er is nog steeds sprake van een daadstrafrecht indien het strafbaar stellen van de intentie gekoppeld is aan een concrete handeling. Het intentiestrafrecht bestraft zuiver innerlijke intenties.⁹ Hierbij is louter het hebben van de intentie strafbaar.

Eén van de kritieken op het intentiestrafrecht is dat er geen plaats is voor bezinning ofwel vrijwillige terugtred zoals ons Wetboek van Strafrecht het heeft verwoord. Ook zijn er geen objectief verifieerbare handelingen benodigd om strafbaarheid aan te nemen. Dit type strafrecht levert veel weerstand op bij mensen en zou zeer onwenselijk zijn vanwege de grote mate van subjectiviteit die ervan uitgaat. Feitenvaststelling zoals wij dat nu kennen zal moeilijk plaats kunnen vinden, vooral bij onvolkomen delicten omdat de handeling daar verder van de uiteindelijke daad afstaat. Toch zijn er wel gevallen denkbaar waarbij het intentiestrafrecht voor sommige mensen gevoelsmatig tot een betere uitkomst zou leiden. Dit kan het geval zijn wanneer formeel niet aan de delictomschrijving wordt voldaan maar waarbij de dader wel een intentie had en daartoe ook alle stappen heeft

⁸ B.W. Schermer e.a., *Legal Aspects of Sweetie 2.0*, onderzoek Universiteit Tilburg en Leiden Universiteit in opdracht van Terre des Hommes, 2016-2017

⁹ G.A.M. Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, studiepockets strafrecht nr. 30, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 108

ondernomen maar toch niet tot een bewezenverklaring kan komen, zoals voorheen in het geval van “Sweetie”.

2.4. Intentie, handeling en gevolg

Een intentie is een voornemen, een bedoeling van iemand. Zoals gezegd volgt uit ons wetboek geen strafrechtelijke aansprakelijkheid indien men slechts een intentie heeft om iets te doen. Voor strafbaarheid wordt de wil gekoppeld aan de daaropvolgende handeling en uiteindelijk het daaruit voortvloeiende gevolg. Dat het gevolg belangrijk is in ons strafrecht volgt tevens uit het feit dat bij een poging tot het plegen van een misdrijf, het maximum van de hoofdstraffen gesteld op het misdrijf met een derde wordt vermindert. De dader had wel de intentie, is begonnen met de uitvoering of het bedenken van plannen daartoe, maar het gevolg is niet ingetreden.

Of en welk gevolg intreedt is echter niet slechts afhankelijk van de wil maar kan mede door toeval worden beïnvloed. Thomas Nagel spreekt over “moral luck”.¹⁰ Het koppelen van de wil aan het gevolg lijkt daarmee niet altijd bevredigend omdat we intuïtief het kwade willen straffen. Het is echter wel logisch te verklaren. Indien het beoogde gevolg niet is ingetreden is er vaak geen leed toegevoegd, is er geen slachtoffer of nabestaanden die ‘gecompenseerd’ moeten worden. Bij een intentiestrafrecht zou de factor toeval niet spelen omdat daar geen koppeling is met het gevolg.

Volgens Kant staat de wil los van alle invloeden van toevalligheden. Hij is van mening dat er sprake is van kwade wil maar men kan deze kwade wil niet concluderen zonder de daarop volgende handeling te bezien, want “hoe kan zonder handeling worden beoordeeld dat er sprake is van kwade wil?” Hij stelt echter niet deze gedraging voorop, zoals wij dat doen in ons daadstrafrecht. De kwade wil moet volgens hem afgeleid worden uit de gedraging., terwijl die gedraging voor hem geen voorwaarde is voor het volgen van strafrechtelijke aansprakelijkheid.¹¹

2.5. Tussenconclusie

In Nederland vormt het daadstrafrecht de grondslag voor ons strafrecht. De daad staat hierbij centraal en gedachten zijn vrij van strafrechtelijk aansprakelijkheid. Dit in tegenstelling tot het intentiestrafrecht dat louter de criminele intentie strafbaar stelt. Ook bij het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht waarin de voorbereidingshandelingen met artikel 46

¹⁰ T. Nagel, "Moral Luck", *Mortal Questions*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p 24–38

¹¹ I. Kant, *fundering voor de metafysica van de zeden* (1785; vertaling Th. Mertens, 2008), Amsterdam Boom uitgeverij 2008, p 62

strafbaar werden gesteld werd nogmaals benadrukt dat de grondslag van ons strafrecht, het daadstrafrecht, nog steeds niet is verlaten.

Daadstrafrecht verschilt met intentiestrafrecht voornamelijk door het koppelen van een gevolg aan de intentie. Het gevolg treedt in door de gedraging. Deze gedraging is strafbaar gesteld in de delictsomschrijvingen in ons wetboek van Strafrecht. Dat het gevolg van groot belang is in ons strafrecht komt tevens naar voren uit het feit dat de maximale straffen bij onvolkomen delicten sterk worden verminderd.

De strafbare intentie is mijns inziens toegelaten in het daadstrafrecht zolang de intentie nog steeds wordt gezien in het licht van de gedraging. De gedraging is leidend en objectief vast te stellen. Er is dan nog steeds geen sprake van louter strafbare gedachten.

Door het aannemen van de figuur functionele daderschap is de puur fysieke handeling zoals dat oorspronkelijk werd gelezen in het daadstrafrecht meer op de achtergrond geraakt en heeft het daadstrafrecht een meer abstracte benadering gekregen. Naar mijn oordeel is het daadstrafrecht hiermee niet verlaten maar enigszins genuanceerd.

Hoofdstuk 3. Leerstuk poging

3.1. Inleiding

Na ik stil heb gestaan bij het type strafrecht dat ten grondslag ligt aan ons Wetboek van Strafrecht zal ik in dit hoofdstuk het leerstuk van de strafbare poging behandelen. Ik zal uiteenzetten wat een poging is, welke vormen er zijn en wanneer er sprake is van een strafbare poging. Tevens zal ik een uiteenzetting geven van de meest relevante jurisprudentie in dit kader. Hoewel de scriptie beoogt een antwoord te geven over de rol van de intentie bij een strafbare poging lijkt het mij goed aanverwante artikelen kort te bespreken omdat bij deze (onvolkomen) delicten de intentie een grote speelt en discussie over vergaande subjectivering ook hier gevoerd is. Door strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen heeft, zoals zal blijken, een verschuiving van strafbaarheid plaatsgevonden die een onmiddellijk effect heeft (gehad) op het pogingsdelict en de jurisprudentie daarover. Voorbereidingshandelingen maar ook samenspanning staan nog verder van de daad af zodat subjectieve factoren een meer prominente rol innemen. Uit de Memorie van toelichting bij de wetwijziging van artikel 46 Sr blijkt dat er zorgen zijn geuit omtrent de rol van de intentie. Bij invoering van de Wet terroristische Misdrijven werd deze discussie wederom gevoerd. Ik vraag mij af in welke mate de intentie bij de strafbare poging een vergelijkbare rol speelt en neem hierbij de discussies gevoerd in dat kader als vertrekpunt.

3.2. Wetstechnisch

Tussen de intentie om een strafbaar feit te plegen en de daad zijn diverse fasen van handelingen waar te nemen die naar mate de tijd vorderde strafbaar zijn geworden. Wanneer een persoon een intentie heeft om een strafbaar feit te plegen zal hij gaan nadenken en een plan bedenken. Om het strafbare feit te plegen zal hij wellicht ook nog zaken moeten aanschaffen die hij nodig heeft voor het uitvoeren van de daad. In deze fasen kunnen er nog allerlei zaken 'misgaan', gewild of ongewild, waardoor belet wordt dat het delict voltooid wordt. Deze fasen zijn strafbaar gesteld in de zogenoemde onvolkomen delictsvormen.

Titel IV van het Wetboek van Strafrecht gaat over de algemene onvolkomen delictsvormen poging en voorbereiding. Deze vormen zijn onvolkomen omdat zijn niet zelfstandig strafbaar zijn maar louter in combinatie met het beoogde gronddelict.

Artikel 45 lid 1 Sr: "Poging tot misdrijf is strafbaar, wanneer het voornemen van de dader zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard".

Artikel 46 lid 1 Sr: "Voorbereiding van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaren of meer is gesteld is strafbaar, wanneer de dader opzettelijk voorwerpen, stoffen, informatiedragers, ruimten of vervoermiddelen bestemd tot het begaan van dat misdrijf verwerft, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert of voorhanden heeft".

Omdat er tussen de fasen telkens keuzemomenten zijn, achtte de wetgever het wenselijk dat er geen strafbaarheid zou moeten volgen wanneer de dader zelf tot inkeer is gekomen. Het Artikel 46b Sr omschrijft daarom de vrijwillige terugtred. "Er is geen sprake van voorbereiding of poging indien het misdrijf niet is voltooid omdat de dader zich heeft teruggetrokken".

In de artikelen wordt tevens bepaald op welke wijze de strafmaxima wordt verminderd bij een strafbare poging en voorbereiding: Bij voorbereiding tot een misdrijf wordt het maximum van de hoofdstraffen dat op het misdrijf is gesteld, met de helft verminderd. Bij een poging tot een misdrijf geldt een vermindering van een derde. Dit verschil is logisch omdat bij een poging de handeling, met het begin van uitvoering, al dichterbij de daad zit.

Een ander delict dat zelfstandig strafbaar is gesteld maar wel altijd moet worden gezien in samenhang met het gronddelict is samenspanning. Artikel 80 Sr: "Samenspanning bestaat zodra twee of meer personen overeengekomen zijn om het misdrijf te plegen".

3.3. Poging

De strafbare poging werd in 1881 opgenomen in ons Wetboek van Strafrecht. Vanaf dat moment is niet alleen de daad zelf strafbaar maar kan er tevens strafrechtelijke aansprakelijkheid volgen als (nog) niet geheel is voldaan aan de delictsomschrijving van de strafbare daad. Het voornemen van de dader is in dat geval zo ver verwezenlijkt dat deze gedraging strafwaardig wordt geacht.

Strafbaarheid in een vroeg stadium is gewenst omdat anders telkens het gevolg (de strafbare daad) afgewacht zou moeten worden terwijl het wenselijk is dit juist te voorkomen. Het strafbaar stellen van onvoltooide delicten heeft hiermee dus tevens een preventief karakter. Door het vroegtijdig gebruikmaken van dwangmiddelen kan het beoogde onwenselijke gevolg feitelijk worden voorkomen.

De poging is, afhankelijk van het gevolg, te onderscheiden in de voltooide poging, onvoltooide poging en ondeugdelijke poging. Wanneer de dader poogt een strafbaar feit te plegen maar dit mislukt waardoor het resultaat niet intreedt dan spreekt men van een voltooide poging. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de dader mis schiet. Hij heeft dan zijn handeling al verricht maar het beoogde gevolg is niet ingetreden. Van onvoltooide poging spreken we als de dader zijn handeling ten aanzien

van de daad niet (geheel) heeft verricht door interrupties van buitenaf. De dader wordt bijvoorbeeld ontdekt door de politie. Deze onvoltooide poging maakt niet dat er daarmee sprake is van mindere strafbaarheid ten opzichte van de voltooide poging. Dit is alleen het geval wanneer er sprake is van vrijwillige terugtred, waarover later meer.

Naast de voltooide en onvoltooide poging is er nog de ondeugdelijke poging. Dat is het geval als de poging nooit, óf in de gegeven omstandigheden niet zou kunnen leiden tot het resultaat, het beoogde misdrijf. Hierin wordt voorts nog onderscheid gemaakt in een absoluut en relatief ondeugdelijke poging. Het onderscheid hierin is, anders dan bij (on)voltooide poging, van groot belang voor de strafbaarheid. Van een absoluut ondeugdelijke poging is sprake als een handeling ongeschikt om het beoogde misdrijf tot stand te brengen. Hierbij kan het middel ongeschikt zijn (bijvoorbeeld iemand vermoorden met alarmpistool) of het object ongeschikt zijn (bijvoorbeeld het plegen van een moord op een lijk). Een absoluut ondeugdelijke poging is in beginsel niet strafbaar omdat het beoogde gevolg nooit in kan treden. Het moet dan wel gaan om 'een uitvoeringshandeling die zo kinderlijk, zo ondoeltreffend, zo ongerijmd is, dat zij nimmer tot het door de verdachte beoogde doel had kunnen leiden, zelfs onder voor hem zeer gunstige omstandigheden'¹². Dit is tevens te begrijpen in het licht van ons daadstrafrecht, waar de het gevolg centraal staat. Zouden we echter een intentiestrafrecht aanhangen dan was deze vorm van poging wèl strafbaar geweest. Bij een relatief ondeugdelijke poging kan de handeling het beoogde misdrijf gewoonlijk wel tot stand brengen maar onder de gegeven omstandigheden niet. Ook hier kan weer sprake zijn van een middel dat ondeugdelijk is (het pistool is stuk en weigert) en een relatief ondeugdelijk object (de geldautomaat is net geleegd). Een relatief ondeugdelijke poging is wel strafbaar. Het beoogde gevolg had immers evengoed kunnen intreden.

Zoals hierboven naar voren is gekomen is niet iedere poging strafbaar. Uit artikel 45 lid 1 Sr volgt de criteria voor de strafbare poging. Het moet gaan om 1. een misdrijf, 2. voornemen van een dader en 3. begin van uitvoering. Het eerste criterium volgt uit het Wetboek van Strafrecht en is gemakkelijk vast te stellen, hoewel een poging niet tot elk misdrijf mogelijk is. Het vaststellen van het tweede en derde criterium kan meer penibel zijn en is dan ook meer dan eens punt van discussie in de rechtspraak.

¹² HR 15 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC3948, NJ 1980, 245 met noot Th.W. van Veen

3.3.1. Misdrijf

Slechts een poging tot een misdrijf is strafbaar, een poging tot een overtreding niet. Iets pogen te doen betekent dat er sprake is van handelen, waarbij het handelen voortkomt uit een intentie/bedoeling. Opzet speelt in beginsel geen rol bij de strafbaarheid van overtredingen en derhalve is poging tot overtreding, zoals bijvoorbeeld poging tot gevaarzetting, of poging tot openbaar dronkenschap niet goed denkbaar.

De wetgever heeft voor sommige misdrijven expliciet bepaald dat een poging daartoe niet strafbaar is, zoals artikel 300 Sr, mishandeling. Deze uitzondering geldt overigens dan weer niet voor artikel 302 Sr, zware mishandeling. Voorts zijn er misdrijven waarbij een poging niet in de wet is uitgesloten maar waarbij een strafbare poging niet goed denkbaar is. Hierbij kan gedacht worden aan bepaalde formeel omschreven delicten waarbij een bepaalde gedraging strafbaar wordt gesteld ongeacht het gevolg van die gedraging. Bij formeel omschreven delicten is er doorgaans weinig ruimte voor poging omdat met een begin van uitvoering vaak al is voldaan aan de delictsomschrijving. Ook bij andere delictsvormen kan een poging daartoe niet goed denkbaar zijn, zoals het geval is met poging tot een culpoos gevolgdeldict, zoals dood door schuld of poging tot een geobjectiveerd gevolgdeldict, zoals mishandeling met zwaar lichamelijk letsel ten gevolg hebbend. Poging waarbij culpa betrekking heeft op bijkomende omstandigheden is wel weer denkbaar, zoals poging tot schuldheiling. Poging tot poging of poging tot voorbereiding is ook niet strafbaar hoewel de Hoge Raad onlangs op basis van de wetgeschiedenis tot de conclusie is gekomen dat poging tot grooming (in feite een voorbereidingsdelict) niet is uitgesloten.¹³

3.3.2. Voornemen

Conform artikel 45 lid 1 Sr is een poging strafbaar 'wanneer het voornemen van de dader zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard'. Een voornemen is een plan, een bedoeling, een intentie. Een voornemen impliceert opzet. Voorwaardelijke opzet wordt, afhankelijk van het gronddelict, voldoende geacht.¹⁴ Een voornemen, de intentie, kan blijken uit de zichtbare gedraging die daarop volgt (begin van uitvoering) maar kan ook uit achteraf vastgestelde feiten blijken. De intentie is een belangrijk aspect maar kan niet gezien worden zonder de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging, op het eerste oog passend bij ons daadstrafrecht. Veelal wordt juist uit de achteraf waargenomen gedraging afgeleid welke intentie een verdachte had maar in de rechtspraak speelt nogal eens de discussie of de intentie wel gericht was op dat bepaalde misdrijf dat ten laste werd

¹³ HR 12 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1736

¹⁴ HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049

gelegd. De intentie kan immers ook niet kwaad bedoeld zijn, dit hangt mede af van de overige omstandigheden van het geval. Een persoon die met Halloween met een masker op aan de deur gaat zal niet gelijk als overvaller worden gezien, hoewel dat wel meer voor de hand ligt indien de gebeurtenis zou plaatshebben op iedere andere dag. In dit geval is er een intentie maar deze is niet gericht op een misdrijf, of niet gericht op dat specifieke misdrijf. Wellicht wilde de persoon die met het masker aan de deur stond en aanbelde, helemaal geen overval plegen maar alleen maar angst aanjagen. Menig advocaat zal, om aan strafbaarheid te ontkomen, in een procedure de intentie van zijn cliënt in een ander licht proberen te plaatsen.

Voorts zijn er strafbare feiten waarbij de intentie besloten ligt in de delictsomschrijving. Een voorbeeld hiervan is 'diefstal', waarin 'oogmerk' een bestandsdeel vormt van de delictsomschrijving. De verdachte moet het oogmerk hebben gehad om iets wederrechtelijk toe te eigenen. Als iemand tankt en zonder te betalen weggrijdt dan is nog niet gelijk de delictsomschrijving vervuld. De intentie van de verdachte moet erop gericht zijn het goed toe te eigenen zonder rechtsgrond en kan niet zondermeer worden afgeleid uit het weggrijden, aldus de Hoge Raad.¹⁵ Hoewel de wetgever meerdere keren weersproken heeft dat er sprake zou zijn van verschuiving van een daadstrafrecht naar een intentiestrafrecht, lijkt de intentie binnen ons strafrecht gaandeweg toch aan betekenis te winnen.

3.3.3. *Begin van uitvoering*

Slechts een intentie is niet strafbaar, er moet sprake zijn van een begin van uitvoering. Wanneer sprake is van een begin van uitvoering is niet vooraf gedefinieerd en zou moeten worden bepaald in de rechtspraak. Er zijn hiervoor verschillende theorieën te vinden.¹⁶

Bij de objectieve pogingsleer moet het voornemen van de dader objectief blijken uit een begin van uitvoering. Grond voor de strafbaarstelling is het begin van de uitvoering. Bij de subjectieve pogingsleer blijkt uit bepaalde gedragingen een op een bepaald misdrijf gericht voornemen. Hierbij vormt de criminele intentie de grond voor de strafbaarstelling. De subjectieve pogingsleer zou mijns inziens het best passen bij de opvatting van Kant, zoals die in het vorige hoofdstuk aan de orde kwam.

¹⁵ HR 20 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:367

¹⁶ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2018, p 393

De thans heersende leer is de geobjectiveerde finale pogingsleer, waarbij de intentie van de dader van gewicht is maar sterk wordt geobjectiveerd aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. Deze leer werd laatstelijk in 1994 bevestigd bij de invoering van artikel 46 Sr.¹⁷

Voor de beoordeling van een begin van uitvoering wordt gekeken naar de uiterlijke verschijningsvorm. De uiterlijke verschijning van de gedraging moet zijn gericht op (voltooiing van) het boogde misdrijf en moet telkens tezamen worden gezien. Zo kan bij een gedraging voor één bepaald misdrijf een poging worden aangenomen terwijl dat voor een ander misdrijf slechts gezien kan worden als een voorbereidingshandeling. De uiterlijke waarneembaarheid is daarbij niet altijd van doorslaggevende factor. Zoals eerder aangegeven is niet elke handeling zichtbaar of soms niet goed zichtbaar op dat moment maar kan in samenhang met andere feiten die mogelijk later bekend zijn geworden, worden gezien of er sprake is van een begin van uitvoering.^{18 19} De Hullu meent 'dat voor de uiterlijke verschijningsvorm objectieve gegevens waarschijnlijk toch belangrijker zijn dan zichtbare gegevens, dat vloeit soms ook uit de aard van de delicten voort'.²⁰

De interpretatie van een begin van uitvoering speelde tot aan de wetwijziging van 1994 waarin voorbereiding tot een misdrijf strafbaar werd gesteld een cruciale rol omdat dat moment het verschil maakte tussen strafbaar en niet strafbaar gedrag en daarmee samenhangend tevens vanaf dat moment pas dwangmiddelen konden worden ingezet. Door strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen heeft een verschuiving van strafbaarheid plaatsgevonden die een onmiddellijk effect heeft (gehad) op het pogingsdelict. Met de invoering van artikel 46 Sr is de vraag over de interpretatie tussen strafbaar gedrag en niet strafbaar gedrag verlegd naar de fase waarin een delict wordt voorbereid en vormt artikel 46 Sr voortaan de grens van strafbaarheid.²¹

3.4. Vrijwillige terugtred

Artikel 46b Sr geeft zoals gezegd aan dat er geen sprake is van voorbereiding of een poging als de dader zich heeft teruggetrokken. Dit terugtreden moet wel uit vrije wil van de dader zijn en bijvoorbeeld niet de dader bijvoorbeeld betraapt werd. Anders gezegd: van vrijwillige terugtred is sprake als de voltooiing van het misdrijf het gevolg is van omstandigheden die alleen van de wil van de verdachte afhankelijk zijn. Dat het misdrijf niet heeft plaatsgevonden mag geen externe oorzaak

¹⁷ Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II 1990/91*, 22 268, nr. 3, p. 7

¹⁸ Knigge/Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, vijftiende druk, Deventer: Kluwer 2015, p 226-229

¹⁹ Noot van Rozemond, HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:575, NJ 2016, 318

²⁰ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 398

²¹ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2018 p. 392

hebben. Vrijwillige terugtred kan ook plaatsvinden als de poging al voltooid is maar in beginsel niet meer als het misdrijf al voltooid is. De Hoge Raad sprak zich hierover in 2006 reeds uit:

“Aan de verwerping door het Hof van het beroep op vrijwillige terugtred ligt het oordeel ten grondslag dat geen plaats is voor vrijwillige terugtred als bedoeld in art. 46b Sr, indien sprake is van een zogenoemde voltooide poging. Die opvatting is onjuist. Bij vrijwillige terugtred gaat het om het misdrijf waarop de gedragingen van de verdachte waren gericht. Het gaat niet erom of de verdachte vrijwillig is teruggetreden voordat sprake is van een strafbare poging, maar of hij is teruggetreden voordat sprake is van een voltooid misdrijf. In geval van een voltooide poging is derhalve vrijwillige terugtred in de zin van art. 46b Sr niet reeds in zijn algemeenheid uitgesloten. Of gedragingen van de verdachte toereikend zijn om de gevolgtrekking te wettigen dat het misdrijf niet is voltooid ten gevolge van omstandigheden die van zijn wil onafhankelijk zijn, hangt – mede gelet op de aard van het misdrijf – af van de concrete omstandigheden van het geval. Daarbij verdient opmerking dat voor het aannemen van vrijwillige terugtred in geval van een voltooide poging veelal een zodanig optreden van de verdachte is vereist dat dit naar aard en tijdstip geschikt is het intreden van het gevolg te beletten (vgl. HR 19 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ2169, NJ 2007/29).²²

Vrijwillig terugtreden bij artikel 46 Sr (voorbereidingshandelingen) moet bestaan uit het weer ongedaan maken van het voorbereidende werk. Uit enkel tijdsverloop kan geen vrijwillig terugtreden worden aangenomen.²³ Het moet hierbij onmogelijk zijn dat alsnog door de voorbereidingshandelingen het beoogde misdrijf wordt begaan. Bij de poging tot het plegen van een misdrijf moet er meer worden gedaan om van vrijwillige terugtreden te spreken omdat een poging dichter bij de daad zit. Hiervan kan gezegd worden dat er een (tegengestelde) handeling moet worden verricht dat moet voorkomen dat het misdrijf zelf wordt voltooid.²⁴ Wanneer een persoon bij iemand gif in het eten heeft gedaan kan die persoon bijvoorbeeld het bord met eten weghalen waardoor het beoogde misdrijf niet meer plaats kan vinden. Het leven redden van iemand die de dader aanvankelijk wilde laten verdrinken kan ook als vrijwillige terugtred worden gezien maar dat hoeft niet altijd het geval te zijn.²⁵ Vrijwillige terugtred moet overigens altijd worden gezien in alle omstandigheden van het geval en is erg casuïstisch.

²² HR 14 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:421

²³ T.J. Noyon, G.E. Langemeijeren J. Remmelink, *Het wetboek van Strafrecht*, art. 46b, aant. 4

²⁴ HR 4 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:232

²⁵ HR 19 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ2169

Opgemerkt moet nog worden dat vrijwillige terugtred alleen geldt voor artikel 45 poging en 46 voorbereiding en niet voor bijzondere voorbereidingsdelicten zoals grooming en voorbereidingshandelingen uit de Opiumwet.

3.5. Relevante jurisprudentie ten aanzien van de strafbare poging

De wetgever heeft voor een groot deel de interpretatie van artikel 45 Sr overgelaten aan de rechtspraak. Voor een beter begrip van het leerstuk poging en het antwoord op mijn onderzoeksvraag is het bespreken van de meest relevante jurisprudentie essentieel.

De jurisprudentie met betrekking tot het leerstuk poging kenmerkt zich door 2 fasen. De eerste fase is van vóór de invoering van artikel 46 dat het voorbereiden van een misdrijf strafbaar stelt en de tweede fase van erna. Vóór de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen ging de jurisprudentie vooral om de vraag of er al dan niet sprake was van een strafbaar feit. Met de invoering van artikel 46 Sr is, zoals gezegd, deze vraag verschoven naar de voorfase waarin een misdrijf wordt voorbereid.

De meest relevante arresten die in het kader van de poging een rol hebben gespeeld bij de vraag wat als 'een begin van uitvoering' heeft te gelden zijn ongetwijfeld het 'Eindhovense brandstichting arrest', het arrest 'poging tot gasmoord', het 'cito-arrest' en het arrest Grenswisselkantoor. Met deze arresten ging de Hoge Raad van een strikt objectieve leer naar de thans heersende geobjectieeerde finale pogingsleer.

In het Eindhovense brandstichting arrest uit 1934 heeft de Hoge Raad voor het beoordelen van 'een begin van uitvoering' eerst blijk gegeven van een strikt (causale) objectieve leer.²⁶ In deze zaak waren de daders voornemens een huis in brand te steken. Zij legden daartoe in benzine gedrenkte kledingstukken in het gehele huis. Het aansteken bleef vervolgens uit. De daders werden in dit geval niet veroordeeld omdat de Hoge Raad oordeelde dat er pas sprake van een begin van uitvoering is als het gevolg (de delictsomschrijving) automatisch, zonder nadere handeling, intreedt.

Dit standpunt werd door de Hoge Raad later in 1951 genuanceerd in het arrest 'Poging tot gasmoord' (ook wel Hamer-arrest genoemd).²⁷ In dit geval was het plan om een persoon bewusteloos te slaan en vervolgens te vergassen. Het plan bleef echter steken in de eerste fase, bij het binnengaan van de slaapkamer van het slachtoffer en het slaan met een hamer op het hoofd van het slachtoffer. Het slachtoffer kwam in gevecht met de dader waarop de dader uiteindelijk vluchtte. De Hoge Raad nam

²⁶ HR 19 maart 1934, *NJ* 1934/450, ECLI:NL:HR:1934:198

²⁷ HR 29 mei 1951, ECLI:NL:HR:1951:3

hier toch een begin van uitvoering van poging tot moord aan, ondanks dat er nog stappen genomen hadden moeten worden om het slachtoffer daadwerkelijk te vergassen. Door het neerslaan was het slachtoffer willoos en weerloos geworden en voor het vergassen was nog enkel het opendraaien van de gaskraan benodigd geweest om de daad het beoogde gevolg te geven.

De Hoge Raad oordeelde vervolgens in 1978 in het cito arrest dat 'wanneer iemand het voornemen heeft opgevat om in een kantoor het misdrijf voorzien bij artikel 312, eerste lid Sr te plegen en teneinde tot uitvoering daarvan te geraken aan dat kantoor aanbelt met gedeeltelijk afgedekt gelaat, een schietklaar vuurwapen en lege weekendtas, deze gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm moet worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van dat misdrijf'.²⁸ Uit dit arrest volgt de thans heersende leer, de geobjectiveerde finale pogingsleer.

In het arrest Grenswisselkantoor had de Hoge Raad ook te oordelen over een begin van uitvoering. Twee mannen hadden het plan opgevat om een filiaal van een grenswisselkantoor te overvallen. Zij reden met een gestolen auto met valse kentekenplaten en in het bezit van wapens, handboeien en tape naar het grenswisselkantoor. De mannen zaten met dubbele kleding en pruiken in hun auto te wachten totdat de werknemer van het kantoor het filiaal opent. De werknemer vertrouwde de situatie echter niet en belde de politie waarop de mannen werden aangehouden en hen poging tot afpersing ten laste werd gelegd. De Hoge Raad oordeelde in dit geval voor het aannemen van een begin van uitvoering moet worden gekeken naar de uiterlijke verschijningsvorm en dat voor het bepalen van deze uiterlijke verschijningsvorm gekeken moet worden naar welke indruk de handeling maakte bij een (objectieve) derde.²⁹ In dit geval sprak de Hoge Raad de verdachten vrij omdat met het enkele feit dat deze personen met het voornemen om een misdrijf te plegen in een auto zaten voor het grenswisselkantoor, zonder daarbij de auto te verlaten, niet gesproken kan worden van een gedraging welke is gericht op voltooiing van dat voorgenomen misdrijf en er daarmee geen sprake is van een begin van uitvoering van het ten laste gelegde misdrijf. Dit arrest liet overigens een leemte in de wet zien en zorgde uiteindelijk voor strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen in 1994.

Een ander mooi voorbeeld met betrekking tot een begin van uitvoering biedt een arrest uit 2009 waarin een poging tot het telen van hennep ten laste was gelegd.³⁰ In dit geval werden in een woning verdachten aangehouden omdat zij een ruimte in de woning hadden ingericht voor de teelt van hennep, zonder dat er hennep aanwezig was. De Hoge Raad kon zich vinden in het standpunt van het Hof dat er geen sprake was van een strafbare poging omdat het enkel aanwezig hebben van een

²⁸ HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373

²⁹ HR 8 september 1987, ECLI:NL:1987:AC0501

³⁰ HR 17 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ3566

dergelijke ruimte niet reeds op zichzelf een gedraging vormt die naar haar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op voltooiing van het tenlastegelegde delict 'het opzettelijk telen en/of bereiden en/of bewerken, in elk geval opzettelijk aanwezig te hebben een hoeveelheid van meer dan 30 gram van een materiaal bevattende aan hennep'. Voor het aannemen van een poging zou er, naast de voor hennepcultuur ingerichte ruimte, enige andere activiteit moeten zijn, gericht op voltooiing van dat misdrijf.

In de conclusie van de advocaat-generaal werd goed verwoord waaraan een strafbare poging in dit geval moet voldoen.³¹ A-G Knigge meent dat de volgende vraag moet worden beantwoord: Is in het algemeen een voorwaarde voor het aannemen van een poging tot het telen, bereiden, bewerken, verwerken en opzettelijk aanwezig hebben van hennep, dat de verdachte de onmiddellijke beschikking had over kweekmateriaal, zodat van zodanige poging geen sprake is indien de verdachte al wel, met het doel om hennep te telen, een complete kwekerij had ingericht, maar nog niet over het benodigde kweekmateriaal beschikte? Het hof oordeelde dat voor strafbaarstelling van een poging een begin van uitvoering is vereist en dat zonder kweekmateriaal niet gesproken kan worden van een begin van uitvoering van het telen, bereiden, bewerken, verwerken of aanwezig hebben van hennep. De Hoge Raad achtte dit oordeel niet onjuist.

A-G Knigge heeft nog een interessante zienswijze op het geheel en vooral ten aanzien van het leerstuk poging met betrekking tot formeel omschreven delicten. Zoals eerder genoemd is van een strafbare poging sprake "als de bewezenverklaarde handelingen naar hun uiterlijke verschijningsvormen moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van dat misdrijf. Het tenlastegelegde artikel 3, onder b en c Opiumwet betreft een formeel delict. Een formeel delict wordt voltooid door het verrichten van de in het delict omschreven handeling. Zodra er een begin is gemaakt met die handeling is het delict voltooid. Van een poging is dan geen sprake meer". Toch is een poging tot dit delict niet uitgesloten.³² Bij de strafbaarheid van poging tot een formeel delict gaat het om een gedraging voorafgaand aan de omschreven strafbare handeling uit het delict. Bij hennepkwekerijen betekent dit niet dat er ook hennep aangetroffen moet zijn. Dan is immers al sprake van een voltooid delict. De poging zou bijvoorbeeld kunnen blijken uit het kopen van hennepzaden. Volgens de A-G moet in het licht van het legaliteitsbeginsel het uitbreiden van strafrechtelijk aansprakelijkheid die het gevolg is van aanvaarding van de mogelijkheid van een poging tot een formeel delict echter wel aan strikte grenzen worden gebonden.

³¹ Concl. A.G. G. Knigge, ECLI:NL:PHR:2009:BJ3565, bij HR 17 november 2009, NJ 2010, 337 m.nt M.J. Borgers

³² HR 17 april 2007, NJ 2007, 436 ECLI:NL:HR:2007:AZ6131

3.6. Aanverwante artikelen

Naast het pogen een strafbaar feit te plegen is het tevens strafbaar om gezamenlijk plannen te maken tot het plegen van bepaalde misdrijven en voorbereidingshandelingen te treffen tot het plegen van bepaalde strafbaar feit. Beiden zijn verder verwijderd van de strafbare daad dan de poging. De intentie speelt dan ook een belangrijke rol bij deze delicten. Dit lijkt logisch omdat de uiteindelijk strafbare daad, het gronddelict, vaak minder (goed) zichtbaar is.

3.6.1. Samenspanning

Het delict dat het verst verwijderd ligt van de strafbare daad zelf, is samenspanning, artikel 80 Sr. In het Wetboek van Strafrecht zijn diverse gronddelicten waarbij samenspanning daartoe strafbaar is. Strafbare samenspanning hebben alle te maken met de staatsveiligheid, zoals het beramen van een aanslag op de kroon of het plegen van een terroristisch aanslag. Dit artikel is interessant omdat dit het oudste artikel is waarbij er sprake lijkt te zijn van een strafbare intentie maar waarbij, tot de invoering van artikel 46 Sr en Wet terroristische misdrijven, nooit discussie lijkt te zijn ontstaan over het strafbaar stellen van intenties en daarmee verschuiving van daadstrafrecht naar intentiestrafrecht.

Er is sprake van samenspanning als er een overeenstemming is tussen 2 of meerdere personen om een bepaald misdrijf te begaan. Een handeling gericht naar de strafbare daad is niet nodig. De meerwaarde van dit artikel is duidelijk preventief, gelegen in het vroegtijdig in kunnen grijpen wanneer een ernstig misdrijf dreigt te worden gepleegd. Vrijwillige terugtred geldt overigens, gezien de plek binnen het Wetboek van Strafrecht, niet voor samenspanning. Wanneer de afspraak is gemaakt is er in beginsel sprake van strafbare samenspanning. Een voorfase waarbij iemand zich nog terug zou kunnen trekken lijkt ook niet goed denkbaar. De criminele intentie heeft geresulteerd in een afspraak zonder dat er voorts nog sprake dient te zijn van enige verdere handelingen.

Als ik dit tegen het licht houd van het daadstrafrecht dan moet ik concluderen dat het artikel toch wel op het snijpunt van het daadstrafrecht en intentiestrafrecht ligt omdat het zwaartepunt wat mij betreft ligt in de criminele intentie. Ik denk dat de wetgever er om die reden ook voor heeft gekozen de samenspanning niet onder titel IV bij de andere onvoltooide delicten te plaatsen en samenspanning slechts mogelijk te maken in combinatie met de meest ernstige misdrijven. De invoering van de Wet terroristische misdrijven deed het tot dan toe weinig gebruikte artikel weer stof op doen waaien. Kennelijk maakten leden van de PvdA-fractie zich ook zorgen om het klassieke

uitgangspunt van ons strafrecht waarbij alleen gedrag strafbaar is gesteld.³³ Op de door de fractie geuite zorgen werd overigens gereageerd door te stellen dat het hier niet gaat om strafbare ideeën maar het aangaan van een overeenkomst tot het plegen van gevaarlijke gedragingen. Kennelijk wordt de overeenkomst gezien als de fysieke handeling. Tevens werd nog benadrukt dat het artikel samenspanning een bestaand artikel is, dat niet met dit wetsvoorstel eerst werd geïntroduceerd. “De reikwijdte van de bestaande strafbare samenspanning wordt in beperkte mate uitgebreid, tot de misdrijven waarbij zulks alleszins in de rede ligt”³⁴. Jurisprudentie met betrekking tot artikel 80 Sr is overigens schaars, maar kwam voor toen een aantal personen het idee hadden om koningin Juliana te gijzelen.³⁵

3.6.2. Voorbereiding

Is bij samenspanning geen handeling vereist gericht op de daad, bij het voorbereiden van een strafbaar feit is dit wel het geval en komt de gedraging al wat dichterbij de strafbare daad aan. De dader heeft nu handelingen verricht die dienen ter voorbereiding van het voorgenomen misdrijf. Het is goed om in dit kader de onvolkomen delictsvorm ‘voorbereiding’ te bespreken vanwege de sterke band tussen voorbereiding en poging. In 1994 is het algemene leerstuk van de strafbare voorbereiding geïntroduceerd. De wetswijziging waarbij voorbereidingshandelingen voortaan strafbaar werden heeft een duidelijk effect op het leerstuk van de strafbare poging en het inzetten van dwangmiddelen. Waar de (strafbare) drempel eerst nog bij de poging lag, heeft er een verschuiving plaatsgevonden naar een eerder stadium, het voorbereiden van een misdrijf, en kunnen vanaf dat moment tevens dwangmiddelen worden ingezet. Dit heeft een groot voordeel omdat voorheen vóór ingegrepen kon worden eerst een begin van uitvoering moest worden afgewacht. Rechtszaken liepen dan ook wel eens stuk op het aspect ‘begin van uitvoering’, dat soms gewoon niet (lang genoeg) kon worden afgewacht. Voorkomen moet worden dat een misdrijf plaatsvindt maar om het kans van slagen te geven moest er juist wel afgewacht worden tot er wat gebeurde. De uitbreiding van het Wetboek van Strafrecht met het strafbaar stellen van voorbereidingshandelingen was dan ook zeer gewenst.

Bij dit wetsvoorstel werd tevens gediscussieerd over de passendheid van het artikel in ons daadstrafrecht. De wetgever is echter van mening dat de fundamentele gedachte van ons strafrecht

³³ Wijziging en aanvulling van het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten in verband met terroristische misdrijven (Wet terroristische misdrijven), Voorlopig verslag, 28 463, nr B

³⁴ Memorie van antwoord 28 463, nr 3

³⁵ Rb. Arnhem, 8 juli 1975, ECLI:NL:RBARN:1975:AB4162

niet wordt aangetast met dit artikel vooral omdat het gaat om ‘een zeer beperkte strafbaarheid’, enkel bij zware misdrijven.³⁶ Hoewel er bij voorbereidingshandelingen wel sprake moet zijn van een handeling is er nog wel sprake van enige afstand tot de daad.

Artikel 46 lid 1 Sr geeft de criteria voor strafbaarheid bij voorbereidingshandelingen. Het moet gaan om 1. voorbereiding 2. van een misdrijf waarop 8 jaar gevangenisstraf of meer staat, 3. bepaalde voorbereidingsmiddelen voorhanden hebben 4. opzet op de criminele bestemming van de voorbereidingsmiddelen. De criminele bestemming kan net als bij de strafbare poging worden afgeleid uit de uiterlijke verschijningsvorm maar ook uit de intentie, hoewel slechts een intentie weer te weinig is voor een veroordeling.³⁷ Net als bij poging is bij voorbereiding ook opzet vereist. Het staat zelfs in de delictomschrijving en moet dan ook bewezen worden voor een veroordeling kan volgen voor dit feit.

Tevens is de voorbereiding, net als de poging, een onvolkomen delictsvorm en moet het altijd worden gezien in samenhang met het gronddelict. Meestal blijkt uit de combinatie van de aangetroffen voorwerpen wat het beoogde misdrijf was maar dit kan ook nog wel eens moeilijkheden opleveren in het strafrechtelijk proces, zie hiervoor het arrest van Samir A.³⁸ Het Hof had in dat geval geen twijfels aan de terroristische intentie van de dader maar overwoog dat “de gevonden voorwerpen niet kennelijk bestemd waren tot voorbereiding van de aanslag zoals tenlastegelegd omdat die voorwerpen die bestemming in objectieve zin redelijkerwijs niet kunnen hebben. Zou men ondanks het ontbreken van die objectieve bestemming en de daarmee samenhangende gevaarstelling een verdachte tóch veroordelen, dan zou men hem ten gronde straffen voor zijn gedachten en intenties, hetgeen de wetgever juist uitdrukkelijk heeft willen uitsluiten”.

3.7. Tussenconclusie

Met invoering van artikel 46, waarbij strafrechtelijk ingrijpen in een vroegere fase mogelijk werd gemaakt en de zichtbare gedraging steeds verder van het delict verwijderd is, lijkt de intentie van de verdachte een steeds grotere rol te spelen. Hiermee is volgens de wetgever geen sprake van verschuiving van het daadstrafrecht naar het intentiestrafrecht. Hoewel deze discussie oplaaide bij invoering van artikel 46 en de Wet terroristische misdrijven blijkt de ‘strafbare intentie’ al te bestaan in ons Wetboek van Strafrecht, namelijk bij het toen al heel lang bestaande artikel 80 Sr,

³⁶ Memorie van toelichting 35 080, nr 3, p 3-5

³⁷ *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 164, nr.7, p. 56

³⁸ HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0213

samenspanning. Er lijkt dan ook helemaal geen sprake te zijn van een nieuwe tendens. Artikel 80 werd echter bijna niet gebruikt waardoor de strafbare intentie mogelijk eerder onderbelicht is gebleven.

Als ik het leerstuk van de poging nader beschouw dan speelt de (zichtbare) gedraging bij de strafbare poging een grotere rol dan bij voorbereidingshandelingen. Er is een causaal verband tussen het voornemen van een dader en een begin van uitvoering. Zonder een begin van uitvoering is het voornemen (de intentie) van de dader niet strafbaar. Voor het beoordelen van een begin van uitvoering ging de Hoge Raad van een strikt objectieve leer in het Eindhovense brandstichtingsarrest in 1934 naar een geobjectiveerde finale pogingsleer in het Cito arrest in 1978. In het arrest Poging tot gasmoord was deze lichte kanteling al enigszins waarneembaar. Er is hiermee zeker geen sprake van een subjectieve leer, waarbij voor het begin van de uitvoering voornamelijk wordt gekeken naar het voornemen, de criminele intentie, maar de intentie lijkt toch gaandeweg een belangrijker aandeel te krijgen in het beoordelen van het begin van de uitvoering en de uiterlijke verschijning van de gedraging. De uiterlijke verschijning van de gedraging moet zijn gericht op (voltooiing van) het boogde misdrijf en moet telkens tezamen worden gezien. De Hoge Raad oordeelde in het Grenswisselkantoor arrest dat voor het bepalen van de uiterlijke verschijningsvorm gekeken moet worden naar welke indruk de handeling maakte bij een (objectieve) derde. Wat had deze derde moeten begrijpen van hetgeen zich zichtbaar afspeelde? In het volgende hoofdstuk zal ik recente jurisprudentie bespreken waarbij de uiterlijke verschijningsvorm nog meer wordt ingekleurd.

Er lijkt gaandeweg meer aandacht te zijn voor de intentie bij het leerstuk poging. Zolang de gedraging echter voorop staat en de intentie wordt gezien in het licht van die gedraging is er mijns inziens geen sprake van een zuiver strafbare intentie.

Hoofdstuk 4. Leerstuk poging en het daadstrafrecht in de praktijk

4.1. Inleiding

In voorgaande hoofdstukken kwamen het uitgangspunt van ons strafrecht en het leerstuk poging aan de orde. Hierbij kwam tevens de jurisprudentie aan bod die van betekenis is geweest voor het leerstuk poging. De rechtspraak is continue in beweging. Gaandeweg is er nieuwe jurisprudentie gewezen met betrekking tot het leerstuk poging waarbij het leerstuk telkens nader is ingekleurd. In dit hoofdstuk wil ik enkele uitspraken van onze hoogste rechter bespreken waarbij de intentie een andere rol lijkt te hebben gekregen. Opmerkelijk is dat deze jurisprudentie met name betrekking heeft op de ondeugdelijke poging. Met het aannemen van strafbaarheid bij een absoluut ondeugdelijke poging lijkt de weg open te staan voor verdergaande subjectivering. In dit hoofdstuk zal ik aan de hand van verschillende uitspraken deze tendens laten zien.

4.2. Hoge Raad uitspraak van 6 december 2016, poging tot kinderdoodslag

In het eerste arrest, dat een mooi inkijkje biedt in het leerstuk poging in combinatie met ondeugdelijkheid, had de Hoge Raad in 2016 te oordelen in een spraakmakende zaak over 2 dode baby's die in de woning van de moeder werd aangetroffen. De moeder was bij beide keren bevallen op het toilet. Zij heeft de zwangerschappen verborgen gehouden voor haar omgeving. Zij heeft verklaard dat de baby's geen geluid maakten en niet bewogen. In deze zaak werd aan de vrouw (in hoger beroep) primair poging tot (kinder)doodslag ten laste gelegd voor het doden van haar 2 baby's in 2002 en 2004.³⁹ In de zaak is aanvankelijk niet vast komen te staan dat de baby's bij geboorte nog leefden en daarmee dat de moeder opzettelijk een einde heeft gemaakt aan het leven van beide baby's door (kort gezegd) de zorg te onthouden. Het Hof sprak de verdachte om die reden vrij. Het hof oordeelt dat er sprake is van een absoluut ondeugdelijke poging, hetgeen niet tot strafbaarheid leidt. Een opmerkelijk oordeel omdat niet vaststond dat de baby's dood ter wereld waren gekomen. Volgens de advocaat-generaal staat de omstandigheid dat niet vaststaat dat de baby's leefden tijdens of kort na de geboorte niet in de weg aan een veroordeling voor poging tot doodslag. De Hoge Raad is het hiermee eens. Voor de bewezenverklaring is van belang "of is gehandeld ter uitvoering van het door verdachte voorgenomen misdrijf op de grond dat de in de tenlastelegging omschreven en mitsdien te bewijzen gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van dat misdrijf". Hiervan kan volgens de Hoge Raad geen sprake zijn indien aannemelijk is geworden dat de baby's dood ter wereld zijn gekomen omdat de uiterlijke

³⁹ HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2761

verschijningsvorm zich hiertegen verzet. De Hoge Raad vernietigt de uitspraak en verwijst de zaak naar het Hof. Het Hof spreekt begin 2020 de verdachte echter alsnog vrij omdat inmiddels voldoende aannemelijk is geworden dat de baby's dood ter wereld zijn gekomen.⁴⁰

In zijn annotatie gaat Ten Voorde in op de overwegingen van de Hoge Raad dat de absolute ondeugdelijkheid van de poging moet worden geplaatst in het criterium van het begin van uitvoering.⁴¹ Hij verwijst hierbij ook naar De Hullu die stelt dat “een marginale positie voor de ondeugdelijke poging ook past bij het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm’ en dat ‘ondeugdelijkheid meestal de uiterlijke verschijningsvorm niet aan aantast’”.⁴² Deze opvatting vindt bovendien steun in de Memorie van Toelichting op artikel 45 Sr. Daarin wordt opgemerkt dat ‘indien voor de strafbaarheid van een feit de aanwezigheid van een bepaald object is vereist, zoals een levend mens voor een mishandeling, en daarom het misdrijf niet tot uitvoering kan komen wanneer een dergelijk object ontbreekt, dat in dat geval ook niet kan worden begonnen met de uitvoering van dat feit’.⁴³

De Hoge Raad oordeelde dat “voor het aannemen van een strafbare poging niet moet worden bezien of er daadwerkelijk sprake is van een begin van uitvoering van het misdrijf, maar in hoeverre de ‘gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf”. Door de toevoeging van de Hoge Raad dat er geen sprake is van een strafbare poging wanneer aannemelijk is dat de baby's dood ter wereld zijn gekomen, doordat de uiterlijke verschijningsvorm zich hiertegen verzet, wordt in ieder geval duidelijk dat de absoluut ondeugdelijke poging nog steeds uitgesloten is van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Echter wordt volgens Ten Voorde “het leerstuk van de absoluut ondeugdelijke poging met deze uitspraak toch enigszins gerelativeerd doordat niet elke kansloze gedraging nog vrij is van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Gedragingen kunnen immers naar hun uiterlijke verschijningsvorm zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf terwijl voltooiing van dat misdrijf niet mogelijk is. Gedragingen leveren naar hun uiterlijke verschijningsvorm een begin van uitvoering op indien de gedragingen bij een gemiddelde derde de indruk wekken dat een ander van het leven wordt beroofd, waarbij deze derde kon aannemen dat de ander ten tijde van de gedraging nog leefde. Wanneer een gemiddelde derde

⁴⁰ Hof 's-Hertogenbosch 29 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:245

⁴¹ J.M. ten Voorde, *Absoluut ondeugdelijke poging gerelativeerd*, AA 20170126

⁴² J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 403.

⁴³ H.J. Smidt/J.E. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Derde deel*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 422-423.

kon aannemen dat de ander ten tijde van de gedragingen al dood was levert dit naar hun uiterlijke verschijningsvorm geen begin van uitvoering op en is er geen sprake van een strafbare poging”.⁴⁴

Altena en Geelhoed zijn van mening dat “indien de gedraging reeds bij aanvang onmogelijk tot een voltooid misdrijf kan leiden geen poging moet worden aangenomen, zelfs al zou kunnen worden vastgesteld dat er sprake is van een voornemen dat zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard. Op grond van het huidige artikel 45 Sr zou dit al mogelijk zijn door te stellen dat in een dergelijk geval niet voldaan is aan het misdrijfvereiste”.⁴⁵

Het is dus in eerste instantie van belang of het handelen van verdachte duidelijk maakt dat zij steeds haar kind opzettelijk (uit vrees voor ontdekking) van het leven wilde beroven. Is dat het geval dan volgt alleen geen veroordeling als aannemelijk is geworden dat het kind dood was geboren.

Deze uitspraak laat goed zien dat er in ieder geval geen sprake is van toepassing van een subjectieve leer en van een strafbare intentie. Was louter de gedachte strafbaar dan zou het geheel niet uitmaken dat de baby's al dood waren toen zij ter wereld kwamen, moeder had immers de intentie om de baby's te doden. Elke ondeugdelijke poging zou dan strafbaar zijn. Wel interessant is de gedachte dat wanneer hier onduidelijkheid over is, er toch een poging kan worden aangenomen, kennelijk omdat de gedragingen zijn verricht 'ter uitvoering van het door verdachte voorgenomen misdrijf'. In dit geval wordt wel geaccepteerd dat de gedraging nooit tot een veroordeling zou leiden bij een tenlastelegging van het gronddelict, terwijl dit bij poging wel het geval kan zijn. Dat is toch bijzonder te noemen en ik vraag mij af of dat helemaal de bedoeling is geweest van de wetgever.

4.3. Hoge Raad uitspraak van 4 april 2017 poging tot seksuele verleiding

In een arrest van 4 april 2017 boog de Hoge Raad zich in een andere zaak over ondeugdelijkheid toen een dader ontuchtige handelingen wilde plegen met een meisje van 10 jaar door haar via een chatgesprek hiertoe te bewegen.⁴⁶ De vader van het 10-jarige meisje was echter achter de computer gaan zitten en had zich voorgedaan als zijn dochter. De Hoge Raad is van mening dat “hoewel het beoogde misdrijf niet had kunnen plaatsvinden, de uiterlijke verschijningsvorm was gericht op voltooiing van dat misdrijf en dus moet worden aangemerkt als begin van uitvoering van dat voorgenomen misdrijf en daarmee een veroordeling voor poging kon volgen”.

⁴⁴ J.M. ten Voorde, *Absoluut ondeugdelijke poging gerelativeerd*, AA 20170126

⁴⁵ J.G.H. Altena en W. Geelhoed, *poging deugdelijkheid en deelneming*, DD 2017/45

⁴⁶ HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:579

In 2014 boog de Hoge Raad zich over een zelfde soort zaak maar dan gaat het niet om de strafbare poging maar om een ander onvoltooid delict. De Hoge Raad hanteert hier echter wel dezelfde gedachtegang. In dit arrest ging het om strafbare voorbereidingshandelingen tot het plegen van een zedendelict met een 10-jarig meisje.⁴⁷ Het meisje bleek fictief, de situatie was bewust uitgelokt om de zedendelinquent te ontmaskeren. De advocaat van de verdachte voerde aan dat nu het meisje fictief was er daarmee sprake was van een absoluut ondeugdelijk object en er dus geen veroordeling kon volgen. Het Hof gaat hier niet in mee. Uit alle informatie en daarop volgende handelingen is gebleken dat verdachte uitvoering wilde geven aan zijn wens om seksuele handelingen te verrichten bij kinderen onder de 12 jaar. “De bereidheid hiertoe vormt een gevaar voor de samenleving” aldus het Hof. De Hoge Raad kan zich hierin vinden. De intentie tot het plegen van het zedendelict en de daaropvolgende handelingen (o.a. afreizen naar het land waar het meisje zich bevond met het gevraagde geld) zijn voldoende aannemelijk, zodat het niet uitmaakt of het delict ook werkelijk uitgevoerd kon worden.

Ook in dit geval wordt de ondeugdelijkheid van de poging gezien in het licht van een begin van uitvoering en in hoeverre gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf, terwijl het misdrijf zelf nooit plaats zal kunnen vinden. Het lijkt erop dat strafbaarheid volgt omdat de dader de intentie had om ontucht te plegen met een minderjarige en het daarbij niet relevant is dat het misdrijf zelf nooit had plaats kunnen vinden. Als ik dit vergelijk met de dode baby's dan ligt de nuance in de zichtbaarheid van de dood van een baby (het was duidelijk zichtbaar voor de moeder dat de baby niet meer vermoord kon worden) en de onzichtbaarheid van het 10 jarige meisje (de dader kon niet zien dat het niet ging om een minderjarige meisje maar om de vader van het meisje, zodat zijn voornemen was gericht op het plegen van het misdrijf).

4.4. Hoge Raad uitspraak 6 december 2016, poging tot doodslag

Op 6 december 2016 deed de Hoge Raad nog een uitspraak waarbij de deugdelijkheid van de poging centraal stond, maar nu wordt gezien in het licht van het vereiste van (voorwaardelijke) opzet.⁴⁸ In dit geval ging het om een zaak waarbij aan verdachte poging tot doodslag ten laste werd gelegd omdat hij met een mes in de buikstreek van het slachtoffer zou hebben gestoken maar waarbij het slachtoffer een steekwerend vest aan had. De vraag die hier werd gesteld was of er in dit geval wel de aanmerkelijke kans (voorwaardelijke opzet) op de dood van het slachtoffer kon worden

⁴⁷ HR 27 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1233

⁴⁸ HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:680

aangenomen. De Hoge Raad komt tot de conclusie dat het feit dat de toegebrachte verwonding nadien niet levensbedreigend bleek te zijn, door het dragen van een steekwerend vest, niet tot het oordeel leidt dat er geen aanmerkelijke kans op de dood was, nu verdachte met zodanige kracht heeft gestoken dat het vest door de messteek werd doorboord. De Hoge Raad zegt voorts nog: 'Overigens is – gelet op het (toekomstgerichte) karakter van een poging – zo'n bijzondere omstandigheid als het dragen van een steekwerend vest niet onverenigbaar met de voor een poging toereikende vaststelling dat het met kracht steken van een mes in de buikstreek normaal gesproken een aanmerkelijke kans op de dood doet ontstaan.'

In dit geval had het misdrijf zelf, doodslag, nooit voltooid kunnen worden omdat een messteek door het steekwerende vest waarschijnlijk niet zou kunnen leiden tot de dood van het slachtoffer. Kennelijk acht de Hoge Raad het daadwerkelijk kunnen voltooien van het gronddelict ook hier niet noodzakelijk voor het aannemen van een strafbare poging tot doodslag.

Dit arrest laat tevens mooi zien dat toevalligheden, die in paragraaf 2.4 aan de orde kwamen, zijn verdisconteerd in ons Wetboek van Strafrecht. Het feit dat het gronddelict nooit voltooid had kunnen worden berust in dit geval op de toevalligheid dat het slachtoffer een steekwerend vest aanhad. Deze toevalligheid waardoor het gevolg niet kon intreden is echter niet de verdienste van de verdachte maar levert hem wel minder straf op. Typerend weer voor ons daadstrafrecht waarin het gevolg centraal staat en het maximum van de straf wordt verlaagd wanneer er geen leed is toegebracht.

4.5. Tussenconclusie

Gewoonlijk volgt er straffeloosheid wanneer er een misdrijf wordt gepleegd en er is sprake van een absoluut ondeugdelijk object of middel. Uit de aangehaalde jurisprudentie blijkt dat ondeugdelijkheid in beginsel geen problemen oplevert bij het aannemen van een poging tot een misdrijf (of voorbereiding daarvan). Vergelijk hiervoor de casus van 'Sweety' en de veroordeling in 2017 voor poging tot het plegen van ontucht met een minderjarige uit hoofdstuk 4.3. Een veroordeling van het gronddelict was waarschijnlijk niet succesvol geweest omdat niet bewezen zou kunnen worden dat het slachtoffer een meisje was dat nog niet de leeftijd van 18 jaren had bereikt.

Uit de besproken arresten blijkt dat de Hoge Raad op verschillende manieren omgaat met ondeugdelijkheid binnen het leerstuk poging. Door afweging van de ondeugdelijkheid bij de subjectieve bestanddelen van de delictsomschrijving lijkt er plaats te zijn gemaakt voor verdere

subjectivering van het leerstuk poging en lijkt de intentie van de dader voortaan een grotere rol te spelen. In mijn conclusie in het volgende hoofdstuk zal ik hier dieper op ingaan.

De besproken arresten onderstrepen het belang van de intentie van de verdachte. Als niet voldoende was komen vast te staan dat de baby's al waren overleden zou er een veroordeling kunnen volgen omdat de moeder handelingen had verricht ter uitvoering van het beoogde misdrijf, om de baby's te laten overlijden uit vrees voor ontdekking. Ook bij de uitspraak waarbij de dader voornemens was ontucht te plegen met een minderjarige meisje was niet relevant dat het gevolg nooit in had kunnen treden. Toch opmerkelijk gezien ons daadstrafrecht het gevolg van de intentie strafbaar stelt en niet de intentie zelf. Mijn conclusie is dat bij een poging het gevolg een andere rol speelt dan bij het voltooide delict. Dit lijkt ook logisch. Kenmerkend aan een poging is juist dat het gevolg, in de zin van het ongewenste leed, niet is ingetreden, waarbij het in beginsel niet uitmaakt of het gevolg nu niet is ingetreden of waarbij het gevolg ook nooit kon intreden. Het gevolg is bij poging vooral gericht op het voornemen. De intentie heeft bij poging tot gevolg gehad dat er is begonnen met de uitvoering van het strafbare feit. Precies dit gevolg is strafbaar bij poging.

Door het gevolg (de waarneembare fysieke daad) nog steeds te koppelen aan de intentie is er geen sprake van het bestraffen van louter een intentie. Dit past nog steeds in ons daadstrafrecht.

Hoofdstuk 5. Conclusie

In het eerste hoofdstuk heb ik de betekenis van het daadstrafrecht in ons Wetboek van Strafrecht uitgelegd en het verschil met het intentiestrafrecht weergegeven. Daarna ben ik ingegaan op het leerstuk poging en de daarmee samenhangende jurisprudentie. In het laatste hoofdstuk heb ik het leerstuk poging gezien in de nieuw gewezen jurisprudentie en daarbij de intentie centraal gezet. Elk hoofdstuk heb ik afgesloten met een tussenconclusie. Het is nu goed om tot een eindconclusie te komen en mijn onderzoeksvraag te beantwoorden.

Bij ons daadstrafrecht koppelen wij de intentie aan de daad. Dit is anders dan bij een intentiestrafrecht, waarbij er juist geen sprake hoeft te zijn van een daad of een gevolg.

Met de invoering van de Wet terroristische misdrijven en artikel 46 Sr is de strafbare intentie in opspraak gekomen. Gelijk in het begin van mijn onderzoek heb ik echter gezien dat het strafbaar stellen van een 'intentie' al veel langer in ons Wetboek van Strafrecht voorkomt, namelijk bij samenspanning. Hierbij wordt kennelijk de overeenstemming tussen personen om een misdrijf te plegen gezien als handeling. Kenmerkend voor het daadstrafrecht is echter de waarneembare daad, de fysieke handeling in de vorm van een gewilde spierbeweging. Een overeenstemming is mijns inziens niet te zien als een gewilde spierbeweging. Het sluiten van een overeenkomst zie ik als het verenigen van 2 of meerdere intenties en niet als een fysieke handeling. Met samenspanning was een beweging van het daadstrafrecht naar het intentiestrafrecht het meest zichtbaar. Toch kan niet gesteld worden dat er daarom sprake is van een intentiestrafrecht. Het louter hebben van de intentie is niet strafbaar bij samenspanning. Het gaat er om dat er wat met die intentie is gedaan, het uiten van de intentie en het daarmee bereiken van overeenstemming tot het plegen van een misdrijf, het gevolg. Het uitgangspunt van ons daadstrafrecht, de fysieke gedraging (gewilde spierbeweging), is mijns inziens wel op de achtergrond geraakt bij deze bepaling.

Voor artikel 46 Sr geldt dat er naast de intentie sprake moet zijn van handelingen ter voorbereiding van het strafbare feit. Hier is een duidelijke fysieke handeling waarneembaar. De dader heeft hier bijvoorbeeld vast de middelen aangeschaft die moeten helpen bij het plegen van het gronddelict. Ook hier is er geen sprake van een louter strafbare intentie.

Nu we in een steeds vroeger stadium kunnen ingrijpen en de intentie in de laatste decennia daarmee een grotere rol heeft gekregen vraag ik me af of deze trend ook waarneembaar is bij het onvoltooide delict uit artikel 45 Sr. Bij de strafbare poging is de intentie immers ook een belangrijk aspect bij de beoordeling. De intentie openbaart zich door een begin van uitvoering van het voorgenomen feit.

Deze koppeling van de intentie aan de daad past overigens ook weer in ons daadstrafrecht waarin we strafbaarheid verbinden aan het gevolg. Er worden daarbij geen intenties bestraft. Ook uit het bestaan van de absoluut ondeugdelijke poging, waarbij geheel geen straf volgt, blijkt dat we geen intentiestrafrecht aanhangen omdat het ongewenste gevolg ontbreekt.

De nadere invulling van het leerstuk poging is zoals eerder aangegeven, overgelaten aan de rechtspraak. In het onderzoek heb ik daarom diverse jurisprudentie met betrekking tot het pogingsleerstuk tegen het licht gehouden. Als ik eerst kijk naar de geschiedenis van het leerstuk poging en daarmee naar het Eindhovense brandstichting arrest dan werd een strafbare poging pas aangenomen wanneer het gevolg kon intreden zonder nadere handeling van de dader. Later in het Hamer arrest, waarbij voor het voorgenomen misdrijf nog een gaskraan opengedraaid zou moeten worden, was onze hoogste rechter deze mening niet langer toegedaan en werd met het neerslaan van de bewoner met de intentie deze persoon te vergassen, een begin van uitvoering en daarmee poging tot moord aangenomen. Nog later in het Cito arrest oordeelde de Hoge Raad dat voor het aannemen van een begin van uitvoering moet worden gekeken naar de uiterlijke verschijningsvorm en dat voor het bepalen van deze uiterlijke verschijningsvorm gekeken moet worden naar welke indruk de handeling maakte bij een (objectieve) derde. De uiterlijke verschijningsvorm van een begin van uitvoering van het voorgenomen misdrijf wordt mijns inziens bepaald door ten eerste de intentie/wil, de gedraging, het gevolg en voorts hoe deze combinatie er voor een derde uitziet. Voor het beoordelen van een begin van uitvoering werd van een objectieve leer in het Eindhovense brandstichtingsarrest in 1934 naar een geobjectiveerde finale pogingsleer in het Cito arrest in 1978 gegaan. Het is geen subjectieve leer, omdat de intentie nog steeds gekoppeld wordt aan de gedraging, maar het leerstuk poging is gaandeweg toch enigszins gesubjectieerd.

In het vorige hoofdstuk heb ik enige jurisprudentie met betrekking tot de strafbare poging in relatie tot de intentie uiteengezet. Bij het zoeken naar jurisprudentie waarbij de intentie een prominente rol innam kwam ik voornamelijk situaties tegen waarbij sprake was van een ondeugdelijke poging. Uit de aangehaalde jurisprudentie blijkt dat ondeugdelijkheid in beginsel geen problemen oplevert bij het aannemen van een poging tot een misdrijf, hoewel de dader, door die ondeugdelijkheid, voor het gronddelict nooit veroordeeld zou kunnen worden. Er wordt geoordeeld dat er sprake is van een begin van uitvoering van een voorgenomen misdrijf. Bij de aangehaalde ontuchtzaken was niet relevant dat er nooit een voltooiing van het misdrijf plaats had kunnen vinden. De dader handelde ter uitvoering van het voorgenomen misdrijf. Door het accent te leggen op het voornemen van de dader speelt de intentie een grotere rol.

Ik kan zelf niet goed oordelen of de jurisprudentie op dit specifieke punt voorheen echt anders was, omdat ik geen oude jurisprudentie kon vinden waarbij de intentie centraal stond, op de wijze zoals naar voren kwam in de door mij aangehaalde arresten. Als ik het Eindhovense brandstichting arrest echter als uitgangspunt neem en deze vergelijk met het daarna gewezen Hamer- en Cito arrest en de hedendaagse jurisprudentie dan concludeer ik dat er een subjectivering heeft plaatsgevonden van het leerstuk poging. De intentie heeft, mede door het aannemen van de mogelijkheid van strafbaarheid van de absoluut ondeugdelijke poging, een meer prominente rol heeft gekregen in het beoordelen van het begin van de uitvoering en de uiterlijke verschijning van de gedraging. De aangehaalde arresten laten deze kentering zien.

Door het gevolg (de waarneembare fysieke daad) nog steeds te koppelen aan de intentie is er echter nog steeds geen sprake van verschuiving van een daadstrafrecht naar een intentiestrafrecht.

Literatuurlijst

Boeken

Buruma 2007

Y. Buruma, *Bestraft zonder iets gedaan te hebben*, De gedraging in beweging, Nijmegen 2007

Hamel 1927

A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht*, Haarlem 1927

Hullu 2018

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

Jörg, Kelk & Klip 2019

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

Kant 1785

I. Kant, *fundering voor de metafysica van de zeden* (1785; vertaling Th. Mertens, 2008), Amsterdam Boom uitgevers 2008, p 62

Knigge en Wolswijk 2015

G. Knigge en H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, vijftiende druk, Deventer: Kluwer 2015

Noyon, Langemeijer, Rimmelink

T.J. Noyon, G.E. Langemeijeren J. Rimmelink, commentaar op artikel 46b, *Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Nagel 2013

T. Nagel, "Moral Luck", *Mortal Questions*, Cambridge: Cambridge University Press 2013

Pompe 1959

W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959

Smidt & Smidt 1891

H.J. Smidt en J.E. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Derde deel*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891

Strijards 1995

G.A.M. Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, studiepockets strafrecht nr. 30, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

Tijdschriften

J.M. ten Voorde, *Absoluut ondeugdelijke poging gerelativeerd*, AA 20170126

Altena DD 2017/45

J.G.H. Altena en W. Geelhoed, *poging deugdelijkheid en deelneming*, DD 2017/45

Ten Voorde AA 20170126

J.M. ten Voorde, *Absoluut ondeugdelijke poging gerelativeerd*, AA 20170126

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.

Onderzoeken

Ketelaar 2018

R.N. Ketelaar, 2018, *De daad centraal?* Een onderzoek naar de verschuiving van een daadstrafrecht richting een 'intentiestrafrecht' in relatie tot de strafbare voorbereiding (art. 46 Sr) van gewelds- en levensdelicten, Universiteit van Tilburg

Schalkwijk 2016

P. Schalkwijk, 2016, *Strafbare ideeën?* Vindt er door de strafbaarstellingen in de voorfase een verschuiving plaats van een daderstrafrecht naar een intentiestrafrecht?, Universiteit van Amsterdam

Schermer 2016-2017

B.W. Schermer e.a., *Legal Aspects of Sweetie 2.0*, onderzoek Universiteit Tilburg en Leiden
Universiteit in opdracht van Terre des Hommes, 2016-2017

Websites

[Met het virtuele meisje Sweetie bestrijden we online seksuele uitbuiting van kinderen.](#)

[\(terredeshommes.nl\)](#)

[Poging: deugdelijkheid en deelneming — BijzonderStrafrecht.nl](#)

[intentie | Stephan Wetzels](#)

[De Rechtspraak](#)

[Waar is de verdachte mee bezig? De uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht - Universiteit](#)

[Leiden](#)

[Poging tot hennepsteelt - hennepadvoaat-hennepkwekerij](#)

[Immanuel Kant | Henrickus](#)

[Uitbreiding strafrechtelijke aansprakelijkheid, waar ligt de grens? – N.C.S.V. Dr. Nico Muller](#)

[\(drnicomuller.nl\)](#)

[Microsoft Word - SJ - DeStrafbareIntentielsBijnaEenFeit.doc \(cleerdin-hamer.nl\)](#)

Jurisprudentielijst

HR 19 maart 1934, *NJ* 1934/450, ECLI:NL:HR:1934:198

HR 29 mei 1951, ECLI:NL:HR:1951:3

HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373

HR 15 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC3948, *NJ* 1980, 245 met noot Th.W. van Veen

HR 8 september 1987, ECLI:NL:1987:AC0501

HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049

HR 19 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ2169

HR 17 april 2007, *NJ* 2007, 436 ECLI:NL:HR:2007:AZ6131

HR 17 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ3566

PHR 31 maart 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BJ3565, bij HR 17 november 2009, *NJ* 2010, 337

HR 27 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1233

HR 4 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:232

HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:575, *NJ* 2016, 318

HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:680

HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2761

HR 14 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:421

HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:579

HR 20 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:367

HR 12 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1736

Hof 's-Hertogenbosch 29 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:245

Rb. Arnhem, 8 juli 1975, ECLI:NL:RBARN:1975:AB4162