

Artikel

Poging en het begin van uitvoering: heeft de uiterlijke verschijningsvorm nog relevantie...?

Prof. mr. dr. lic. A.J. (Ad) Machielse en mr. R. (Rob) ter Haar*

NTS 2024/19

1. Inleiding

Een van de meest complexe vragen binnen het materiële strafrecht is wanneer een verdachte in voldoende mate uitvoering heeft gegeven aan zijn criminele intentie om te kunnen spreken van ‘een begin van uitvoering’ en daarmee van een strafbare poging als bedoeld in artikel 45 Sr. Om die vraag te beantwoorden wordt in het Nederlandse strafrecht sinds jaar en dag gewerkt met de bekende ‘Cito-formule’, die inhoudt dat het moet gaan om gedragingen die naar uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf.¹ In de wetenschap is deze formule de afgelopen jaren meermalen bekritiseerd.² Die kritiek zag met name op het gebrek aan onderscheidend vermogen.³ Wanneer niet duidelijk is waarmee de criteriumfiguur in het kader van die uiterlijke verschijnings-

vorm rekening dient te houden, is ook niet duidelijk wat deze⁴ in het kader van die uiterlijke verschijningsvorm precies heeft te beoordelen. Anders gezegd: hoe dicht dienen de bewuste gedragingen de voltooiing van het misdrijf te zijn genaderd? De uiterlijke verschijningsvorm kan deze voor de uitleg van het pogingsleerstuk essentiële vraag niet beantwoorden. De roep om nadere relevante factoren te verschaffen die kunnen helpen bij het beantwoorden van de vraag of reeds sprake is van een begin van uitvoering werd dan ook steeds luider.⁵ In de gerucht makende zaak van de helikopterontsnapping gaf de Hoge Raad (deels) gehoor aan deze oproep door (logischerwijs) weliswaar te benadrukken dat algemene regels⁶ niet kunnen worden gegeven, maar dat uit eerdere rechtspraak wel kan worden afgeleid dat het vooral draait om de vraag hoe dicht de betreffende gedragingen bij de voltooiing van het voorgenomen misdrijf lagen, bijvoorbeeld in tijd en/of plaats, en hoe concreet deze daarop waren gericht.⁷

De vraag is of dit voldoende is voor de rechter om in moeilijke zaken te kunnen oordelen, temeer daar de Hoge Raad dus is blijven vasthouden aan het Cito-criterium van de uiterlijke verschijningsvorm. A-G Spronken wees er terecht op dat de Hoge Raad hiermee weliswaar enig houvast heeft gegeven bij de afbakening van het

81

* Prof. mr. dr. lic. A.J. (Ad) Machielse is voormalig A-G bij de Hoge Raad en emeritus hoogleraar Radboud Universiteit Nijmegen. Mr. R. (Rob) ter Haar is voormalig docent strafrecht aan de Universiteit Utrecht en thans rechter (i.o.).

1 HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, NJ 1979/52 m.nt. Van Veen (*Uitzendbureau Cito*) en meer recent bijv. HR 30 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:388, NJ 2021/227 m.nt. Machielse.

2 Zie hierover bijv. de conclusie van A-G Spronken voor HR 24 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:762 (ECLI:NL:PHR:2022:269).

3 Zie m.n. de annotaties van Keijzer en Rozemond onder respectievelijk HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6466, NJ 2012/517 (*Poging tot moord*

en *gijzeling stadhuis Almelo*) en HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, NJ 2015/403 (*Poging tot voorhanden hebben vuurwapen*).

4 De rechter die – uitgaande van de intentie van de betreffende verdachte en op basis van het dossier – de film afspeelt en moet oordelen welke indruk het gebeuren op hem maakt.

5 Zie laatstelijk A-G Bleichrodt in zijn conclusie voor HR 30 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:389 (ECLI:NL:PHR:2021:111).

6 Voor de vraag of sprake is van gedragingen die naar hun uiterlijke verschijningsvorm zijn gericht op de voltooiing van het voorgenomen misdrijf.

7 HR 30 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:389, NJ 2021/228 m.nt. Machielse (r.o. 2.3.2).

begrip ‘begin van uitvoering’, maar dat de uiterlijke verschijningsvorm tegelijkertijd een vrij open criterium blijft, waarbij per delict aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval zal moeten worden beoordeeld of al dan niet sprake is van een begin van uitvoering.⁸

Dat die ‘openheid’ (met als gevolg het geconstateerde gebrek aan onderscheidend vermogen) van de uiterlijke verschijningsvorm nog niet voldoende is ‘gedicht’ door de nadere aandachtspunten van de Hoge Raad, kan juist blijken uit de casus van de ‘helikopterontsnapping’, nu men met toepassing van die aandachtspunten⁹ evengoed zou kunnen betogen dat van een begin van uitvoering nog geen sprake was.¹⁰ A-G Bleichrodt merkte in dat verband op dat een aanscherping van het Cito-criterium, in die zin dat voortaan moet worden beoordeeld of de bewezenverklarde gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm ‘in voldoende concrete mate’ gericht waren op de voltooiing van het misdrijf, een goede eerste stap zou kunnen zijn in een ontwikkeling naar een nadere verduidelijking van het toetsingskader. Daaraan bestaat volgens hem behoefte.¹¹

Het doel van dit artikel is dan ook te bezien of een formulering kan worden ontworpen die meer richting kan geven bij moeilijke zaken en bovendien beter aansluit bij de ratio van de strafbaarstelling van de poging. Daarbij zal tevens worden bezien of de door de Hoge Raad reeds gegeven aandachtspunten kunnen worden aangevuld of geconcretiseerd. Tevens zal inspiratie worden gezocht bij de pogingen die in Frankrijk, Duitsland en Angelsaksische rechtsstelsels zijn gedaan ter beantwoording van de moeilijke vraag welk type gedraging vereist is en hoe (ver) de verdachte reeds uitvoering moet hebben gegeven aan zijn criminele intentie om van een strafbare poging te kunnen spreken.¹²

De opbouw van het artikel is daarbij als volgt. Eerst zal worden ingegaan op die voor het vinden van een alternatieve formule onmisbare ratio van de strafbaarstelling van de poging. Weliswaar is deze grotendeels bekend, maar zij wordt nog wel eens uit het oog verloren en het is daarom goed deze basis eerst helder te schetsen. Vervolgens wordt de blik gericht op de belangrijkste component van de Cito-formule: de uiterlijke verschijningsvorm. Beargumenteerd zal worden waarom deze bij de poging (te) weinig richtinggevend is in moeilijke zaken. Ondanks dit gebrek van de door de Hoge Raad gehanteerde uiterlijke verschijningsvorm, is de uit de rechtspraak van de Hoge Raad naar voren komende lijn na-

tuurlijk wel relevant. Die lijn kan namelijk wel een belangrijke indicatie vormen voor het antwoord op de vraag hoe dicht een dader volgens ons hoogste rechtscollege voltooiing moet zijn genaderd om van een poging te kunnen spreken. Daarom zal de rechtspraak van de Hoge Raad als het gaat om ‘moeilijke’ pogingszaken¹³ worden geanalyseerd. De daaruit naar voren komende relevante aspecten en aandachtspunten zouden kunnen helpen bij het uiteindelijk formuleren van een nieuw criterium voor de poging. Daarvoor kan (en dient) echter ook inspiratie worden geput uit buitenlandse rechtsstelsels. Zo bedient de Duitse Bundesgerichtshof zich van een op het eerste gezicht genuanceerder en werkbaarder toetsingskader voor de poging¹⁴ en is in het Angelsaksische recht constant discussie over de (juiste) afbakening tussen voorbereiding en poging en zijn daar inmiddels diverse ‘tests’ ontwikkeld om die lastige grens te kunnen markeren. Aan de hand van deze uit de rechtspraak en doctrine opgedane inspiratie zal dan duidelijk worden gemaakt hoe zij kunnen helpen om – in het licht van de ratio van de strafbaarheid van de poging (concreet en acuut gevaar) – een nieuw criterium te formuleren dat in moeilijke zaken wel richtinggevend kan zijn bij het beantwoorden van de complexe vraag hoe dicht een dader bij voltooiing moet zijn om van een begin van uitvoering en daarmee van een poging te kunnen spreken.

2. Ratio van de strafbaarstelling van poging

De vraag hoe ver een dader moet zijn gegaan in het realiseren van zijn criminele intentie door concrete acties (uitvoeringshandelingen) om van een poging te kunnen spreken,¹⁵ kan niet worden beantwoord zonder eerst de vraag te beantwoorden waarom überhaupt de poging strafbaar is gesteld. Is dat bijvoorbeeld omdat op die manier gevaarlijke burgers tijdig kunnen worden gestopt of om mensen af te schrikken gevaarlijke daden te plegen? Anders gezegd: waarom kunnen niet alleen personen die daadwerkelijk inbreuk maken op een door de wet beschermd rechtsgoed worden bestraft, maar ook personen die die schade proberen te veroorzaken? De reden voor de strafbaarstelling van de poging moet in de eerste plaats worden gezocht in het keren van gevaar. Daarmee heeft artikel 45 Sr een preventief doel.¹⁶ De sa-

8 Conclusie van 22 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:269 (punt 3.7).

9 M.n. de tijd en afstand tot voltooiing.

10 Zie daarover nader par. 5. Zie in dat verband overigens ook reeds HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, NJ 2015/403 m.nt. Rozemond, waarin de conclusie dat al wel sprake was van een strafbare poging tot het voorhanden hebben van een vuurwapen voor discussie vatbaar is (zie m.n. punt 4 uit de noot).

11 Conclusie van 9 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:111 (punt 31).

12 Voorbeeld hiervan zijn het ‘unmittelbares Ansetzen’ uit het Duitse recht of de ‘substantial step’-test uit de Model Penal Code.

13 D.w.z. zaken waarin niet zonder meer duidelijk is dat reeds sprake is van een begin van uitvoering en de uiterlijke verschijningsvorm het antwoord niet kan verschaffen.

14 Een kader bovendien waardoor de Hoge Raad zich lijkt te hebben laten inspireren met zijn algemene overwegingen in de helikopterzaak (HR 30 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:389).

15 Zodat ook in het kader van het legaliteitsbeginsel voldoende duidelijkheid voor zowel de burger als de rechter kan worden verschaft.

16 Maar omdat degene die in een pogingsstadium blijft steken zijn blik heeft gericht op voltooiing van het misdrijf moet misschien van de afschrikkende werking van de strafbaarstelling van poging niet te veel worden verwacht.

menleving dient te worden beschermd tegen een dader die zijn criminele intenties wil verwezenlijken door daartoe handelingen te verrichten die reeds als een begin van uitvoering van een misdrijf kan worden aangemerkt. Hij heeft namelijk door dat begin van uitvoering een concreet en direct gevaar veroorzaakt voor het betreffende door de wet beschermde rechtsgoed, en daarmee gezorgd voor een verstoring van de rechtsorde.¹⁷ Bovendien is iemand die poogt een bepaald misdrijf te plegen maar daarin niet slaagt, in moreel opzicht niet minder 'fout' is dan iemand die hetzelfde probeert maar daarin wel slaagt.¹⁸ Voorts wordt door de strafbaarstelling van de poging mogelijk gemaakt dat de politie al kan ingrijpen voordat het betreffende rechtsgoed wordt geschaad doordat de dader zijn slechte voornemen kan realiseren.¹⁹ Ashworth verwoordt dit als volgt:

'(...) the law should not only provide for the punishment of those who have culpably caused (...) harms but also penalize those who are trying to cause the harms. A person who tries to cause a prohibited harm and fails is, in terms of moral culpability, not materially different from the person who tries and succeeds: the difference in outcome is determined by chance rather than by choice, and a censoring institution such as the criminal law should not subordinate itself to the vagaries of fortune by focusing on results rather than on culpability. There is also a consequentialist justification for the law of attempts, inasmuch as it reduces harm by authorizing law enforcement officers and the courts to step in before any harm has been done, so long as the danger of the harm being caused is clear.'²⁰

Maar het is toch vooral het (veroorzaken van) gevaar dat op de voorgrond staat bij het strafbaar stellen van de poging als combinatie van een rechtsvijandelijke wil (het 'voornemen' ex art. 45 Sr) met het beginnen aan een misdrijf. Het is deze combinatie (van aldus een subjectief en een objectief element) die zorgt voor de verstoring van de rechtsorde. Hoe dichter een verdachte bij voltooiing komt, hoe groter uiteraard het gevaar is voor

rechtsorde. Daarmee is de wijze waarop het begin van uitvoering wordt uitgelegd logischerwijs een belangrijk issue zowel voor de politie als voor de samenleving.

De poging heeft veel weg van een concreet gevaarzettingsdelict (als bijv. art. 157 Sr), nu beide als 'bijna rechtsgoed schadelijke' daden kunnen worden bestempeld.²¹ Op die manier kan ook de strafbaarheid van de (relatief) ondeugdelijke poging²² worden verklaard: dit is op het moment van handelen een zo gevaarlijke daad dat ingrijpen om dat gevaar te keren verkozen moet worden boven afwachten hoe het afloopt.²³

Het probleem van deze 'combi-theorie' is echter dat zij evengoed van toepassing is op de tegenwoordig ook strafbare voorbereiding van misdrijven met een strafbedreiging van acht jaar of meer ex artikel 46 Sr. Ook hierbij gaat het namelijk om een combinatie van een criminele intentie²⁴ gevolgd door een gedraging die volgens de dader een stap is in de richting van de uitvoering van zijn intentie.²⁵ Wanneer de wetgever ook gedragingen die wat verder in de voorfase liggen strafbaar acht, brengt hij daarmee tot uitdrukking dat ook dan reeds sprake is van een voor de samenleving onacceptabel concreet gevaar en daarmee van een verstoring van de rechtsorde. Het verschil met de poging²⁶ is dan dat het gaat om een minder concreet en direct gevaar. Dit maakt dat de ratio van de (strafbaarstelling van de) poging niet direct iets zegt over het verschil tussen voorbereiding en poging. Die scheidslijn zal moeten komen van een duidelijke(r) formule voor het begin van uitvoering. In dat verband stelt Roxin dat 'allein die Unmittelbarkeit des Zusammenhanges mit der Tatbestandsverwirklichung bestimmte Akte zum Versuch macht'. De Hullu wijst er voorts op dat door de komst van de strafbare voorbereiding er thans ook minder behoefte kan bestaan aan een extensieve toepassing van de poging.²⁷

17 Eldar verwoordt dit als volgt: 'Criminal attempt is not just forward-looking, but also backward-looking – the person making an attempt has already harmed us by openly acting against society, thus depriving us of our serenity' (S. Eldar, 'Attempt, Legality and Intention: Rethinking attempt liability in the aftermath of the English Law Commission Report No. 318', 48 *Criminal Law Bulletin* 956 (2012)).

18 Terwijl iemand die het door hemzelf veroorzaakte gevaar ook weer neutraliseert geacht wordt tot inkeer te zijn gekomen, waardoor hij achteraf toch uit het goede morele hout gesneden blijkt te zijn.

19 Zie hierover De Hullu: 'Door de strafbaarstelling van de poging tot een misdrijf en van de voorbereiding van ernstige misdrijven worden aan justitie in een eerder stadium strafprocessuele bevoegdheden gegeven, vooral in de sfeer van dwangmiddelen. En wanneer strafvorderlijk ingrijpen niet alleen het keren van het gevaar, maar ook het veiligstellen van een vervolging ten doel heeft, dan moet naar aanleiding van een niet-voltooid delict kunnen worden gereageerd indien een verkeerde intentie zich zover heeft verwezenlijkt dat er al een grondslag voor aansprakelijkstelling is.' (*Materieel strafrecht 2021/VI.1:VI.1*). Zie ook George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 1978, p. 135.

20 A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, 5th edition (2006) p. 445.

21 Roxin noemt de poging in dat verband 'eine Gefährdungstat sui generis' en – net als het concrete gevaarzettingsdelict – 'eine notwendige Durchgangsstufe zur Vollendung' (Roxin, AT Band II, p. 337).

22 Bijv. het schieten met een pistool waaruit even tevoren de kogels zijn verwijderd zonder dat de schutter dit weet.

23 Vgl. HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2763 (*Steekwerend vest*), waarin de Hoge Raad wijst op het toekomstgerichte karakter van de poging en gedragingen die 'normaal gesproken' de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg in het leven roepen.

24 De Hoge Raad spreekt van 'het misdadig doel' van de verdachte (HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0213, *Samir A.*).

25 De Hoge Raad spreekt van 'voorwerpen die afzonderlijk dan wel gezamenlijk, naar hun uiterlijke verschijningsvorm t.t.v. het handelen, dienstig kunnen zijn voor het misdadige doel dat verdachte met het gebruik van de voorwerpen voor ogen had' (ECLI:NL:HR:2007:AZ0213).

26 I.i.g. ten aanzien van de ernstigere misdrijven die onder de strafbaarstelling van voorbereiding vallen.

27 *Materieel strafrecht 2021/VI.1*

3. De uiterlijke verschijningsvorm

De belangrijkste algemene bestanddelen van de strafbare poging zijn het voornemen en het begin van uitvoering. Het voornemen omvat alle opzetschakeringen die voor het voltooide misdrijf toereikend zijn. Als voorwaardelijk opzet voldoende is voor het voltooide misdrijf, kan het voor de strafbare poging vereiste voornemen ook worden vervuld door voorwaardelijk opzet. Van een begin van uitvoering is sprake bij gedragingen die naar hun uiterlijke verschijningsvorm gericht zijn op voltooiing van het misdrijf. Die uiterlijke verschijningsvorm heeft zich niet alleen een vaste plaats verworven bij de poging. Ook bij het voorwaardelijk opzet duikt hij regelmatig op. Bepaalde gedragingen kunnen immers naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zozeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat verdachte de aanmerkelijke kans op dat gevolg bewust heeft aanvaard.²⁸ Onder aanmerkelijke kans moet worden verstaan de in de gegeven omstandigheden reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid.²⁹ Maar betekent dit nu dat de uiterlijke verschijningsvorm beide elementen van een strafbare poging, te weten het voornemen en het begin van uitvoering, in zich verenigt? Als een bepaalde gedraging naar de uiterlijke verschijningsvorm zozeer is gericht op een bepaald gevolg dat het niet anders kan zijn dan dat verdachte de aanmerkelijke kans op dat gevolg bewust heeft aanvaard, lijkt aan beide voorwaarden voor de strafbare poging te zijn voldaan. Zo'n oordeel is niet alleen concludent voor het aannemen van voorwaardelijk opzet, maar houdt ook in dat de gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm gericht is op voltooiing van het misdrijf.

Er is een sterke aanwijzing dat de wetgever inderdaad het voorwaardelijk opzet en het begin van uitvoering met elkaar verbonden zag via de aanmerkelijke kans. In de toelichting op het Wetsvoorstel tot algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen beschreef de minister de nadelen van het ontbreken van een strafbare voorbereiding. Hij noemde als voorbeeld de beslissing van de Hoge Raad in *Grenswisselkantoor*.³⁰ De Hoge Raad nam volgens de minister geen strafbare poging aan omdat er geen sprake was van een gedraging die naar haar uiterlijke verschijningsvorm moest worden beschouwd als te zijn gericht op voltooiing van het voorgenomen misdrijf. De verwijzing naar de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging duidt volgens de minister op een vrij vergaande objectivering. Slechts een handelwijze die een aanmerkelijke kans doet ontstaan op de bij de wet verboden schending van het

rechtsgoed heeft een dergelijke verschijningsvorm.³¹ De aanmerkelijke kans is dus de grootste gemene deler van voorwaardelijk opzet en begin van uitvoering. Dat een aanmerkelijke kans ook voor andere vormen van opzet dan het voorwaardelijk opzet – bijvoorbeeld vol opzet – nodig is, is niet uitdrukkelijk gesteld.

Dit standpunt van de minister zou kunnen betekenen dat als een gedraging naar de uiterlijke verschijningsvorm gericht is op voltooiing van het misdrijf, meteen ook het vereiste opzet zou kunnen worden aangenomen. Andersom kan, als een gedraging naar de uiterlijke verschijningsvorm zozeer is gericht op een bepaald gevolg dat voorwaardelijk opzet in de rede ligt, ook gesproken worden van een begin van uitvoering van het – materieel omschreven – misdrijf.

Complicerend lijkt dan wel de verhouding tussen de bewuste schuld en het voorwaardelijk opzet te zijn. Het onderscheid tussen beide hoeft niet in een uiterlijke verschijningsvorm zichtbaar te worden. Het onderscheid is immers van mentale, innerlijke aard. Of men een vuurwapen afvuurt op een ander vanuit zelfoverschatting, ten onrechte menende wel in staat te zijn die ander op een haar na te missen, dan wel vanuit onverschilligheid voor andermans leven, moet worden vastgesteld aan de hand van andere gegevens dan de uiterlijke verschijningsvorm. De uiterlijke verschijningsvorm is immers in beide gevallen hetzelfde. De rechter zal op basis van die andere gegevens moeten beslissen of er sprake is van poging tot moord of doodslag, dan wel slechts van bedreiging. Die gegevens kunnen op het moment van handelen kenbaar zijn, bijvoorbeeld wanneer de schutter roept 'en nu ga je eraan!', maar vaak zullen die gegevens eerst nadien blijken, bijvoorbeeld uit de verhoren van verdachte.³² De uiterlijke verschijningsvorm zal dus moeten worden gevuld met gegevens die eerst achteraf bekend worden. Dit vormt een eerste indicatie dat de uiterlijke verschijningsvorm een onnauwkeurige aanduiding is voor een instrument dat nog van inhoud moet worden voorzien. Onderstaand zal hierop worden voortgeborduurd en duidelijk worden gemaakt waarom de uiterlijke verschijningsvorm in het kader van de poging gemist kan worden en geen rol meer zouden vervullen.

4. Kritiek op de uiterlijke verschijningsvorm

De kern van de kritiek op de uiterlijke verschijningsvorm is dat deze onderscheidend vermogen mist en weinig kan zeggen over de uitleg van een begin van uitvoe-

28 HR 11 juli 2023, ECLI:NL:HR:2023:1043.

29 HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:718; NJ 2019/103 m.nt. H.D. Wolswijk.

30 HR 8 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0501, NJ 1988/612 m.nt. 't Hart.

31 *Kamerstukken II 1990/91, 22268, nr. 3, p. 7.*

32 Zie hierover R. ter Haar & M.J. Hornman, 'Poging middels voorwaardelijk opzet. Dient er in concreto sprake te zijn geweest van een aanmerkelijke kans?', NTS 2020/55.

ring.³³ Heel veel meer dan dat het gaat om het ‘veruiterlijkte voornemen’ van de verdachte wordt er namelijk niet mee tot uitdrukking gebracht. Wanneer niet duidelijk is wat al wel of nog net niet tot een begin van uitvoering mag worden gerekend, komt men niet verder met de uiterlijke verschijningsvorm. De rechter heeft in het kader van de poging de vraag te beantwoorden of hij – het daadplan van de verdachte kennende – van oordeel is dat reeds een begin van uitvoering is gemaakt van het voorgenomen misdrijf.³⁴ Of men nu uitgaat van de rechter als beoordelaar, of van de indruk die het veruiterlijkte voornemen op de gemiddelde burger als waarnemer maakt; als men niet weet hoe dicht iemand de voltooiing van het delict moet zijn genaderd om van een poging te kunnen spreken, kan men ook niet beoordelen of daarvan naar uiterlijke verschijningsvorm sprake is. De Cito-formule doet dus niet meer dan aangeven middels welk perspectief kan worden beoordeeld of sprake is van een begin van uitvoering, maar geeft geen enkele aanwijzing wanneer de bewuste handelingen van een verdachte gericht zijn op voltooiing en daarmee een begin van uitvoering (en dus een poging) opleveren. Keijzer verwoordde de kern van de kritiek helder in zijn noot bij HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6466, NJ 2012/517:

‘De vraag hoe ver op de iter criminis moet zijn voortgeschreden opdat de gedraging kan gelden als strafbare poging beantwoordt de formule niet. (...) De strafwet dient niet alleen om de justitiële autoriteiten bevoegdheid tot optreden te verlenen, maar ook om duidelijk te maken hoever die bevoegdheid strekt. Bij de huidige uitleg ervan slaagt art. 45 Sr daar niet in, en hangt slechts van de wijsheid van de rechter af of een gedraging wordt aangemerkt als strafbare poging.’

Rozemond sluit zich aan bij de kritiek van Keijzer en wijst op HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769 (al dan niet poging tot voorhanden krijgen wapen)³⁵ als een zaak die goed illustreert dat de uiterlijke verschijningsvorm in moeilijke gevallen geen oplossing kan bieden:

‘Het is moeilijk om te bepalen waarom in dit geval wel sprake is van een strafbare poging en in de heroinezaken,³⁶ de weedzaak³⁷ en de Grenswisselkantoor-zaak³⁸ niet. Het gevaar voor derden lijkt in die laatste zaak aanzienlijk groter dan in de wapenzaak en de noodzaak van politie-ingrijpen acuter. Om die reden heeft de wetgever voorbereidingshandelingen strafbaar gesteld via art. 46 Sr, maar die bepaling

strekt zich niet uit tot misdrijven waarop minder dan 8 jaar gevangenisstraf staat. Wanneer ook geen direct gevaar voor derden of acute noodzaak tot politie-ingrijpen bestaat, valt niet goed in te zien waarom de gedraging van de verdachte onder art. 45 Sr moet worden gebracht. Art. 46a Sr biedt een vangnet voor gevaarlijke uitlokkers.³⁹

Overigens is het niet eens nodig expliciet aan te geven dat het gaat om een objectieve ex-tunc beoordeling. Dit is op zich volstrekt logisch, nu de poging een toekomstgericht karakter heeft en een (eventuele) poging altijd benaderd dient te worden vanuit het daadplan (voornemen) van de verdachte.

Dat het tweede aspect van de Cito-formule (‘gedragingen die zijn gericht op voltooiing van het voorgenomen misdrijf’) evenmin amper toegevoegde waarde heeft zit ’m uiteraard in het feit dat het nu juist de vraag is *wanneer* gedragingen op voltooiing van het voorgenomen misdrijf zijn gericht. Immers, ook het met inbrekerswerktuig in de auto stappen om naar de plaats delict 40 kilometer verderop te rijden kan worden aangemerkt als een gedraging die op voltooiing van de inbraak is gericht, doch een begin van uitvoering zal dit volgens de meeste rechters waarschijnlijk niet zijn.⁴⁰

5. De relevante rechtspraak van de Hoge Raad

Evenals de zaken waarin het gaat om een voltooide poging,⁴¹ zijn ook de zaken waarin reeds een bestanddeel van het misdrijf is vervuld doorgaans weinig problematisch, nu hier vaak zonder enige moeite kan worden vastgesteld dat reeds sprake is van een begin van uitvoering. Een goed voorbeeld hiervan is een diefstal met braak (art. 311 Sr) waarbij door het verrichten van de ‘braakhandeling’ een zeer vastomlijnde intentie wordt gecombineerd met een handeling voorafgaande aan, maar gericht op het wegnemen. Daarom zijn die kwalificerende, strafverzwarende omstandigheden zoals braak, geweld al een begin van uitvoering als zij worden aangewend om de diefstal zelf te vergemakkelijken of mogelijk te maken. Zulke strafverzwarende omstandigheden zijn doorgaans qua plaats en tijd zeer aan het wegnemen nabij en zijn daarmee ook langs lijnen van instrumenta-

33 Zie hierover de conclusie van A-G Bleichrodt voor de *Helikopter*-zaak (ECLI:NL:PHR:2021:111, punt 19 e.v.).

34 Zie bijv. het bekende ‘Videodozen’-arrest van de Hoge Raad (HR 8 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC8475, NJ 1993/321).

35 Hierna nog te bespreken onder par. 5 (‘De relevante rechtspraak van de Hoge Raad’).

36 HR 20 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0821, NJ 1990/32 en HR 15 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9971, NJ 2011/95.

37 HR 7 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5707.

38 HR 8 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0501, NJ 1988/612.

39 Dit door Rozemond gesignaleerde euvel kleeft niet alleen aan de uiterlijke verschijningsvorm, maar aan iedere algemeen geformuleerde omschrijving van het begin van uitvoering. Zelfs het op afzonderlijk delictsniveau definiëren van wat onder een strafbare poging wordt begrepen zal zulke vragen niet helemaal kunnen ondervangen.

40 Volgens Keijzer zijn zelfs ook kenmerkende voorbereidingshandelingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm gericht op de voltooiing van het misdrijf (noot onder HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6466, NJ 2012/517).

41 Mis schieten, bom ontsteken etc. (zie bijv. de bekende ‘Remkabel-zaak’, HR 3 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF8844).

liteit verbonden.⁴² Maar ook als tijd en plaats van de voltooiing van het misdrijf verschillen van tijd en plaats van het kwalificerend, strafverzwarend handelen prevaleert nog de strekking, de instrumentaliteit van het laatste. Dat kan worden opgemaakt uit HR 16 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2675, waarin verdachten van plan waren een geldtelcentrum te overvallen, maar daarvoor nog informatie nodig hadden. Om die informatie te verkrijgen, overvielen zij een werkneemster van het telcentrum in haar woning en gijzelden zij haar gezin. De overval zou later en elders plaatsvinden. Uit de onderlinge conversatie van de overvallers viel op te maken dat zij van plan waren haar daarheen mee te nemen.

Het prangende punt was hier natuurlijk dat het uiteindelijke doel – de overval op het telcentrum – op een later moment moest plaatsvinden, omdat eerst de ‘tussentop’ bij het echtpaar diende te worden gemaakt om hen de cruciale informatie te ontfutselen. De bedreiging van het echtpaar was dus niet het delict zelf, dat zou aldus elders en later plaatsvinden. De daders zouden daar eerst nog naartoe moeten rijden. Als verweer was gevoerd dat de gijzeling nog geen begin van uitvoering van een overval op het telcentrum opleverde, maar slechts een voorbereiding. Het hof pareerde dat verweer door te overwegen dat er sprake was van een opeenvolgend geheel van gedragingen die, gezien de uiterlijke verschijningsvorm, konden worden beschouwd als een begin van uitvoering van de overval op het geldtelcentrum. In cassatie was de vraag aan de orde of het oordeel van het hof, dat aldus reeds sprake was van een strafbare poging om het telcentrum te overvallen, blijf gaf van een onjuiste opvatting omtrent het begrip ‘begin van uitvoering van het voornemen’. De stelling van de verdediging was namelijk dat de gedragingen in de woning slechts een begin van uitvoering van een overval op het telcentrum kunnen opleveren als er eenheid is van tijd en plaats. De Hoge Raad liet het oordeel van het hof – ‘gelet op de door het Hof vastgestelde feiten en omstandigheden’ – in stand, omdat dit oordeel volgens hem niet getuigde van een onjuiste opvatting omtrent het begrip ‘begin van uitvoering van het voornemen’. Opvallend nu is dat er uiteraard een begin van uitvoering aan het voornemen (lees: het plan / de voorbereiding) is gegeven en dat artikel 45 Sr ook spreekt van ‘het voornemen dat zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard’, maar dat het in het kader van de poging natuurlijk draait om de vraag of er sprake is van een begin van uitvoering van het delict.⁴³ Wat daarvan zij, van eenheid

van tijd en plaats van enerzijds strafverzwarend kwalificerend handelen en anderzijds het beoogde gronddelict hoeft dus geen sprake te zijn.⁴⁴

Hetzelfde geldt mutatis mutandis wanneer het gebruik van geweld geen strafverzwarende omstandigheid is maar een kenmerk van het delict zelf, zoals in artikel 242 Sr of artikel 317 Sr. Bij een delict als oplichting (art. 326 Sr) ligt het nog meer voor de hand dat er tussen het aanwenden van het oplichtingsmiddel en de daarvoor bewerkstelligde prestatie van het slachtoffer ruimte is qua tijd en plaats. Het aanwenden van een oplichtingsmiddel is reeds constitutief voor een poging tot dat misdrijf. Dat tijd en plaats van het aanwenden van het oplichtingsmiddel verschillen van tijd en plaats waar de prestatie van het slachtoffer zou moeten plaatsvinden en wanneer en waar dus het misdrijf wordt voltooid, staat aan het aannemen van een strafbare poging evenmin in de weg.⁴⁵

Het zijn de zaken waarin nog geen bestanddeel is vervuld die voor moeilijkheden kunnen zorgen in die zin dat de vraag kan worden gesteld hoe dicht men die voltooiing (of het vervullen van een eerste bestanddeel) moet zijn genaderd om van een begin van uitvoering te kunnen spreken. Daarbij is het uiteraard ook van belang om welk type delict het gaat; ‘proberen’ in de zin van pogen zal bij een zogenoemd materieel delict anders moeten worden geïnterpreteerd en uitgelegd dan bij een formeel delict. Een materieel omschreven delict vindt immers – grof gezegd – zijn voltooiing in het gevolg, een formeel omschreven delict is al voltooid wanneer de verboden gedraging zich voordoet.⁴⁶

van uitvoering van misdrijf’ (Smidt I, p. 420). Keizer stelt echter dat in art. 45 Sr ‘begin van uitvoering’ kan worden geacht te slaan op het voornemen des daders, in plaats van op het misdrijf zoals strafbaar gesteld en dat dit ruimte zou geven om ook gedragingen die nog voorafgaan aan de uitvoering van het wettelijk omschreven misdrijf als strafbare poging aan te merken (noot bij HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6466, NJ 2012/517).

42 Zie bijv. Rb. Amsterdam 7 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:9798; Rb. Amsterdam 24 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1565 (‘De rechtbank overweegt ten aanzien van de poging tot inbraak in de auto van [aangever 2] dat de handelingen van verdachte naar de uiterlijke verschijningsvorm gericht waren op het wegnemen van goederen zodat het opzet van verdachte daarop gericht moet zijn geweest. Verdachte stond namelijk met zijn rug tegen de zijkant van een auto en keek hierbij om zich heen. Ook hield hij iets achter zijn rug en was hij aan het rommelen aan het raam van de auto.’).

43 Getuige ook de Cito-formule van de Hoge Raad inhoudende het naar uiterlijke verschijningsvorm gericht zijn op voltooiing van het delict en de toelichting op art. 45 Sr waarin expliciet wordt gesproken van ‘een begin

44 Dat het kwalificerend strafverzwarend handelen reeds een begin van uitvoering oplevert, valt ook wel op te maken uit de opmerking van de minister naar aanleiding van een voorstel van de Commissie van Rapporteurs om in art. 311 (thans lid 1) onder 5 Sr te spreken van ‘het weggemen goed’. De minister wees erop dat ‘het weg te nemen goed’ wegens de poging de enig mogelijke uitdrukking is. Op het moment van de braak is het goed nog niet weggenomen; H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht 1881. Tweede Deel*, p. 479. De Hoge Raad oordeelde al vroeg dat braak en verbreking evenals het gebruik van een valse sleutel en inklimming als een begin van uitvoering van diefstal zijn te beschouwen voor zover deze gedragingen ‘met de volvoering van een voorgenomen diefstal in noodzakelijk en onmiddellijk verband staan en alleen met het oog daarop ondernomen zijn’ (HR 13 januari 1891, W.5990). Zie ook J. Remmelink & D. Hazewinkel-Suringa, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa’s inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 401.

45 Zie bijv. HR 19 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:81.

46 Bij formele delicten (delicten waarbij niet zoals in art. 287 Sr een bepaald gevolg strafbaar is gesteld, doch louter een bepaalde gedraging, zoals in art. 3 Opiumwet) laat een poging zich soms lastig denken, omdat een begin van uitvoering moeilijk te onderscheiden is van het voltooide delict. Dit houdt verband met het feit dat met het aanvangen van de gedraging (bijvoorbeeld ‘vervoeren’ in art. 3 onder B Opiumwet) het delict ook direct is voltooid.

Een treffend voorbeeld van een situatie waarin nog geen bestanddeel is vervuld maar wel reeds duidelijk sprake was van een begin van uitvoering betreft HR 12 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN4351. De vier verdachten in deze zaak waren met de auto naar de woning van het slachtoffer gereden ter uitvoering van het voornemen om uit die woning geld of goederen weg te nemen. Zij hebben daartoe een PTT-jas, een elektrisch wapen, walkietalkies en een doos meegenomen. Een van de verdachten heeft de PTT-jas aangedaan en is aldus gekleed naar de woning gelopen terwijl hij een doos met daarin het elektrische wapen bij zich had. De anderen bleven in de buurt. Uiteindelijk heeft de verdachte in de PTT-jas niet aangebeld. Hij deed slechts alsof om zo vrijwillig terug te treden.⁴⁷ Maar nu mededaders niet ‘profiteren’ van het vrijwillig terugtreden van één van hen, lag wel de vraag voor of reeds sprake was van een strafbare poging voor de mededaders die in de auto zijn blijven zitten terwijl de uiteindelijk ‘teruggetreden’ verdachte al wel vermoed tot aan de voordeur was geraakt, maar nog niet had aangebeld en het wapen nog in de doos zat. Nu het hier om medeplegen ging, moesten de gedragingen als een geheel worden beschouwd, waardoor het door de medeverdachte vermoed en gewapend naar de voordeur lopen ook voor de anderen als een begin van uitvoering van de voorgenomen diefstal met geweld kon worden beschouwd, nu dat volgens de Hoge Raad – in het licht van het daadplan – reeds kon worden aangemerkt als te zijn gericht op de voltooiing van het voorgenomen misdrijf. Dat de verdachten die in de auto zijn blijven zitten nog slechts ‘Grenswisselkantoor-verdachten’ waren maakt dus niet dat zij niet voor het medeplegen van poging kunnen worden veroordeeld wanneer een medeverdachte reeds een ‘Uitzendbureau Cito-verdachte’ is.⁴⁸

In de aanleiding voor dit artikel vormende *Helikopter-zaak*⁴⁹ ging het – zoals bekend – om de complexe poging topcrimineel Benaouf A. te bevrijden uit de P.I. Roermond. Konden de bewezenverklaarde gedragingen worden beschouwd als een begin van uitvoering van die voorgenomen bevrijding? De bewuste gedragingen waren de volgende:

- ter voorbereiding van de bevrijding eind juli 2017 een woning ([a-straat 1] te [plaats]) huren;

47 Tegenover de anderen deed hij het voorkomen dat de bewoners niet thuis waren. Vervolgens zijn ze allemaal weggereden.

48 Een ander voorbeeld waarin wel een strafbare poging is aangenomen hoewel nog geen delictsbestanddeel is gerealiseerd, vormt HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6466 waarin iemand een wethouder wilde vermoorden en daartoe het gemeentehuis binnendrong. De wethouder bleek afwezig waarna verdachte ambtenaren gijzelde om zo de wethouder te dwingen te verschijnen. Zie ook HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769 waarin iemand probeerde een vuurwapen voorhanden te krijgen door te reageren op een advertentie, maar de koop vervolgens niet doorging omdat verdachte niet beschikte over een wapenvergunning, en HR 30 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:388; NJ 2021/227 m.nt. A.J. Machielse, waarin verdachte is veroordeeld voor poging tot het plegen van ontucht met een persoon ouder dan 12 maar jonger dan 16 jaar, terwijl er nog geen fysieke toeanadering of aanraking had plaatsgevonden.

49 HR 30 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:389.

- die woning in elk geval gebruiken om kraaienpoten te vervaardigen, de (hijs)constructie met autobanden en touwen te maken om de gevangene van de luchtplaats te takelen en de helikopterpiloot tijdelijk onder te brengen;
- het in september 2017 uit Colombia laten overkomen van deze helikopterpiloot;
- het meermalen organiseren van ontmoetingen met de helikopterpiloot en hem instructies geven over de uitvoering van de kaping en bevrijding;
- het huren van een helikopter voor vier passagiers en het afspreken van een vertreklocatie en tussenlandingslocatie;
- het (tweemaal) gezamenlijk overnachten in een nabij de vertreklocatie van de helikopter gelegen hotel;
- het organiseren van gestolen (vlucht)auto’s met valse kentekenplaten;
- het afleveren van de zogenaamde huurder van de helikopter bij de vertrekplaats;
- het wachten op de komst van de helikopter op de tussenlandingslocatie in een auto met daarin wapens, de Colombiaanse helikopterpiloot en middelen om eventueel aan de politie te ontvluichten en sporen weg te maken (kraaienpoten, benzine en vuurpijlen);
- het gedurende de uitvoering van deze bevrijdingsactie onderling telefonisch overleg voeren over het vertrekmoment van de helikopter in verband met de luchtijd van de gevangene;
- het telefonisch contact onderhouden met de gevangene zelf rond het tijdstip van zijn geplande bevrijding;
- het nabij de P.I. Roermond wachten in een (vlucht) auto met daarin ook een wapen en middelen om eventueel aan de politie te ontvluichten en sporen weg te maken (kraaienpoten, benzine en vuurpijlen).⁵⁰

Het hof oordeelde dat met het samenstel van deze gedragingen van alle betrokkenen in vergaande mate al feitelijk uitvoering is gegeven aan de op de bevrijding van Benaouf A. gerichte actie met een sterk planmatig karakter. Deze voorgenomen bevrijdingsactie zou kort daarna zijn voltooid als de politie niet had ingegrepen door de helikopter niet te laten opstijgen en door op te treden jegens de personen in de BMW en de Audi, die zich bevonden op de locatie van de beoogde tussenlanding respectievelijk in de nabijheid van de penitentiare inrichting. De Hoge Raad overwoog dat dit oordeel niet blij gaf van een onjuiste rechtsopvatting en toereikend is gemotiveerd. Het bevrijden zelf had met de helikopter moeten plaatsvinden boven de luchtplaats van de P.I. in Roermond, maar de helikopter is nooit opgestegen van-

50 In de [b-straat] in Roermond zijn namelijk een gestolen BMW 550 (die daarvoor in Maarheeze stond) en een gestolen Audi A4 klaargezet, elk met valse kentekenplaten. In de BMW 550 is een rode plastic bak met soortgelijke kraaienpoten aangetroffen, een soortgelijke jerrycan benzine en één vuurpijl.

af de vertreklocatie te Budel.⁵¹ Zou dat wel zijn gebeurd, dan had – alvorens de helikopter de 30 kilometer van Budel naar Roermond zou hebben overbrugd – eerst op een tussenlandingsplaats te Weert nog een belangrijke actie moeten worden verricht in de vorm van het vervangen van de piloot van het helikopterverhuurbedrijf door de eigen ingevlogen Colombiaanse piloot. Weliswaar was volstrekt duidelijk dat hier reeds een begin was gemaakt met het uitvoeren van een complex en gedetailleerd plan, maar vereist is natuurlijk dat reeds een begin van uitvoering van het bevrijden van Benaouf A. was gemaakt. Kijken we naar de hierboven opgesomde twaalf gedragingen, dan zijn de eerste zeven daarvan pure voorbereidingshandelingen. Met de laatste vijf gedragingen werd de voorbereidingsfase verlaten en werd op de bewuste dag een aanvang gemaakt met de keten van handelingen die uiteindelijk tot het omhoog halen van de gedetineerde boven de luchtplaats van de P.I., het vervolgens wegvliegen en het daarna met een in de buurt gereed staande snelle auto (verder) wegvoeren van de gevangene zou moeten leiden. Daarmee zou het delict zijn voltooid omdat dan toch mag worden aangenomen dat Benaouf A. feitelijk buiten het onmiddellijk bereik van de justitiële autoriteiten zou zijn gekomen. Dat er qua tijd en plaats (30 kilometer vliegen, via de tussenlandingsplaats) nog het nodige diende te gebeuren en de cruciale helikopter nooit is opgestegen, stond dus niet in de weg aan het oordeel dat reeds een aanvang was gemaakt met de bevrijdingsactie. A-G Bleichrodt vond die geografische afstand niet problematisch, nu de reeds verrichte gedragingen niet in een ‘te ver verwijderd verband stonden tot de voltooiing van het voorgenomen misdrijf’ en die gedragingen ‘in voldoende concrete mate, rechtstreeks waren gericht op een prompte verwerkelijking van het voorgenomen misdrijf’. Overigens was voor de Hoge Raad zeker niet onbelangrijk dat een aantal mededaders al volgens plan wel in de buurt van de P.I. (als zijnde de plek waar het uiteindelijk allemaal zou moeten gebeuren) was geraakt door daar in snelle auto’s te wachten op het verder buiten de macht van justitie brengen van Benaouf A.⁵² Zij waren daarmee in fysiek opzicht en met zware wapens al dicht bij de te bevrijden persoon.

Bij de formeel omschreven delicten blijkt het lastig om het begin van uitvoering te markeren, omdat daar het delict bestaat uit de gedraging alleen. Het moet dan gaan om handelingen die zeer dicht tegen het telen, in bezit krijgen, vervoeren, invoeren etc. aanzitten. Dit heeft van doen met het feit dat zonder zo’n beperking in feite elke aan de voltooide delictsgedraging voorafgaande handeling in potentie geschikt is om als een begin van uitvoering te worden aangemerkt. We zien die beperking ook terug in de rechtspraak van de Hoge Raad

51 De politie had al lucht gekregen van het plan en het bedrijf dat de heli’s verhuurde ingeseind.

52 Door in zijn algemene overwegingen te wijzen op het belang van de gedragingen van eventuele deelnemers en in de op de zaak betrekking hebbende overwegingen te wijzen op het de in de reeds in de nabijheid van de P.I. verkerende Audi.

specifiek met betrekking tot de invoer van verdovende middelen.⁵³ Specifiek wanneer het gaat om die invoer van verdovende middelen is nog niet geheel duidelijk of voor een begin van uitvoering is vereist dat men al is begonnen met het vervoeren van de drugs of dat reeds voldoende is de mogelijkheid tot het prompt kunnen vervoeren van de drugs, al lijkt de rechtspraak van de Hoge Raad te wijzen in de richting van dat laatste.⁵⁴ De vraag echter of de gedragingen qua tijd en plaats wel voldoende dicht bij de voltooiing van de invoer in Nederland liggen, zou bij dit type delict in die zin een minder belangrijke rol moeten spelen, omdat een concreet op invoer gerichte gedraging een begin van uitvoering op zou moeten leveren wanneer er geen obstakels of bijzonderheden meer zijn die nog aan het over de landsgrens brengen van de drugs in de weg kunnen staan. Het is dan irrelevant met welk vervoermiddel men vervoert en hoelang de reis duurt. Zonder onderschepping onderweg zullen de drugs immers ‘gewoon’ in Nederland aankomen.

Analyse n.a.v. de hierboven besproken zaken

Uit de hierboven besproken rechtspraak kan worden afgeleid dat van een begin van uitvoering kan worden gesproken wanneer een verdachte gedragingen verricht die er concreet op zijn gericht om bij een ongestoorde voortgang vloeiend in voltooiing van het betreffende delict over te gaan.⁵⁵ Met ‘vloeiend’ wordt dan bedoeld dat er naar redelijke verwachting geen nog buiten de machtssfeer van de verdachte gelegen nog te overwinnen hindernissen meer zijn die aan een prompte voltooiing in de weg kunnen staan. Wanneer men de film had laten doorspelen volgens het scenario dat aan verdachte(n) voor ogen stond op het moment waarop de exercitie nu is gestrand, dan zou binnen een kort tijdsbestek of (bij een formeel delict als bijv. de invoer van drugs) zonder noemenswaardige⁵⁶ nadere handelingen te verrichten het beschermde rechtsgoed worden aangetaast.⁵⁷ Met ‘een ongestoorde voortgang’ wordt dan bedoeld op het zich niet voordoen van enige omstandigheid die in de weg staat aan voltooiing van het misdrijf, zoals politieel ingrijpen, het niet werken van een vuurwapen, onverwachts verzet door het slachtoffer et cetera). Van nog te verrichten noemenswaardige handelingen kan sprake zijn wanneer er nog dingen moeten

53 Zie bijvoorbeeld HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:575 (*Ophalen hasjes in Marokko*); HR 2 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:975 (*Cocaïne voor de kust van Zuid-Amerika*); HR 28 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:479 (*Vervoer van cocaïne naar de haven in de Dominicaanse Republiek om te worden ingescheept*). Opvallend is in dat verband dan HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769 (*Poging voorhanden hebben wapen*), waarin volgens de Hoge Raad wel een begin van uitvoering kon worden aangenomen.

54 Zie en vgl. in dat verband m.n. de in voetnoot 55 reeds genoemde arresten ECLI:NL:HR:2020:975 en ECLI:NL:HR:2023:479.

55 Zie bijv. HR 3 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9152 en HR 12 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN4351.

56 I.d.z.v. complex of risicovol.

57 Mishandeld, verkracht, vermoord, bevrijd etc. als het gaat om een persoon, of betreden, weggenomen, overvallen, vernield, in brand gestoken etc. als het gaat om een voorwerp. Bij formele delicten kan men dan denken het voorhanden / in bezit hebben, het binnen of buiten het grondgebied brengen, het kweken etc.

gebeuren alvorens de finale stap naar voltooiing kan worden gezet die een verdachte niet zelf in de hand heeft of controleert.⁵⁸

Niet relevant is of het beoogde doelwit daadwerkelijk met de verdachte is geconfronteerd. Voldoende is dat de verdachte tot in de normaliter autonome beschermde sfeer van het slachtoffer is geraakt wanneer dat voor uitvoering van het misdrijf noodzakelijk is.⁵⁹

Als het gaat om een meer gedetailleerd of complex daadplan kan van een begin van uitvoering worden gesproken wanneer concreet met de uitvoering van dat plan is begonnen op een wijze waarop er voor de rechtsorde al een zeer gevaarlijke situatie is ontstaan en – wederom bij een ongestoorde voortgang – het beschermde rechtsgoed binnen korte tijd zal worden geschonden. Alsdan is niet doorslaggevend het feit dat de verdachte(n) niet in de beschermde sfeer van het slachtoffer is/ zijn geraakt of in de buurt geweest van het beoogde object.⁶⁰ Zo'n voor de rechtsorde zeer gevaarlijke situatie kan ontstaan wanneer al geweldshandelingen worden verricht of dreigen te worden verricht tegen personen (of goederen) tijdens de executie van het voorbereide delict ('*being on the job*'). Daarbij kan ook relevant zijn of teruggevallen kan worden op artikel 46 Sr, indien ingrijpen door de politie vanwege een acuut gevaar voor goederen of personen wenselijk of noodzakelijk is en verdachten strafrechtelijk de dans zouden ontspringen als van een strafbaar feit nog geen sprake zou zijn.⁶¹ Al met al kunnen uit de rechtspraak van de Hoge Raad de volgende concrete factoren en aandachtspunten ter bepaling van de vraag of sprake is van een begin van uitvoering worden gedestilleerd:

- Zijn er anderen als medeplegers betrokken en hoe ver reikt deze betrokkenheid?
- Is reeds een kwalificerend of constitutief bestanddeel van de delictomschrijving vervuld?
- Zijn de gedragingen qua tijd en plaats nauw verbonden met voltooiing?
- Zijn de gedragingen in concrete mate gericht op voltooiing van het delict?

58 Zie bijv. de nog aan te tonen 'kredietwaardigheid' in HR 2 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:975.

59 Zie bijv. HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6466 (*Stadhuis Almelo*) waarin de verdachte tot bij het kantoor van de wethouder was geraakt en het niet aan het aannemen van een begin van uitvoering in de weg stond dat de wethouder op dat moment niet in het pand aanwezig was.

60 Zie bijv. HR 16 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2675 waarin de daders nooit bij het Hoogvliet-telcentrum zijn gearriveerd en kennelijk al wel met de uitvoering van de overval op dat telcentrum waren aangevangen en natuurlijk de *Helikopter*-zaak (HR 30 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:389) waarin de helikopter niet in de buurt is geweest van de P.I. Roermond (doch de snelle vluchtauto's wel).

61 Zie in dat verband A-G Bleichrodt in zijn conclusie voor de *Helikopter*-zaak (ECLI:NL:PHR:2021:111 onder 47): 'Bij het voorafgaande moet worden bedacht dat de poging tot bevrijding van een gevangene wordt bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren. Art. 46 Sr is hierop niet van toepassing. Ook uit handhavingsoogpunt is er veel voor te zeggen dat de politie niet eerst op grond van de verdenking van een poging tot bevrijding zou mogen optreden nadat de helikopter met een verdachte aan boord daadwerkelijk op vlieghoogte zou zijn.'

- In hoeverre dienen nog 'tussenhandelingen' te worden verricht die buiten de machtssfeer/controle van de verdachte(n) liggen?
- Hoe gedetailleerd/complex is het daadplan en hoe groot en direct is het gevaar voor de rechtsorde door hetgeen reeds in het kader van dat plan is verricht?
- Is de verdachte reeds binnen de autonome en beschermde sfeer van het beoogde slachtoffer/object geraakt (waarbij geldt dat een confrontatie geen vereiste is)?
- In hoeverre is de verdachte in staat om op het betreffende moment het delict te voltooien?
- Zou het delict bij ongestoorde voortgang aanstonds worden voltooid?
- Is er een direct en duidelijk gevaar voor het beschermde rechtsgoed?
- Is er voorbereiding als vangnet?

6. De poging in het Franse recht

Bij de totstandkoming van artikel 45 Sr heeft artikel 2 CP (oud) in meerdere opzichten tot voorbeeld gediend.⁶² Vandaar dat wij in deze bijdrage ook enige aandacht schenken aan de Franse doctrine en rechtspraak over dit onderwerp. De aandacht is – vergeleken met die voor het Duitse en Angelsaksische recht – beperkt, omdat de strafbare poging in de Franse doctrine en rechtspraak in vergelijking met die andere rechtsstelsels veel minder is uitgewerkt. Maar misschien zijn er wel aanknopingspunten in te vinden voor de beantwoording van de vraag wat een begin van uitvoering kan zijn en voor de zoektocht naar beoordelingsfactoren die voor die beantwoording relevant kunnen zijn.

Artikel 45 Sr spreekt van een voornemen dat zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard. De gelijkernis met artikel 2 van de Code Pénal (CP) zoals die gold van 1832 tot 1 maart 1994 is opvallend. In artikel 2 was immers te lezen: 'Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution (...) est considérée comme le crime même.' Artikel 121-5 van de nieuwe CP bedient zich thans van dezelfde bewoordingen: 'La tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur.'

Maar er is ook een niet onbelangrijk verschil. Artikel 45 Sr ziet op de situatie waarin zich *het voornemen* van de dader door het begin van uitvoering van een misdrijf openbaart. In de CP staat dat *de poging* zich openbaart door een begin van uitvoering. De poging is dus niet gelijk te stellen met het begin van uitvoering, maar openbaart zich daarin. Door deze woordkeus van de Franse

62 H.J. Smid, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1881, Eerste Deel, p. 391 e.v.; Rammelink & Hazewinkel-Suringa, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 393.

wetgever wordt de strafbare poging sterker geassocieerd met wat wij in Nederland het voornemen noemen dan met een begin van uitvoering. Dat leidt volgens Donnedieu de Vabres tot een meer subjectieve toonzetting.⁶³ Ook het feit dat de strafbare poging in het Franse strafrecht gelijkgesteld is aan het misdrijf zelve en niet een verlaagde strafbedreiging kent, biedt steun aan een subjectieve uitleg van de strafbare poging.⁶⁴

In die subjectieve uitleg staat de definitieve richting van de criminele wil centraal. Er is een begin van uitvoering als verdachte de handelingen heeft verricht die in zijn idee het misdrijf moesten opleveren dat hem voor ogen stond.⁶⁵ Donnedieu de Vabres bepleit dat alles wat iets zegt over de criminele gezindheid van de verdachte in aanmerking kan worden genomen bij de beoordeling of er een strafbare poging is. Zo zal er sneller een begin van uitvoering kunnen worden aangenomen als men met een recidivist te maken heeft. Ook andere auteurs benaderen de poging vanuit een subjectief standpunt en zien de eis van het begin van uitvoering in dat perspectief.⁶⁶ Het begin van uitvoering wijst dan op de gevaarlijkheid van de dader. Zelfs auteurs die het begin van uitvoering zowel objectief – bijvoorbeeld in relatie tot de inhoud van de delictomschrijving – als subjectief invullen wijzen op de mogelijke relevantie van de antecedenten van de dader in relatie tot het begin van uitvoering.⁶⁷

Het Cour de Cassation (CdC) omschrijft een begin van uitvoering vaak als de daden die direct en onmiddellijk gericht zijn op de voltooiing van het delict ('des actes qui tendent directement et immédiatement à la consommation de l'infraction').⁶⁸ Enige variaties komen voor, zoals daden die direct zijn gericht op het misdrijf met het opzet om dat te plegen.⁶⁹ Maar ook in de Franse rechtspraak ontbreekt een instrument dat nauwkeurig de voorbereiding van de uitvoering scheidt. Of daden direct en onmiddellijk zijn gericht op het misdrijf hangt immers af van de omstandigheden van het geval. De persoonlijke kenmerken van de dader kunnen in de Franse rechtspraak bij die beoordeling een rol spelen. Bijvoorbeeld in een zaak waarin het ervoor moest worden gehouden dat verdachte blij heeft gegeven van zijn opzet om goederen te ontvreemden, in welk kader werd overwogen dat verdachte het gewoon is zulke gedragin-

gen te plegen ('d'ailleurs coutumier de telles activités').⁷⁰ De geneigdheid van de dader te kiezen voor het criminele pad en diens daaruit voortvloeiende gevaarlijkheid zijn in de Franse rechtspraak factoren die voor de beantwoording van de vraag of er een begin van uitvoering is meer gewicht in de schaal lijken te leggen dan in het Nederlandse recht, hetgeen tot een verschuiving naar voren van de strafrechtelijke aansprakelijkheid lijkt te leiden.⁷¹

De termen waarin het begin van uitvoering in de Franse rechtspraak en doctrine wordt omschreven zijn evenmin als in Nederland voldoende onderscheidend voor een verschil tussen voorbereiding en poging. Wel kan men bevroeden dat in Frankrijk subjectieve beoordelingsfactoren een prominentere plaats zullen hebben dan in Nederland. Te denken is dan aan de geneigdheid tot criminaliteit, bijvoorbeeld blijkend uit recidive. Maar deze insteek kan, mits verder geobjectiveerd, toch een wissel bieden in de richting van een verwante, maar nog verder te ontwikkelen beoordelingsfactor. Als een eerdere criminele werkwijze zich al enige malen heeft bewezen kan dat een beoordelingsfactor zijn als dezelfde groep verdachten begint aan een herhaling van deze modus operandi in het vertrouwen dat deze ook nu weer tot succes zal leiden. Denk aan het geval waarin eerder met succes drugs Nederland zijn binnengebracht op een bepaalde manier en een nieuwe operatie op dezelfde wijze wordt aangepakt. Of denk aan het plegen van plofkraak in onze buurlanden, het oplichten van beleggers et cetera. Eerdere geslaagde criminele operaties kunnen op die wijze hun schaduw vooruit werpen.

7. Aanknopingspunten in het Duitse recht

De rechtspraak van de Bundesgerichtshof (BGH) neemt volgens de schrijvers de voorstelling die de dader heeft als uitgangspunt. Zo schrijven Schönke/Schröder:

'Grundlage der Beurteilung ist die "Vorstellung des Täters von seiner Tat", kurz: der Täterplan.'⁷²

De BGH gebruikt daartoe in BGH 17 maart 2022, 4 StR 223/21 het 'unmittelbar ansetzen'⁷³ uit § 22 StGB⁷⁴ als vertrekpunt. Er is sprake van een 'unmittelbares Ansetzen' bij handelingen

63 H. Donnedieu de Vabres, *Traité de Droit Criminel et de Législation Pénale Comparée*, Paris: Sirey 1947, nr. 216.

64 H. Donnedieu de Vabres, t.a.p., nr. 237, 239; J. Pradel, *Droit pénal général (Référence)*, Paris: Éd. Cujas 2012, nr. 381.

65 H. Donnedieu de Vabres, t.a.p., nr. 231.

66 B. Bouloc, *Droit pénal général (Précis)*, Paris: Dalloz 2017, nr. 251.

67 F. Desportes & F. Le Gunehec, *Droit pénal général (Corpus. Droit privé)*, Paris: Economica 2009, nr. 454.

68 Bijv. CdC 5 juni 1984, nr. 83-90.215, waarin het CdC het cassatieberoep verwierp tegen de beslissing van de feitenrechter, inhoudende dat het in de showroom tonen van auto's waarvan de kilometerteller was teruggedraaid een poging tot bedrog opleverde, ook als er nog geen contact was geweest met een klant die belangstelling voor (een van) die auto's had. Voorts CdC 3 mei 1974, Bull. Crim. 157, waarin verdachte veroordeeld is voor een poging tot oplichting doordat hij aan mogelijke klanten wijnmonsters had verzonden, voorzien van een vals certificaat van oorsprong.

69 CdC 27 februari 2008, nr. 08-82.085.

70 CdC 17 augustus 2000, nr. 00-83.537. Verdachte werd vervolgd voor poging tot diefstal met geweld, de dood ten gevolg hebbende.

71 Bijv. CdC 13 januari 2021, nr. 20-85.791, waarin al een strafbare poging tot moord is aangenomen ten aanzien van de verdachte die het beoogde slachtoffer bij haar woning stond op te wachten met een geladen vuurwapen. Vgl. HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6466 en HR 4 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:232; NJ 2014/205 m.nt. Keijzer.

72 Schönke/Schröder/Eser/Bosch StGB, 30. Aufl. 2019, § 22 Rn. 33, 34.

73 Direct/onmiddellijk aanzetten / beginnen met.

74 Het Duitse wetboek van strafrecht.

‘die nach der Vorstellung des Täters in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen oder mit ihr in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum “Jetzt geht es los” überschreitet, es eines weiteren Willensimpulses nicht mehr bedarf und er objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Erfüllung des Tatbestandes übergeht, wobei auf die strukturellen Besonderheiten der jeweiligen Tatbestände Bedacht zu nehmen ist (...).’

Niet als ‘Zwischenakte’ zijn te beschouwen handelingen

‘die wegen ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Tathandlung nach dem Plan des Täters als deren Bestandteil erscheinen, weil sie an diese zeitlich und räumlich angrenzen und mit ihr im Falle der Ausführung eine natürliche Einheit bilden; dies kann auch für ein notwendiges Mitwirken des Opfers gelten (...).’

Voor de beoordeling van ieder geval zijn relevante criteria onder meer ‘die Dichte des Tatplans und der Grad der Rechtsgutsgefährdung’.

De BGH acht dus relevant of het handelen van de dader in diens voorstelling rechtstreeks tot het strafbare feit zal leiden – een soort subjectief strekkingsbegrip – of hoe dicht in tijd en ruimte het handelen bij het voltooide delict staat. De BGH wijst in dat verband op ‘die Dichte des Tatplans⁷⁵ und der Grad der Rechtsgutsgefährdung’. Dit lijkt sterk op een soort beoordelingsfactoren zoals gebezigd in de *Helikopter*-zaak.⁷⁶ Het heeft er dan ook alle schijn van dat de Hoge Raad zich goed op de hoogte heeft gesteld van de rechtspraak van de BGH en zich daardoor heeft laten inspireren.

Het ‘Tatplan’ is dus het kader waarbinnen de beoordelingsfactoren moeten worden getoetst. Als eenmaal een handelen wordt ingezet dat volgens het plan van de dader als het ware de poort naar zijn uiteindelijke doel opent – bijvoorbeeld het verbreken van een raam om diefstal te kunnen plegen, het aanwenden van geweld om te kunnen verkrachten – en dat het hem mogelijk maakt om daarop het delict te plegen, is er sprake van een ‘onmiddellbaar Ansetzen’.

In de rechtspraak van de BGH lijkt ruimte toegekend te kunnen worden aan ervaringen die men heeft opgedaan bij de uitvoering van eerdere vergelijkbare delicten als op grond daarvan het ‘Tatplan’ voor een nieuw project vorm krijgt. Denk aan het geval waarin eerdere cocaïne-transporten die op dezelfde wijze zijn opgezet zijn gelukt, plofkraak, oplichtingen. In dat geval kan een

75 Waarmee de BGH kennelijk bedoelt de mate waarin het plan is uitgewerkt, waarin rekening is gehouden met tegenslagen, alternatieven, alle details et cetera.

76 HR 30 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:389; NJ 2021/228 m.nt. A.J. Machielse.

nieuw transport/plofkraak/oplichting volgens dezelfde blauwdruk opgenomen zijn in het ‘Tatplan’ van de daders, met misschien nog een aantal aanpassingen die de kans op slagen moeten vergroten. Daardoor wordt het al bestaande en gebruikte ‘Tatplan’ nog verder ingevuld en wordt vanuit het standpunt van de daders bekeken de gevaarstelling voor het rechtsgoed herhaald of nog verder verhoogd. Op die manier zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de hiervoor besproken Franse rechtspraak die ook recidive relevant acht voor de vraag of er een begin van uitvoering is.

8. Eventuele aanknopingspunten in Angelsaksisch recht

In het Angelsaksische recht wordt al lange tijd geworsteld met ‘the conduct element’⁷⁷ van de poging. Het wordt zelfs gezien als een inmiddels klassiek vraagstuk; als een verdachte eenmaal heeft besloten een misdaad te gaan plegen, in welke mate moet hij dat besluit dan door actie hebben opgevolgd om van een poging te kunnen spreken? Middels verschillende theorieën is getracht om een algemene formule te vinden die richting zou kunnen geven bij in beginsel alle typen delicten.⁷⁸ Dat dit geen eenvoudige klus is gebleken, blijkt wel uit het relatief grote aantal formules die zijn ‘getest’ (en dikwijls verworpen).⁷⁹ Duidelijk is in ieder geval dat de door de ‘Common-law courts’ gebezigde formules zich ergens bevinden tussen ‘first acts’ en ‘last acts’.

In dat verband spreekt de Amerikaanse Model Penal Code (MPC) van een ‘substantial step’. Vereist is dat de verdachte een ‘substantial step in a course of conduct planned to culminate in the defendant’s commission of the crime’ verricht.⁸⁰ De vraag is natuurlijk wat onder zo’n ‘substantial step’ moet worden verstaan, nu dat an sich een tamelijk vage term is. De MPC geeft zelf een aantal voorbeelden (niet limitatief uiteraard) van situaties/gedragingen die in ieder geval als een ‘substantial step’ worden gezien:

‘(a) lying in wait, searching for or following the contemplated victim of the crime;

77 De daad waarmee de intentie een bepaald delict te plegen wordt opgevolgd.

78 Eldar verwoordt dit als volgt: ‘Such distinctions must find a cut-off point within this diversity that correctly distinguishes between permissible and forbidden behavior and is valid for both a terrorist’s attempt to carry out a suicide attack and a bank clerk’s attempt to embezzle.’ (S. Eldar, ‘Attempt, Legality and Intention: Rethinking Attempt Liability in the Aftermath of the English Law Commission Report No. 318’, 48 *Criminal Law Bulletin* 956 (2012)).

79 Treffend in dat verband is de uitspraak van Meehan en Currie: ‘Gleaning, from the morass of reported cases, a formula of universal application to all factual situations is like trying to remove chewing gum from an angora sweater’ (E. Meehan & J.H. Currie, *The Law of Criminal Attempt* (2nd ed., Carswell, Ontario, 2000) p. 105.

80 MPC 5.01(1)(c).

- (b) enticing or seeking to entice the contemplated victim of the crime to go to the place contemplated for its commission;
- (c) reconnoitering the place contemplated for the commission of the crime;
- (d) unlawful entry of a structure, vehicle or enclosure in which it is contemplated that the crime will be committed;
- (e) possession of materials to be employed in the commission of the crime, that are specially designed for such unlawful use or that can serve no lawful purpose of the actor under the circumstances;
- (f) possession, collection or fabrication of materials to be employed in the commission of the crime, at or near the place contemplated for its commission, if such possession, collection or fabrication serves no lawful purpose of the actor under the circumstances;
- (g) soliciting an innocent agent to engage in conduct constituting an element of the crime.’

Om een poging op te leveren moet een gedraging een duidelijke stap richting voltooiing zijn, maar niet vereist is dat de gedraging reeds dicht tegen voltooiing aanzit. Wel dient de gedraging echter ‘strongly corroborative of the actor’s criminal purpose’ te zijn. Hoewel het de bedoeling was om (i.t.t. eerdere formules) een begrijpelijke en eenvoudig toepasbare ‘test’ te verschaffen, lijkt met het opnoemen van de voorbeelden impliciet te worden erkend dat de formule wellicht te open is.⁸¹ De voorbeelden zorgen echter niet direct voor duidelijkheid terwijl twee ervan (e en in mindere mate f) nog op de voorbereidende fase lijken te zien.⁸² De ‘substantial step-test’ uit de MPC wordt dan ook niet in alle jurisdicties gebruikt. Men stuit immers ook op een drietal andere formules: de ‘proximity test’, de ‘unequivocality test’ en de ‘probable desistance test’.

De ‘proximity test’ behelst een objectieve toets waarbinnen dient te worden beoordeeld of een gedraging ‘very near or dangerously close to the completion of the crime’ is. Hoewel dit niet zo ver gaat dat enkel de laatste stap nog moet worden verricht om tot voltooiing te komen, moet een verdachte wel in de onmiddellijke gelegenheid zijn om het delict te voltooien. De toets is dus niet zozeer gericht op wat er al gedaan is door de verdachte, maar op wat hij nog moet doen. De ‘unequivocality test’ heeft een andere invalshoek. De focus is hier op hetgeen reeds door de verdachte is verricht. De test is ook wel bekend als de ‘Clarity of Purpose to Commit a Crime’-test.⁸³ Er is dan sprake van een begin van uitvoering wanneer de gemiddelde rechtsgenoot die het gedrag van de verdachte aanschouwt zou oordelen dat de

verdachte ‘clearly and indisputably intends to commit a crime’. Hier wordt de uiterlijke verschijningsvorm dus gebruikt om de misdadige intentie van een verdachte bloot te leggen, maar dat zegt nog niets over de strafbare poging. Daarmee lijkt zij voor Nederland onbruikbaar. De test is ook niet heel populair en wordt als weinig richtinggevend gezien. Onder de ‘probable desistance test’ is sprake van een poging wanneer ‘in the ordinary and natural course of events, without interruption from an outside source, they would result in the crime intended’. Daarmee vertoont zij overeenkomsten met de Duitse ‘Teilaktstheorie’, waarbij aan het objectieve aspect van de poging⁸⁴ is voldaan wanneer de dader gedragingen verricht die ‘ohne wesentliche Zwischenschritte zur Tatbestandsverwirklichung führen oder mit ihr in unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen’.⁸⁵ Ook Arendse wijst op dit aspect in haar dissertatie over de uiterlijke verschijningsvorm, waar zij spreekt over een aanvang maken met een nauw samenhangend, opeenvolgend geheel van gedragingen, dat zonder van buiten komende omstandigheid tot voltooiing van het misdrijf zou hebben geleid.⁸⁶

Hoewel logischerwijs vaag en zonder invulling met nadere criteria en/of aandachtspunten ontoereikend, geven deze formules in ieder geval enige richting, daar waar de uiterlijke verschijningsvorm dat niet doet. Wanneer men ‘substantial step’, ‘proximity’ en ‘probable desistance’ naast elkaar legt, kan geconcludeerd worden dat het dient te gaan om gedragingen die concreet op voltooiing zijn gericht, die daar bovendien dicht tegenaan zitten (er hoeft niet nog heel veel meer te gebeuren) en die bij een ongestoorde voortgang vloeiend in voltooiing zullen overgaan.

Het meest ruime pogingscriterium treft men aan in het Verenigd Koninkrijk, waar de Criminal Attempts Act 1981 vermeldt dat een verdachte zich schuldig maakt aan een poging een misdrijf te plegen wanneer ‘with intent to commit an offence to which this section applies, a person does an act which is *more than merely preparatory* to the commission of the offence’. Men kwam tot deze formulering omdat men afstand wenste te nemen van het daarvoor geldende ‘proximate’-criterium. Met ‘proximate’ zou namelijk het risico bestaan dat dit te letterlijk (i.d.z.v. ‘nearest’, ‘next before’) zou worden opgevat en er amper meer ruimte voor het aannemen van een poging zou zijn wanneer het niet al om de ‘final act’ zou gaan.⁸⁷ Dit nam echter niet weg dat ook het ‘more than merely preparatory’ zeer strikt werd uitgelegd. De ‘leading decision’ inzake de uitleg van ‘more than merely preparatory’ is *Gullefer*,⁸⁸ waarin werd bepaald dat de

81 En volgens Horder zelfs zo open dat zij zonder de verschaftte voorbeelden wel eens in strijd zou kunnen komen met het legaliteitsbeginsel (meer bepaald met het deelaspect ‘the principle of maximum certainty’) (J. Horder, *Ashworth’s Principles of Criminal Law*, 10th ed., p. 524).

82 Zie in dat verband Eldar: ‘But guidelines in the form of examples go only so far towards achieving certainty, since they do not cure the law of attempt of its main ailment, which is its general applicability across the board of criminal offenses’ (Eldar, onder 46, p. 11).

83 Of ‘res ipsa loquitur’ (‘the thing speaks for itself’).

84 Het met het begin van uitvoering vergelijkbare ‘unmittelbares Ansetzen’.

85 Zie Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, C.F. Müller 49. Auflage, p. 344. Zie voorts BGH 4 StR 223/21 – Urteil vom 17. März 2022 (LG Dortmund).

86 S.S. Arendse, *De uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 141.

87 Zie C.M.V. Clarkson, ‘Attempt: The Conduct Requirement’, *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 29, Issue 1, Spring 2009, p. 26.

88 (1990) 91 Cr App R 356.

verdachte 'had to have embarked on the crime proper'. Dit werd in latere rechtspraak zo uitgelegd dat er enkel sprake kon zijn van een poging wanneer de dader de confrontatie had met het beoogde slachtoffer of goed. Dit had de nodige kritiek tot gevolg op de uitkomsten in de bekende zaken *Geddes*⁸⁹ en *Campbell*,⁹⁰ waarin werd geoordeeld dat nog geen sprake was van een poging en de verdachten vrijuit gingen. In *Geddes* was de verdachte een school binnen gedrongen waar hij in de toiletten met een mes en touw stond te wachten om een minderjarige jongen te kidnappen. Omdat er geen jongen de toiletten binnenkwam gedurende de tijd dat hij daar stond te wachten, de verdachte 'couldn't embark on the crime proper'. In *Campbell* werd de verdachte gearresteerd terwijl hij vermomd met een nepwapen en een dreigbriefje voor de deur van een postkantoor stond dat hij van plan was te overvallen. Voor de voorgenomen be-roving was het noodzakelijk dat hij geweld gebruikt of met geweld dreigt tegen het personeel. Zonder confrontatie met dat personeel kon ook van deze verdachte niet worden gezegd dat hij 'had embarked on the crime proper'. Deze benadering werd als hoogst onbevredigend ervaren in het VK, omdat zij tot gevolg heeft dat verdachten die op het punt staan een misdrijf te plegen de dans ontspringen.⁹¹ Die onvrede heeft uiteindelijk geresulteerd in een 'consultation paper' van *The Law Commission* in 2007,⁹² waarin werd benadrukt dat de 'more than merely preparatory'-test te vaag en onzeker zou zijn en dat de uitleg van de 'actus reus' bij de poging ('the conduct element') in de hiervoor genoemde 'leading cases' als *Geddes* en *Campbell* onnodig strikt is. De reden hiervoor werd gezien in het feit dat de nadruk te veel is komen te liggen op (een uitleg van) 'attempt' en daarmee de notie van wat 'trying' (proberen) is en te weinig op de onderliggende ratio van de figuur (te weten een 'vivid danger' en een 'clear threat of harm'). Om die redenen kwam de commissie met een verstrekkend voorstel tot wijziging; de 'law of attempt' zou moeten worden vervangen door twee verschillende onvoltooid delicten:

1. an offence of criminal attempt which would be limited to last acts needed to commit the intended offence; and
2. an offence of criminal preparation, limited to acts of preparation which are properly regarded as part of the execution of the plan to commit the intended offence.'

Uiteraard is de nieuwe toevoeging onder 2. hier het meest interessant. Men noemt het weliswaar 'preparation', maar het gaat duidelijk verder dan bijvoorbeeld het alleen voorhanden hebben van voorwerpen bestemd tot het plegen van een misdrijf:

89 *R v Geddes* (1996) 160 JP 697.

90 *R v Campbell* (1991) 93 Cr App R 350.

91 Daarbij speelt natuurlijk mee dat voorbereiding ('preparation') daar (nog) niet strafbaar is.

92 *The Law Commission, Consultation Paper, Conspiracy and Attempts* (CP No. 183) (Pub. Oct. 2007).

'The defendant must be at the stage of "executory" or "on the job" preparation.'

Hoewel het voorstel het om een aantal redenen⁹³ niet heeft gehaald, was de voorgestelde nieuwe variant wel een zeer interessante. Het 'part of the execution of the plan to commit the intended offence'-gedeelte zou bijvoorbeeld aanstonds duidelijk hebben gemaakt waarom in de *Helikopter*-zaak sprake was van een poging; er was op de dag dat de bevrijding zou moeten gaan plaatsvinden gestart met de executie van een gedetailleerd daadplan, waardoor men overduidelijk uit de voorbereidende fase was getreden. Het doel van dit voorstel was om een pogingsformule te presenteren die beter zou aansluiten bij de achterliggende ratio ervan, te weten het iemand strafrechtelijk aansprakelijk stellen voor het concrete door hem veroorzaakte gevaar en het geven van voldoende gelegenheid aan de politie om tijdig in te grijpen teneinde dat gevaar af te wenden:

'In that regard, we take the view that there are a number of sound policy reasons for imposing criminal liability for some preparatory conduct occurring before D⁹⁴ actually completes or all-but completes an attempt to commit another offence.

These are:

- (1) the need for effective intervention by the police;
- (2) the desirability of imposing criminal liability in relation to conduct associated with a sufficiently *vivid danger* of intentional harm; and
- (3) the high moral culpability associated with preparatory acts closely linked in time with (what would be) the last act towards the commission of an intended offence.'⁹⁵

In dat verband is het voorstel terecht verworpen. Wanneer men van oordeel is dat de verdachten in zaken als *Geddes* en *Campbell* ten onrechte zijn vrijgesproken omdat zij toch al tamelijk dicht bij voltooiing zijn geraakt, dan is het beter de bestaande pogingsformule voor de *actus reus* te herzien op een manier die aansluit bij bovenstaande 'vivid danger' en 'a clear threat of harm'⁹⁶, die in ieder geval duidelijk maken dat een verdachte met zijn veruiterlijking van zijn voornemen dicht tegen voltooiing aan dient te zitten.⁹⁷ Naar aanleiding van het voorstel in het 'consultation paper' van *The Law Commission* heeft Clarkson deze taak op zich genomen in

93 Waarvan de belangrijkste was dat men geen onderverdeling in twee afzonderlijke figuren wilde wanneer dit op zich niet noodzakelijk is. Uiteindelijk werd door *The Law Commission* besloten geen wijziging voor te stellen in de objectieve component van de poging ('conduct element'), maar benadrukte zij wel met klem dat die objectieve component ruimer zou moeten worden uitgelegd dan tot dan toe was gebeurd in bijv. dus zaken als *Geddes* en *Campbell* (*The Law Commission, Conspiracy and Attempts* (LC No. 318) (2009).

94 Met deze letter wordt de verdachte ('Defendant') bedoeld. Zie voetnoot 6 van het rapport van de *Law Commission*, hiervoor in voetnoot 102 genoemd.

95 Punt 15 uit het in voetnoot 102 genoemde rapport.

96 Respectievelijk 12.6 en 15.6 uit het rapport.

97 'To be broadly comparable or constitutive of criminality, the defendant must have crossed a (relevant) threshold and have commenced, or be about to commence, on the execution of the crime.' (Clarkson 2009, p. 39).

zijn artikel 'Attempt: The Conduct Requirement'.⁹⁸ Hij wijst erop dat zo'n formule duidelijk moet maken dat een verdachte een bepaalde drempel over is en op het punt staat om te beginnen met de uitvoering van het betreffende delict:

'What is needed is a test that captures this crossing of a threshold and conduct displaying a "vivid danger" that the full offence will be committed.'

De moeilijkheid schuilt natuurlijk in het kunnen beantwoorden van de vragen welke 'threshold' men dan over moet en wanneer het gevaar voldoende 'vivid' is. Op zichzelf zijn deze termen te vaag en te weinig richtinggevend. Clarkson stelt uiteindelijk de volgende herformulering (door hem 'a new degree of proximity' genoemd) voor:

'A possible reformulation could run along the lines of imposing liability for attempt when a person: 'does an act which is more than merely preparatory to, and is closely connected to, the commission of the offence in terms of time, location and acts under the control of the accused remaining to be accomplished.'⁹⁹

Toepassing hiervan op *Geddes* en *Campbell* leidt ertoe dat in die zaken een poging zou moeten worden aangenomen omdat de gedragingen van de beide verdachten 'closely connected to the full offence' waren wat betreft tijd, locatie en nog te verrichten gedragingen. Vergelijken we deze formule met de door de Hoge Raad verduidelijkte Cito-formule in de *Helikopter*-zaak, dan zien we dat de overeenkomst schuilt in connectie met voltooiing qua tijd en/of plaats ('hoe dicht de vastgestelde gedragingen bij de voltooiing van het voorgenomen misdrijf lagen, bijvoorbeeld in tijd en/of plaats'). Ook kan de 'Clarkson-formule' worden gezien als een concretisering van de meer vage formules als 'substantial step' en 'proximity'. Daarnaast kan in het 'acts under the control of the accused remaining to be accomplished'-aspect de hiervoor reeds besproken 'probable desistance-test' worden herkend. Dit aspect komt niet naar voren in de verduidelijkte Cito-formule van de Hoge Raad, maar maakte wel onderdeel uit van de door de Hoge Raad aangehaalde overwegingen van het hof ('... en dat deze voorgenomen bevrijdingsactie kort daarna zou zijn voltooid als de politie niet had ingegrepen door de helikopter niet te laten opstijgen en door op te treden jegens de personen in de BMW en de Audi ...'). Omdat ook de uitkomst in de *Helikopter*-zaak (wel reeds een poging) overtuigend had kunnen worden bereikt met de formule van Clarkson, zou overwogen kunnen worden om tenminste de factoren tijd en/of plaats die door de Hoge Raad thans nog worden gebezigd ter verduidelijking van de ontoreikende Cito-formule, centraal te stellen in een nieuwe

formule en die formule vervolgens met nadere factoren/aandachtspunten te concretiseren.

Interessant is voorts nog de (ontwikkeling) in de pogingsrechtspraak in Nieuw-Zeeland (waar wordt gewerkt met de eerder besproken 'proximity-test')¹⁰⁰, specifiek met betrekking tot de vraag hoe dicht het doelwit (persoon of object) moet zijn genaderd om reeds van een poging te kunnen spreken. In een bekende uitspraak, *R v Wilcox*,¹⁰¹ ging het om een ten laste gelegde poging tot een gewapende overval op een postkantoor. De verdachten waren gewapend en met bivakmutsen in hun auto vertrokken richting het postkantoor een kleine 5 kilometer verderop. De politie was echter op de hoogte van het plan en stopte de auto anderhalve kilometer voor het postkantoor. Over het voornemen van de verdachten bestond geen enkele twijfel. Was hier sprake van een poging? The Court of Appeal oordeelde dat dit *niet* het geval was; de verdachten hadden onvoldoende 'physical actions' verricht voor een poging:

'... if the requirement of proximity or immediacy is to be given any realistic and practical meaning for the purposes of s 72 we do not think it possible to hold that any of the passengers in the car by the time it was stopped by the police were doing more than getting themselves into a physical location close to the post office from which an attempt at robbery could be directly launched.'

Doorslaggevend was hier dus het feit dat de verdachten op het moment dat ze werden gestopt nog niet in staat waren 'to directly launch' hun 'aanval' op het postkantoor. Daarvoor was dus kennelijk onvoldoende dat ze – indien ze niet waren gestopt door de politie – daar binnen enkele minuten wel toe in staat waren geweest en dit ook gewoon zou zijn gebeurd.¹⁰² Het Court of Appeal liet zich hierbij inspireren door een *dissenting opinion* bij een uitspraak van het Canadese Supreme Court in *Henderson v King*,¹⁰³ waarin het ging om een vergelijkbare casus. Een drietal mannen was in hun auto tot op korte afstand van de door hen te beroven bank geraakt, maar ze kozen eieren voor hun geld toen zij een politieauto zagen rijden. Waar het gerecht in zijn meerderheidsbeslissing bepaalde dat de verdachten 'had proceeded so far that within sight of the bank they were frustrated by the presence of the police' en een poging aannam, kon het Court of Appeal zich dus meer vinden in de *dissenting opinion* waarin toch een hechtere connectie met het voorgenomen misdrijf werd geëist:

100 Section 72 of the Crimes Act 1961: 'An act done or omitted with intent to commit an offence may constitute an attempt if it is immediately or proximately connected with the intended offence, whether or not there was any act unequivocally showing the intent to commit that offence.'

101 *R v Wilcox* [1982] 1 NZLR 191 (CA).

102 Zie over de pogingsleer en de uitleg van de actus reus in Nieuw-Zeeland M. Briggs, 'Criminal attempts: how close is too close? Inaugural professorial lecture', *OtaLawRw* 4 (2018). Zie voorts M. Briggs, 'The conduct requirement in the law of attempt: A New Zealand perspective', *Common Law World Review*, 44(2), p. 145–167.

103 *Henderson v King* (1948) 91 CCC 97 (SCC).

98 *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. 1 (2009), p. 25–41.

99 Clarkson (2009), p. 40 (daarbij geïnspireerd door een tweetal Canadese uitspraken in Deutsch (1986) 52 CR (3d) 305 (SC) en *R v Boudreau* (2005) 231 NSR (2d) 81 (Nova Scotia Court of Appeal)).

‘Here, the trio were seen in an automobile in the direction of the bank; but the plot was frustrated by the presence of the police. There was nothing done by the trio, no overt act immediately connected with the offence of hold-up and robbing. Although it may be said that no one could doubt the express purpose of the bandits, I do not believe that it can be held that the mere fact of going to the place where the contemplated crime is to be committed, constitutes an attempt. There must be a closer relation between the victim and the author of the crime; there must be an act done which displays not only a preparation for an attempt, but a commencement of execution, a step in the commission of the actual crime itself.’

Het gewapend bij de bank arriveren werd door deze ‘dis-senter’ kennelijk niet als zo’n ‘step in the commission of the actual crime’ gezien.¹⁰⁴ Inmiddels wordt aangenomen dat deze uitleg van ‘proximity’ wellicht te strikt is.¹⁰⁵ In het uit 2010 stammende *R v Harpur*¹⁰⁶ werd namelijk wel een poging tot seksueel misbruik aangenomen in de situatie dat de verdachte was ‘lying in wait for his victim’; hij had een afspraak gemaakt met het slachtoffer en was op de afgesproken plaats in zijn auto aan het wachten op dat slachtoffer:

‘... performed a number of acts which, taken together, constituted an attempt to commit sexual violation. He had moved beyond mere preparation and, at the time of his arrest, was lying in wait for his victim.’

9. De dunne grens tussen poging en voorbereiding in het licht van acuut gevaar

Er zijn – ook onder een eventuele nieuwe, de uiterlijke verschijningsvorm vervangende formule – situaties denkbaar waarin er enerzijds acuut gevaar is en anderzijds wellicht nog geen gedragingen zijn verricht die in het licht van het *Cito*-arrest rechtstreeks op voltooiing zijn gericht. Ook met de ‘nieuwe’ beoordelingsfactoren uit de *Helikopter*-zaak zou men hier beide kanten op kunnen redeneren. Een goed voorbeeld hiervan is natuurlijk de situatie waarin verdachten in het kader van een daadplan (bijv. gewapend) onderweg zijn naar het slachtoffer of al op de beoogde plaats delict zijn gearri-

veerd, doch nog geen directe op confrontatie (met een persoon of een voorwerp/gebouw) gerichte actie hebben verricht. Neem bijvoorbeeld de casus uit het hierboven besproken HR 16 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2675 (*Telcentrum Hoogvliet*). Door de gewelddadige gijzeling van het gezin van de medewerkster van het telcentrum was er al een begin van uitvoering van de diefstal met geweld op het telcentrum. Dat begin van uitvoering zou voortduren totdat het delict zou zijn begaan. Stel dat de daders al de beschikking hadden over de informatie die ze nu eerst nog in een andere plaats door het bezigen van geweld van de medewerker moesten zien te verkrijgen. Een belangrijke tussenstap in de vorm van een kwalificerende strafverzwarende omstandigheid, te weten de bedreigingen en het geweld jegens de medewerkster van het telcentrum, was dan niet nodig. Dan zou naar alle waarschijnlijkheid geen poging zijn aangenomen door het hof wanneer de daders nog ‘slechts’ in de auto, zonder tussenkomende gijzeling, onderweg waren naar het telcentrum. Waren ze dan niet minstens zo gevaarlijk? De mensen in het telcentrum waren in direct gevaar, want het enige wat de daders nog hoefden te doen alvorens de confrontatie met het personeel zou plaatsvinden was ernaar toe te rijden. De vraag is hier natuurlijk waarom het uit zou moeten maken dat de verdachte al wel/niet ‘onalledaagse’ handelingen heeft verricht onderweg naar voltooiing. Levensbedreigend handelen kan er heel alledaags uitzien, bijvoorbeeld bij vergiftiging. En waarom zou het een relevant verschil maken wanneer een verdachte al wel ‘de auto uit is’, nog 500 meter moet rijden of nog de straat over dient te steken? In alle gevallen is de verdachte vastberaden en vastbesloten (‘jetzt geht es los!’) op pad richting het doelwit en lijkt een eventueel (vrijwillig) terugtreden onwaarschijnlijk. Een in dat verband ander voorbeeld is de verdachte die zich ‘s avonds verdekt in de tuin van zijn beoogde slachtoffer opstelt om haar huis binnen te dringen en haar te verkrachten op het moment dat de lichten uitgaan en zij kennelijk gaat slapen. Het slachtoffer is in direct gevaar en de verdachte is ruimschoots uit de voorbereidende fase. Hij heeft echter nog niet direct aangezet (vgl. het in Duitsland vereiste ‘unmittelbares Ansetzen’ uit § 22 StGB).

Nu is dit door de introductie van de strafbare voorbereiding een minder problematisch issue omdat artikel 46 Sr mogelijk maakt dat de politie ook in dit type situatie tijdig kan ingrijpen om het gevaar af te wenden en de daders kunnen worden bestraft.¹⁰⁷ Dit neemt echter niet weg dat het juist noodzakelijk is ook in deze grensgevallen te kunnen bepalen of reeds sprake is van een poging. De kracht van de nieuwe formule (en de daarbij behorende beoordelingsfactoren) staat of valt immers met de toepasbaarheid in moeilijke gevallen.

Een poging moet inderdaad ergens beginnen. Als men kijkt naar de ‘acuutheid’ van het gevaar, hetgeen nog

104 Zie in dat verband ook de latere uitspraak in *R v Burrett, Payne and Phillpott* (No. 2) HC T3347/02, 13 February 2003 (geen poging in de situatie dat de verdachten een paar honderd meter van het huis van de rijke zakenman die ze wilden kidnappen voor losgeld werden aangehouden).

105 Zie judge Hammond in de hierboven in noot 84 vermelde uitspraak: ‘If it was open to this Court to ‘start afresh’, I have to say that I would prefer a view which did not make proximity as dispositive as it currently is in our law. It is true to say that an attempt has to begin at some point. And that being so, a consideration of ‘proximity’ could hardly be entirely eliminated from consideration in this crime, if we are to maintain a general law of attempt. But for myself I would have preferred a view that proximity is a relative matter.’

106 *R v Harpur* (2010) NZCA 319; (2010) 24 CRNZ 909 (CA).

107 Uiteraard moet de dader dan bijvoorbeeld wel een wapen bij zich hebben om te voldoen aan de eisen van het eerste lid van art. 46 Sr. Is dat niet het geval, dan zou hij straffeloos zijn.

moet worden verricht, hoeveel tijd er nog zou zijn verstreken bij een ongestoorde voortgang en het feit dat (voor de zwaardere delicten) ook de voorbereiding reeds strafbaar is, dan lijkt het redelijk te eisen dat verdachte de plaats delict (het slachtoffer of het beoogde object) in ieder geval moet zijn genaderd.¹⁰⁸ In dat verband kan dus inspiratie worden gezocht bij de hierboven in paragraaf 8 besproken zaken *Henderson*¹⁰⁹ en *Harpur*.¹¹⁰ Dat dit (het slachtoffer of beoogde object zijn genaderd) anders kan zijn in het geval reeds niet alledaagse gedragingen zijn verricht ter uitvoering van een hecht daadplan, zit 'm in het feit dat dan reeds direct voor de rechtsorde gevaarlijke handelingen zijn verricht¹¹¹ die onderdeel uitmaken van een opeenvolgende reeks gebeurtenissen die een natuurlijke eenheid vormen met de uitvoering van het delict.¹¹²

10. Ten slotte: een alternatief voor de Cito-formule en nadere beoordelingsfactoren

Het doel van dit artikel is het formuleren van een alternatief voor de Cito-formule. Reden hiervoor is dat die formule te weinig richtinggevend is in moeilijke zaken, waaronder met name zaken kunnen worden geschaard waarin geen sprake is geweest van een directe confrontatie tussen dader en slachtoffer/object en/of waarin er wat betreft tijd en plaats nog het een en ander dient te gebeuren. Hoewel het feit dat de Hoge Raad in de *Helikopter*-zaak nadere beoordelingsfactoren heeft verschaffen zonder meer een stap in de goede richting is, kan de waarde hiervan beperkt zijn wanneer niet duidelijk is wat precies beoordeeld dient te worden middels deze factoren. De vraag hoe dicht de vastgestelde gedragingen bij de voltooiing van het voorgenomen misdrijf lagen, is in feite niet een beoordelingsfactor, maar juist de vraag die in het kader van de poging moet worden beantwoord. M.a.w.: het antwoord op de vraag hoe dicht de vastgestelde gedragingen bij de voltooiing van het voorgenomen misdrijf lagen levert weliswaar een beoordelingsfactor op, maar biedt geen houvast als men niet weet hoe dicht bij de voltooiing de gedraging moet zijn geraakt om van een begin van uitvoering van het misdrijf te kunnen spreken.

Waar dus – zoals in Nederland – met enkel beoordelingsfactoren (zonder te weten wat dient te worden beoordeeld) niet kan worden volstaan, is een meer inhoudelijk criterium (d.w.z. meer inhoudelijk dan de uiterlijke verschijningsvorm) zonder richtinggevende factoren (zoals in het Angelsaksische recht) evenmin toereikend gebleken. Het meest gedetailleerde beoordelingskader treft men in de rechtspraak van de Duitse BGH.¹¹³ Dat kader combineert een tamelijk duidelijk (reeds uit de wet¹¹⁴ voortvloeiend) criterium ('ein unmittelbares Ansetzen' waarvan sprake is wanneer de verdachte handelingen verricht die 'nach der Vorstellung des Täters in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen oder mit ihr in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen') met duidelijke beoordelingsfactoren als 'die Dichte des Tatplans' en 'der Grad der Rechtsgutgefährdung'. Hoewel ook gebleken is dat het Duitse recht duidelijk een subjectievere koers vaart dan het Nederlandse ('... nach der Vorstellung des Täters ...') en – kijkend naar de uitkomsten in concrete zaken – een duidelijk striktere uitleg van een begin van uitvoering lijkt te hebben,¹¹⁵ zijn de concrete factoren wel degelijk ook zeer nuttig en bruikbaar in Nederlandse strafzaken. Met name kan dan gedacht worden aan het ontbreken van 'Zwischenakte', 'die Dichte des Tatplans' en 'der Grad der Rechtsgutgefährdung'. Dit zijn factoren die (naast de reeds door de Hoge Raad genoemde factoren tijd en/of plaats) in combinatie met een duidelijke herformulering van de Cito-formule richting zouden moeten kunnen geven in lastige zaken, zoals *Stadhuis Almelo*, de *Helikopter*-zaak en de casusposities betreffende de invoer van drugs.¹¹⁶

Een poging moet ergens beginnen in die zin dat ergens vanuit de voorbereidende fase een punt moet worden bereikt waarop men zegt 'en nu is men met de uitvoering van het misdrijf begonnen'. Zeker na de introductie van de (destijds controversiële) voorbereiding ex artikel 46 Sr is er alle reden het begin van uitvoering dicht bij het daadwerkelijk voltooien van het misdrijf te positioneren,¹¹⁷ maar ook weer niet zo dicht dat enkel sprake is van een poging in gevallen waarin reeds een directe

108 Waarbij 'naderen' kan worden uitgelegd als in staat zijn 'to directly launch' een aanval op het slachtoffer of het bedreigde object/rechtsgoed.

109 *Henderson v King* (1948) 91 CCC 97 (SCC).

110 *R v Harpur* (2010) NZCA 319; (2010) 24 CRNZ 909 (CA).

111 Zie daartoe dus de *Helikopter*-zaak of HR 16 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2675 (*Telcentrum Hoogvliet*).

112 Vgl. het in par. 6 besproken BGH 4 StR 223/21 (onder 16).

113 Een kader overigens waardoor de Hoge Raad zich lijkt te hebben laten inspireren, zo schreven wij elders in dit artikel reeds.

114 § 22 StGB.

115 Zo lijkt het onwaarschijnlijk dat de BGH in de *Helikopter*-zaak een 'unmittelbares Ansetzen' zou hebben aangenomen gelet op het feit dat de helikopter niet is opgestegen en nog de nodige kilometers had moeten vliegen. Dat houdt ook verband met het feit dat het binnen de Duitse pogingsleer niet zozeer het reeds aanwezige gevaar voor de rechtsorde centraal staat, maar puur het gevaar voor het door de betreffende bepaling beschermde rechtsgoed (C. Roxin AT, Band II, 2003, p. 335-340).

116 Zoals bijv. dus HR 28 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:479; NJ 2023/209 m.nt. A.J. Machielse en HR 2 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:975.

117 Clarkson wijst in dat verband ook op het belang van de mogelijkheid voor verdachten om nog terug te treden ('A further argument for insisting that conduct comes close to the actual commission of the crime is that it affords intending criminals an opportunity to abandon the criminal enterprise. In doing this, we are according the person respect as a responsible agent 'who is in principle susceptible to rational persuasion'. (Clarkson 2009, p. 38). Dat ook de Hoge Raad van oordeel is dat een poging dicht op voltooiing moet zitten blijkt wel uit zijn overweging dat 'een belangrijke beoordelingsfactor is hoe dicht de vastgestelde gedragingen bij de voltooiing van het voorgenomen misdrijf lagen' (r.o. 2.3.2 uit HR 30 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:389; NJ 2021/228 m.nt. A.J. Machielse).

actie richting het slachtoffer of object wordt verricht.¹¹⁸ Tot uitdrukking zal moeten worden gebracht dat de verdachte zowel mentaal als fysiek een bepaalde drempel of grens over is, waardoor hij op het punt staat een misdrijf te plegen. Benodigd is een formule die het passeren van deze grens tot uitdrukking weet te brengen en tevens duidelijk maakt dat sprake is van een concreet en direct gevaar dat het betreffende misdrijf zal worden gepleegd. De beoordelingsfactoren kunnen vervolgens worden gebezigd om concreet te bepalen of die grens ook daadwerkelijk gepasseerd is.

Een dergelijke algemene formule mag – wat betreft het objectieve element – niet te vaag zijn en dient meer ruimte voor een begin van uitvoering te bieden dan het Duitse ‘unmittelbares Ansetzen’. Angelsaksische formules als ‘proximity’ en ‘substantial step’ zijn – hoewel minder nietszeggend dan de uiterlijke verschijningsvorm – uiteindelijk te vaag om in de lastige zaken praktisch nut te hebben. Ook nog te vaag, maar wel meer in de goede richting, zijn de omschrijvingen die men aantreft in het Angelsaksische recht waarmee getracht wordt te omschrijven wat strafrechtelijk pogen nu eigenlijk in de kern behelst. Gedacht kan dan worden aan ‘being in the process of executing his or her plan to commit an intended offence’ en ‘being on the job’. Hiermee wordt in ieder geval duidelijk gemaakt dat men uit de voorbereidende fase is, mentaal de ‘jetzt geht es los’-drempel over is en het tevoren gemaakte daadplan concreet aan het uitvoeren is.

Het gaat er dus om dat de verdachte begint met het uitvoeren van het geplande misdrijf. Dat stelt het daadplan voorop dat moet worden gezien in relatie tot het betreffende delict. Bezien vanuit het plan dat de daders voor ogen hebben om hun resultaat te bereiken: hoe direct en concreet is op dat moment het gevaar voor de rechtsorde en het gevaar voor het rechtsgoed dat door de betreffende wetsbepaling wordt beschermd?

Met de relevantie van het daadplan valt ook het verschil met de lijn van de BGH (‘nach seiner Vorstellung der Tat...’) weg op dit punt en schuilt het verschil in het ‘unmittelbares ansetzen’. Dat in Nederland het begin van uitvoering wat ruimer wordt uitgelegd kan goed worden verdedigd vanuit een iets andere visie op het uit een poging voortvloeiende gevaar. Het gaat niet alleen om ‘Rechtsgutgefährdung’, maar ook om een uit het ‘being on the job’ of ‘beginning to carry out the planned crime’ voortvloeiend direct gevaar voor de rechtsorde in het algemeen.¹¹⁹ Die rechtsorde kan reeds gevaar lopen of zelfs al schade worden toegebracht wanneer in de uitvoering van het plan op die concrete dag uitvoeringshandelingen (van dat daadplan) worden verricht die zeer gevaarlijk zijn (denk aan handelingen als geweld

plegen tegen personen of objecten of daarmee dreigen). Daarbij kan dan wel goed gebruik worden gemaakt van het zowel in het kader van de BGH als de formule van Clarkson tot uitdrukking komende vereiste van een prompte verwezenlijking.¹²⁰

Men moet dus vanuit een voorbereid plan op pad zijn gegaan om het delict aanstonds te gaan plegen (de ‘unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang’) en dat aanstonds plegen zou gaan gebeuren wanneer de daders niet in de uitvoering van hun plan werden gestoord (de ‘ungestörtem Fortgang’).¹²¹

Die voortgang moet vloeiend en definitief zijn in die zin dat niet nog ‘Zwischenakte’ of ‘acts under the control of the accused remaining to be accomplished’ die niet in een (qua tijd en plaats en strekking) nauw verband staan met het plegen van het delict moeten worden verricht. De nuttige en heldere omschrijving van de BGH kan hier worden gevolgd: ‘Nicht als Zwischenakte in diesem Sinne anzusehen sind Handlungen, die wegen ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Tathandlung nach dem Plan des Täters als deren Bestandteil erscheinen, weil sie an diese zeitlich und räumlich angrenzen und mit ihr im Falle der Ausführung eine natürliche Einheit bilden.’¹²² De nog te verrichten ‘tussenhandelingen’ staan dus niet aan het aannemen van een poging in de weg wanneer zij een noodzakelijk onderdeel van het daadplan vormen en qua tijd en plaats een natuurlijke eenheid vormen met het plegen/voltoeien van het delict zelf. Dat is het geval met de kwalificerende strafverzwarende omstandigheden bijvoorbeeld bij diefstal – denk aan de zaak van de beraamde overval op het telcentrum¹²³ – maar ook bijvoorbeeld bij het geweld waarmee iemand wordt gedwongen om seksuele penetratie te ondergaan (art. 242 Sr). Maar ook buiten zulke wettelijke combinaties kunnen gewelddadige tussenstappen een noodzakelijk onderdeel van het daadplan vormen en vanzelf in het voltoeien van het misdrijf overvloeien. Dat verklaart dan direct waarom bijvoorbeeld het opstijgen van de helikopter en de (gewelddadige) pilotenwissel op de tussenlandingsplaats in de *Helikopter*-zaak geen voor het aannemen van een poging fatale nog te verrichten handelingen waren. Wanneer bijvoorbeeld nog aan een belangrijke voorwaarde voor het kunnen plegen van het delict voldaan dient te zijn¹²⁴ die buiten de machtssfeer van de daders ligt en waarmee zij geen

118 Zoals het ‘uit de auto stappen en zich richting het Grenswisselkantoor begeven’ in NJ 1988/612. Dit lijkt tegenwoordig een te strenge eis wanneer we kijken naar bijv. de beoordelingsfactoren alsook de concrete uitkomst in de *Helikopter*-zaak.

119 Zie in dit verband ook Rozmond in zijn noot bij HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, NJ 2015/403.

120 Ook A-G Bleichrodt noemt dus de ‘prompte verwezenlijking’ in zijn conclusie voor de *Helikopter*-zaak (ECLI:NL:PHR:2021:111): ‘De gedragingen zullen in voldoende concrete mate, rechtstreeks moeten zijn gericht op een prompte verwezenlijking van het misdrijf’. I.h.g.v. de BGH dus: ‘Auch eine frühere, vorgelagerte Handlung kann bereits die Strafbarkeit wegen Versuchs begründen. Das ist der Fall, wenn sie nach der Vorstellung des Täters bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte zur Tatbestandsverwirklichung führt oder im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang in sie einmündet.’ (BGH 4 StR 223/21 – Urteil vom 17. März 2022 (LG Dortmund)).

121 Vgl. Conclusie A-G Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2021:111, punt 49.

122 BGH 4 StR 223/21 (Rn. 16).

123 HR 16 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2675.

124 Gedacht kan hierbij worden aan het aantonen van de kredietwaardigheid in ECLI:NL:HR:2020:975 of de situatie waarin er nog te veel klanten in

rekening hebben gehouden, is van een begin van uitvoering nog geen sprake.

Uiteraard is ook de aard van het delict van belang. Het bevrijden van een gevangene zoals in de *Helikopter*-zaak is per definitie een complexe operatie waarbij hetgeen er moet gebeuren op de bewuste dag al snel als uitvoeringshandelingen kunnen worden gezien van het uiteindelijke verwijderen van de gevangene vanuit de P.I. zelf, zeker wanneer die handelingen gevaarzettend zijn (zoals het op de tussenlandingsplaats te plegen geweld). Bij een bankoverval of bedrijfsinbraak daarentegen vinden normaliter alle handelingen die verder gaan dan slechts voorbereiding in of aan het bewuste pand zelf plaats. Het er naartoe rijden is een gedraging die eerst voldoende gevaarzettend wordt (voor het beschermde rechtsgoed) naarmate men de bank of het bedrijf nadert. Dat kan natuurlijk ook hier anders komen te liggen wanneer – zoals in *Telcentrum Hoogvliet* – er reeds geweld wordt gepleegd onderweg naar de daadwerkelijke plaats delict en dit geweld een essentieel en noodzakelijk onderdeel van het plan vormt. Zo'n alledaagse gedraging als zich (geweldloos) richting de plaats waar de confrontatie moet gaan plaatsvinden en de uitvoeringshandelingen (bestanddelen) van het delict moet worden gepleegd, kan een begin van uitvoering opleveren wanneer men die plaats dicht is genaderd en zodoende binnen de – wat Roxin noemt – 'Opfer- bzw. Tatbestandssphäre'¹²⁵ is geraakt. Daarbij blijft uiteraard wel de eis gelden dat er binnen een kort tijdbestek de 'aanval' op het beschermde rechtsgoed zal plaatsvinden. Wanneer men dit toepast op de bekende zaken *Uitzendbureau Cito*¹²⁶ en *Grenswisselkantoor*,¹²⁷ moet de conclusie zijn dat het onderscheid dat nu nog wordt gemaakt (wel een poging in de eerste zaak want reeds aangebeld, geen poging in de tweede zaak want de auto nog niet uit) er niet is: in beide situaties was men gewapend en klaar om tot actie over te gaan en waren zowel de medewerkers van het grenswisselkantoor als de medewerkers van het uitzendbureau direct in gevaar wanneer de zaken volgens plan waren verlopen.¹²⁸

Ook in gevallen waarin door de dader(s) wordt gewacht op het beoogde slachtoffer maar deze niet verschijnt,¹²⁹ of wanneer de daders een plek betreden waar het slachtoffer normaliter aanwezig zou kunnen of moeten zijn,¹³⁰ kunnen criteria als 'Opfersphäre', 'Zwischenakte' en een qua tijd en plaats nauwe samenhang met het voltooiën van het delict uitkomst bieden. Neem de zaak waarin

een winkel zijn en die eerst weg moeten gaan alvorens de diefstal of be-roving goed kan worden gepleegd.

125 C. Roxin, *Strafrecht AT*, Band II, p. 374-374.

126 HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, NJ 1979/52.

127 HR 8 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0501, NJ 1988/612.

128 Het zou allemaal prompt en terstond gaan gebeuren, terwijl de voorbereidingen (in *Grenswisselkantoor* bijv. het met wapens en vermomming in een gestolen auto met gestolen kentekenplaten naar het grenswisselkantoor rijden en daar arriveren) allang waren voltooid.

129 Zoals bijv. in HR 4 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:232, NJ 2014/205 m.nt. Keijzer.

130 Zoals het geval was in HR 17 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6466, NJ 2012/517 m.nt. Keijzer.

een dader wachtte bij de flat van het slachtoffer in Alkmaar teneinde hem neer te schieten. Toen het beoogde slachtoffer niet kwam opdagen is hij weer vertrokken. Hier weet de dader (binnen zijn daadplan) niet zeker of het slachtoffer op dat moment zal verschijnen. Deze voor het aannemen van een poging fatale tussenstap maakt dat een bewezenverklaring van poging¹³¹ niet in de rede zou hebben gelegen. Dat lag anders in de zaak *Stadhuis Almelo*.¹³² Hier was de verdachte niet slechts in de beschermde omgeving van de wethouder geraakt (etage waar zich zijn werkkamer bevond), maar kon hij er ook van uitgaan dat de wethouder daar op dat moment aanwezig zou zijn. Indien dat het geval zou zijn geweest, had hij terstond kunnen worden neergeschoten.¹³³

Als het gaat om formele delicten of abstracte gevaarzettingsdelicten is er minder aanleiding om het begin van uitvoering op grond van een (gedetailleerd) daadplan ruimer uit te leggen dan het directe aanzetten tot de gedragingen die tot voltooiing leiden. Dit heeft van doen met het gegeven dat het gevaar voor het beschermde rechtsgoed (en de rechtsorde in het algemeen) in feite pas ontstaat wanneer het delict is voltooid. Neem bijvoorbeeld de in paragraaf 5 besproken drugszaken waarbij het ging om de vraag of reeds sprake was van invoer van drugs. De Opiumwet beschermt de volksgezondheid en het gevaar daarvoor doet zich voor bij een geslaagde import. Het is dan niet onlogisch te eisen dat men de drugs in ieder geval moet zijn gaan vervoeren (en er ook niet meer dan simpelweg varen, rijden of vliegen behoeft te worden gedaan) om ten minste een concreet en direct gevaar voor het 'voltooid volksgezondheidsgevaar' te creëren.

Hoe gedetailleerder en verder uitgewerkt het daadplan, des te groter is de kans dat voorzien is in een reactie op tegenvallers die aan voltooiing van het misdrijf in de weg zouden kunnen staan en die ertoe strekt het doel desalniettemin te bereiken. Zulke tegenslagen en hun remedie maken dan deel uit van het *daadplan* en zijn daarin als het ware geïncorporeerd. Het *daadplan* kan bijvoorbeeld zijn gevoed met eerdere ervaringen in soortgelijke zaken. Tegenvallers kunnen daarin zijn verwerkt en eerdere successen kunnen de gang van zaken voorspelbaarder maken en een stimulans zijn voor een herhaling van hetzelfde scenario. Het gevaar voor belangen die het strafrecht juist beoogt te beschermen is dan al eerder duidelijk. De mate van detaillering van het *daadplan* en de ervaring die men eerder heeft opgedaan kunnen als beoordelingsfactoren in aanmerking worden genomen.

Het voorgaande maakt dat de weinig richtinggevende Cito-formule zou kunnen worden vervangen door onderstaande (goed bij een op de directe gevaarzetting en

131 Indien i.c. een poging ten laste zou zijn gelegd (nu was – terecht – enkel voorbereiding ten laste gelegd).

132 ECLI:NL:HR:2012:BT6466.

133 Vgl. het klassieke BGH 4 StR 839/51 (NJW 1952, 514) ('Pfeffertüten-Fall').

handhaving gerichte pogingsratio aansluitende) alternatieve ‘being on the job’-formule met nadere verduidelijkende beoordelingsfactoren:

‘Van een strafbare poging is sprake wanneer iemand in subjectief opzicht de ‘Jetzt geht es los’-drempel overschrijdt en in objectief opzicht gedragingen verricht die – gelet op de aard van het betreffende misdrijf en de rol van eventuele mededaders – rechtstreeks zijn gericht op en nauw verbonden zijn met het plegen van het misdrijf qua tijd, plaats en nog te verrichten gedragingen binnen de machtsfeer van de verdachte en/of zijn mededaders. Daarvoor is dus niet noodzakelijk dat al een bestanddeel van het misdrijf is vervuld. In aanmerking kan worden genomen of al eerder ervaring is opgedaan met eenzelfde of een vergelijkbaar scenario.

Wat betreft de factoren tijd en/of plaats en de eventueel nog te verrichten gedragingen binnen de machtsfeer van de verdachte geldt dat van belang kan zijn in hoeverre de verdachte bij een ongestoorde voortgang en zonder nog te verrichten wezenlijke tussenhandelingen het betreffende misdrijf prompt zal verwezenlijken.

Van een wezenlijke tussenhandeling is sprake wanneer zo’n handeling als een hindernis moet worden gezien voor het voltooiën van het voorgenomen misdrijf. Daarvan is geen sprake als het gaat om handelingen binnen de machtsfeer van de verdachte(n) die, blijkens het daadplan (eventueel in combinatie met eerdere ervaringen), een noodzakelijk onderdeel uitmaken van het voorgenomen misdrijf en qua tijd en plaats daarmee een natuurlijke eenheid vormen. Hierbij kunnen de dichtheid en gedetailleerdheid van het daadplan, de mate van gevaar voor de rechtsorde en het ontbreken van strafrechtelijke alternatieven een rol spelen.’

Bovenstaand kader kan dan door de rechter vanuit het voornemen/daadplan worden beoordeeld: is die rechter – die geacht wordt over dezelfde kennis van feiten en omstandigheden als de dader te beschikken – van oordeel dat de verdachte reeds in die mate uitvoering heeft gegeven aan zijn voornemen/plan dat gezegd kan worden dat hij/zij in subjectief opzicht de ‘Jetzt geht es los’-drempel is overschreden en in objectief opzicht gedragingen heeft verricht die rechtstreeks zijn gericht op en nauw verbonden zijn met het plegen van het misdrijf qua tijd, plaats en nog te verrichten gedragingen binnen de machtsfeer van de verdachte?

Met dit toetsingskader kan ook goed worden verdedigd waarom de Hoge Raad uiteindelijk het oordeel van het Amsterdamse hof dat in de *Helikopter*-zaak reeds sprake was van een poging tot bevrijding (art. 191 Sr) in stand hield:

- Er was een zorgvuldig voorbereid en gedetailleerd daadplan.
- De daders waren in subjectief opzicht de ‘Jetzt geht es los’-drempel over (ze zijn die dag op pad gegaan en stonden al geposteerd op de plekken waar vol-

gens het plan noodzakelijke uitvoeringshandelingen van het plan moesten worden verricht).

- De daders zijn de bewuste dag begonnen met het uitvoeren van het daadplan.
- Mededaders hadden zich reeds opgesteld dicht in de buurt van de P.I.
- Zij hebben zich gewapend geposteerd op de tussenlandingsplaats en zich gemeld bij het helikopterverhuurbedrijf.
- Zonder interventie van de politie zou de helikopter zijn opgestegen en onderweg zijn gegaan naar de tussenlandingsplaats.

Zo bezien waren de verdachten overduidelijk uit hun voorbereidende fase en ‘on the job’. Zij waren een complex daadplan aan het uitvoeren en hadden door het verrichten van het voor het slagen van dat plan noodzakelijke, gevaarlijke en binnen hun machtsfeer liggende tussenhandelingen, een groot, direct en concreet gevaar voor de rechtsorde geschapen. Bovendien waren dit alle handelingen die in een direct verband stonden met het buiten de macht van justitie brengen van de gedetineerde en die daarmee een natuurlijke eenheid vormden. Wanneer er niet was ingegrepen zou de helikopter zijn opgestegen en binnen een relatief kort tijdsbestek met een eigen piloot boven de luchtplaats van de P.I. zijn gearriveerd. In het kader van de handhaving van die reeds sterk in gevaar gebrachte rechtsorde was bovendien relevant dat men niet kon terugvallen op artikel 46 Sr en de daders niet konden worden gestraft voor hun bijzonder gevaarzettende gedrag.¹³⁴

¹³⁴ Zie hierover ook A-G Bleichrodt in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2021:111): ‘Ook uit handhavingsoogpunt is er veel voor te zeggen dat de politie niet eerst op grond van de verdenking van een poging tot bevrijding zou mogen optreden nadat de helikopter met een verdachte aan boord daadwerkelijk op vlieghoogte zou zijn.’