

ANNOTATIE

Annotatie bij Hoge Raad 11 juni 2024, ECLI:NL:HR:2024:814.

mr. C.L. van der Vis

Annotatie bij Hoge Raad, 11-06-2024, ECLI:NL:HR:2024:814 (SR-2024-0120)

In 2018 is een groep verdachten aangehouden vanwege (o.a.) het voorbereiden van een terroristische aanslag. Het arrest dat in deze noot centraal staat betreft het door één van deze verdachten ingestelde cassatieberoep, nadat hij door het hof voor een viertal feiten is veroordeeld, te weten: medeplegen van voorbereiding moord en voorbereiding van brandstichting/ontploffing teweegbrengen met een terroristisch oogmerk, deelneming aan een terroristische organisatie, medeplegen van voorbereiden/bevorderen van een terroristisch misdrijf en poging tot doodslag op leden van de Dienst Speciale Interventies (DSI), meermalen gepleegd.[1] In cassatie wordt onder meer geklaagd over de verwerping van het verweer dat de verdachten zouden zijn uitgelokt tot het begaan van de strafbare feiten door de AIVD en over de beoordeling van het AIVD-traject dat volgens de verdediging niet aan de eisen van artikel 6 EVRM voldoet.[2] Deze noot is evenwel beperkt tot de beslissing van de Hoge Raad op het cassatiemiddel inzake de bewezenverklarde poging doodslag, die enkel aan de verdachte in de onderhavige strafzaak ten laste was gelegd. De reden daarvoor is dat het aan de strafbaarheid van poging tot misdrijf verwante leerstuk der ondeugdelijkheid niet vaak in cassatie aan bod komt. Namens verdachte is in deze zaak namelijk geklaagd over het oordeel van het hof dat er sprake is van een begin van uitvoering van doodslag, omdat verdachte gebruik maakte van een (absoluut) ondeugdelijk middel, te weten een onklaar gemaakt vuurwapen waarmee geen scherpe kogels konden worden gelost.

Op de dag van de aanhouding en de tenlastegelegde poging doodslag heeft zich kort gezegd het volgende afgespeeld. Verdachte oefende met een aantal medeverdachten in een vakantiepark met het richten, laden en hanteren van handvuurwapens en Kalasjnikovs die

door politie-infiltranten aan hen waren verstrekt. Deze wapens waren echter vooraf door de politie onklaar gemaakt. Nadat verdachte met medeverdachten een bestelbusje instapte en een handvuurwapen meenam waarvan hij expliciet *niet* wist dat het onklaar gemaakt was, werd de bestelbus klemgereden en omsingeld door leden van de DSI. Die openden vervolgens de schuifdeur van de bus om de verdachten aan te houden. Op dat moment heeft verdachte zijn wapen gericht op de DSI-leden en zou hij de trekker meermaals hebben overgehaald. Een schot werd nooit gelost, omdat het wapen aldus onklaar was gemaakt. De rechtbank Rotterdam sprak verdachte vrij van poging doodslag, omdat zij niet kon vaststellen dat verdachte de trekker van zijn vuurwapen daadwerkelijk had overgehaald. ‘Reeds daarom’, zo overwoog de rechtbank, kan geen sprake zijn van een bewezenverklaring van poging tot moord of doodslag.[3] Voor de rechtbank was het overhalen van de trekker kennelijk een onmisbare handeling om van een begin van uitvoering te kunnen spreken.

Nader onderzoek in hoger beroep leidde tot de aanvullende bevindingen dat verdachte ‘moeiteloos’ driemaal een storingsreactie uitvoerde, oftewel het wapen doorlaadde nadat het blokkeerde. Op basis van camerabeelden uit het bestelbusje wordt vastgesteld dat verdachte het wapen had gericht op de DSI-leden, zijn rechterwijsvinger in een gebogen vorm op de trekker hield en het wapen onafgebroken op hen had gericht met nog altijd zijn rechterwijsvinger op de trekker. De houding met gestrekte armen die verdachte aannam, was vergelijkbaar met de houdingen die de verdachte eerder die dag in het vakantiehuisje innam toen hij daar hij met het wapen oefende. Het hof kwam dan ook, anders dan de rechtbank, wél tot bewezenverklaring van een begin van uitvoering van doodslag. De vraag die het hof uiteindelijk diende te beantwoorden is of het een *strafbare* poging doodslag is, omdat de verdediging had aangevoerd dat het wapen een absoluut ondeugdelijk middel is.

Het hof oordeelde dat inderdaad sprake was van strafbare poging. In zijn motivering van dat oordeel komen in feite twee componenten naar voren. Enerzijds sluit het hof heel feitelijk aan bij de vastgestelde gedragingen die uiteindelijk kunnen worden beoordeeld als een begin van uitvoering, oftewel gedragingen die naar de uiterlijke verschijningsvorm zijn gericht op de voltooiing van doodslag.[4] Anderzijds gebruikt het hof omstandigheden die vooral de subjectieve zijde van de poging betreffen, zoals de omstandigheden voorafgaand aan dit concrete moment (het meenemen van het wapen, waarmee geoefend is, met het voornemen zich eventueel te kunnen verdedigen als de politie arriveert), de wetenschap van de verdachte omtrent de vermeende geschiktheid van dat wapen én het feit dat de technische aanpassing voor de verdachte niet met het blote oog zichtbaar was. Die omstandigheden raken immers aan de intentie c.q. het voornemen van de verdachte. De vraag rijst of deze subjectieve omstandigheden redengevend dan wel doorslaggevend zijn (geweest) voor de beoordeling en uiteindelijke verwerping van het beroep van de verdachte op de straffeloosheid vanwege de

objectieve ondeugdelijkheid van het vuurwapen. Die vraag raakt aan één van de twee complexe kwesties die het ondeugdelijkheidsleerstuk in zich bergt, namelijk de inbedding van de ondeugdelijkheid binnen de pogingsvoorwaarden. De tweede kwestie betreft het nog altijd diffuse onderscheid tussen de absoluut en relatief ondeugdelijke poging. Het onderhavige arrest geeft aanleiding om beide kwesties – in samenhang – te bespreken.

De vraag hoe het deugdelijkheidsleerstuk in het pogingsmodel moet worden ingebed, is in het verleden al vaker in de literatuur opgeworpen.[5] De meest gangbare uitleg lijkt te zijn dat de (on)deugdelijkheid hoofdzakelijk verband houdt met de voorwaarde van een begin van uitvoering. Dat kan het beste worden uitgelegd aan de hand van de absolute ondeugdelijkheid. Ingeval voltooiing van het misdrijf nimmer mogelijk is vanwege een absoluut ondeugdelijk middel of object, dan kan een begin van uitvoering van dat misdrijf evenmin bestaan. Moeilijker wordt het om te bepalen in hoeverre de (on)deugdelijkheid daadwerkelijk *deel uitmaakt* van die voorwaarde en zodoende een vereiste is voor de vraag of de gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm kan worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf. Is de eventuele ondeugdelijkheid van een middel, zoals in casu een vuurwapen, bepalend voor de uiterlijke verschijningsvorm van de gedragingen die de verdachte met dat wapen verricht? Of staat de eventuele ondeugdelijkheid daar los van, en dient een rechter anderszins tot de conclusie te komen dat (ondanks het feit dat de gedragingen naar uiterlijke verschijningsvorm gericht lijken te zijn op voltooiing, zoals in casu toch wel heel duidelijk het geval is) de voltooiing nimmer kan plaatsvinden en daarom niet van uitvoeringshandelingen kan worden gesproken?

De advocaat-generaal merkt hierover in zijn conclusie op dat de vraag of een middel geëigend is het misdrijf te voltooien voor de beoordeling van de uiterlijke verschijningsvorm van belang is.[6] Die stelling wordt gebaseerd op jurisprudentie van de Hoge Raad en de advocaat-generaal sluit tevens aan bij hetgeen Arendse in haar dissertatie schrijft.[7] De Hullu stelt bovendien dat voor de gerichtheid op voltooiing van het misdrijf een zekere gevaarzetting moet worden vastgesteld. Uit deze bronnen kan aldus dan het volgende worden afgeleid. De gerichtheid van de gedragingen op de voltooiing van het misdrijf, die moet worden beoordeeld vanuit de uiterlijke verschijningsvorm van die gedragingen, kan worden aangetast indien de objectieve gevaarzetting in het geheel ontbreekt, omdat het gekozen middel of object absoluut ondeugdelijk is. De Hoge Raad plaatst de beoordeling van het cassatiemiddel over de eventuele ondeugdelijkheid in het kader dat voor een strafbare poging vereist is 'dat er gedragingen zijn verricht die kunnen worden beschouwd als een begin van uitvoering van het voorgenomen misdrijf. Dat is het geval bij gedragingen die naar hun uiterlijke verschijningsvorm zijn gericht op de voltooiing van het voorgenomen misdrijf'. Binnen die formulering moet de ondeugdelijkheid, die daarin op zichzelf niet letterlijk voorkomt,

kennelijk toch worden beoordeeld.

De consequentie van deze benadering is dat wanneer de verdediging verweer voert over de ondeugdelijkheid, de strafrechter dit verweer (kennelijk) kan weerleggen zonder een inhoudelijk oordeel te geven over de deugdelijkheid van het middel of object. In de onderhavige strafzaak is dat terug te zien. Zowel in hoger beroep als in cassatie blijft een inhoudelijke beoordeling van de deugdelijkheid van het gebruikte middel achterwege. Immers, het hof heeft niet zozeer het wapen als deugdelijk middel *an sich* beoordeeld, maar meer algemeen overwogen dat (ondanks het verweer van de verdediging ter zitting) de gedragingen als begin van uitvoering kunnen worden aangemerkt, nu deze naar uiterlijke verschijningsvorm gericht waren op voltooiing en de verdachte ervan uitging dat het wapen werkte. De Hoge Raad doet iets soortgelijks. Hij bespreekt eerst de bestendige rechtspraak voor het criterium voor een begin van uitvoering, daarna herhaalt hij de relevante bewijsoverwegingen van het hof en oordeelt uiteindelijk dat het oordeel van het hof niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting en toereikend is gemotiveerd. Ook volgens de Hoge Raad had het hof dus inderdaad niet expliciet op die ondeugdelijkheid in hoeven te gaan. En dan volgt een interessante toevoeging, want met die conclusie eindigt de Hoge Raad zijn overweging niet. Van belang is dat de Hoge Raad nog toevoegt wat hij ‘in aanmerking neemt’. Dat is in casu dat het hof heeft vastgesteld dat ‘*de verdachte die veronderstelde dat het wapen functioneerde* [cursivering, CvdV] in een tijdsbestek van zeven à acht seconden driemaal de trekker heeft overgehaald en daarbij het wapen gericht hield op één of meer leden van de DSI en dat de verdachte daartoe driemaal een storingsreactie heeft uitgevoerd om de eventueel storende patroon uit te werpen, waardoor het wapen opnieuw doorgeladen werd’.

Evenals het hof betreft de Hoge Raad – vast niet zonder reden – in een aanvullende overweging dus niet alleen de feitelijke gedragingen, die gericht (dienen te) zijn op de voltooiing van het misdrijf, maar ook een subjectieve component, te weten: de veronderstelling dat het wapen functioneerde in de redenering tot verwerping van het cassatiemiddel. Omdat een inhoudelijke beoordeling van de ondeugdelijkheid ontbreekt, is het lastig te bepalen of het hof én de Hoge Raad hebben gemeend dat de subjectieve component (mede) van betekenis is voor het impliciete oordeel over de (on)deugdelijkheid. Als dat wel het geval is, rijst de vraag welke waarde in dit kader moet worden toegekend aan de omstandigheid dat een verdachte wel of niet uitgaat van de geschiktheid van het gebruikte middel. Deze subjectieve omstandigheid vertelt ons veeleer iets over de gevaarlijke gezindheid van de dader en niet (zonder meer) over de objectieve gevaarstelling die van de gedragingen uitgaat. De overwegingen kunnen evenwel ook zo gelezen worden dat de gedragingen van de verdachte in casu (objectief; begin van uitvoering) zodanig gericht zijn op de voltooiing van het voorgenomen (subjectief; voornemen) misdrijf, dat de eventuele ondeugdelijkheid –

kennelijk(!) – geen probleem oplevert en zodoende niet anders dan van een strafbare poging kan worden gesproken. Maar kan een strafrechter met de vaststelling dat ('nu eenmaal') aan het criterium van een begin van uitvoering is voldaan, omdat de objectieve gedragingen gericht zijn op voltooiing, een inhoudelijk verweer over de (absolute) ondeugdelijkheid gemotiveerd weerleggen? En om het nog ingewikkelder te maken: wat betekent de subjectieve omstandigheid dat de verdachte al dan niet wetenschap had van de geschiktheid van het middel in dezen? Hoewel theoretisch de ondeugdelijkheid aldus onderdeel kan uitmaken van het vereiste van een begin van uitvoering, maken deze vragen naar aanleiding van de onderhavige strafzaak duidelijk dat het raadzaam is na te denken over een andere benadering van het deugdelijkheidsleerstuk binnen de pogingsvoorwaarden.

De advocaat-generaal heeft in dit opzicht inderdaad voor zo'n andere benadering gekozen. Hoewel hij aldus meent dat de deugdelijkheid onderdeel uitmaakt van de beoordeling van de gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm, beoordeelt hij de deugdelijkheid van het wapen zelfstandig en inhoudelijk. In randnummer 138 stelt de advocaat-generaal eerst vast dat het hof terecht uit de vastgestelde feiten en omstandigheden heeft kunnen afleiden dat er sprake was van gedragingen die – conform het Citocriterium – als een begin van uitvoering kunnen worden gekwalificeerd. Daarbij neemt hij in het bijzonder enkele (slechts objectieve!) omstandigheden in aanmerking, te weten: het doorladen van de Glock, het richten op de DSI en het overhalen van de trekker. Hij schrijft dat hij 'met het hof' die omstandigheden in aanmerking neemt, maar anders dan het hof laat hij de subjectieve omstandigheden (het doel van de verdachte en diens (gebrek aan) wetenschap van de functionaliteit van het wapen) achterwege. Ten slotte bespreekt de advocaat-generaal, in een zekere tweede stap van de beoordeling, dat de gedragingen normaliter geschikt zijn om het misdrijf tot stand te brengen én in dit specifieke geval geenszins sprake is van 'kinderlijk, ondoeltreffend, ongerijmd of rechtens irrelevant gedrag'. Daarmee geeft hij binnen de inhoudelijke beoordeling van de deugdelijkheid een onderscheidend criterium voor de absolute en relatieve ondeugdelijkheid.

Die terminologie heeft hij gebaseerd op de literatuur, in het bijzonder van Van Veen (en daarmee instemmend De Hullu), Lindenberg en Wolswijk.[8] Die auteurs hebben met de door hen gekozen termen of criteria getracht het onderscheid te maken tussen de absolute en relatieve ondeugdelijkheid. En daarmee slaat de advocaat-generaal in feite twee vliegen in één klap: niet alleen biedt zijn overweging mogelijk een betere, zuivere aanzet tot een beoordelingskader voor de vraag hoe de deugdelijkheid binnen de pogingsvoorwaarden van artikel 45 Sr moet worden gezien, maar vervolgens ook voor de vraag of er dan sprake is van relatieve of absolute ondeugdelijkheid.

Een duidelijk beoordelingskader zou om meer dan één reden welkom zijn. Het biedt allereerst de mogelijkheid om inzichtelijk te maken hoe de eventuele absolute ondeugdelijkheid kan worden

beoordeeld c.q. onderscheiden moet worden van de relatieve ondeugdelijkheid én waar dit leerstuk binnen het pogingskader moet worden geplaatst. Voorts meen ik dat een beoordelingskader, waarin de objectiviteit van de poging beter wordt uitgedrukt, in het licht van het onderscheid tussen de strafbare poging en de strafbare voorbereiding gewenst is. Voor strafbare voorbereiding is de gevaarlijke gezindheid van de dader, en dus de subjectieve component, leidend voor de vraag naar strafrechtelijke aansprakelijkheid.[9] Voor de voorbereidingsmiddelen betekent dit, dat daar niet per se een objectief gevaar van uit hoeft te gaan, zodat deze evenmin geschikt hoeven te zijn voor het voltooien van het beoogde misdrijf. Deze voorbereidingsmiddelen worden steeds beoordeeld in het licht van het misdadige doel dat de dader ermee voor ogen had. Het logische gevolg daarvan is dat voor absolute ondeugdelijkheid binnen het leerstuk van voorbereiding niet of nauwelijks plaats is.[10] Voor een strafbare poging daarentegen, is die 'subjectieve gevaarzetting' onvoldoende. Het gaat om een fase waarin iemand reeds tot uitvoeringshandelingen is overgegaan c.q. dusdanig dichtbij voltooiing van het voorgenomen misdrijf is geraakt, dat de objectieve gedragingen concreet gericht zijn op die voltooiing en die ook (binnen afzienbare tijd) moeten kunnen bewerkstelligen. De door de Hoge Raad gekozen factoren drukken dat ook uit: het is van belang hoe concreet de gedragingen op voltooiing gericht waren en of de voltooiing naar tijd en plaats genaderd was.[11] Dat zou betekenen dat in de pogingsvoorwaarden ook altijd een vraag naar de objectieve gevaarzetting besloten ligt.

Hoe zou het beoordelingskader dan eruit kunnen zien? Er kan gebruik worden gemaakt van een zogenaamde 'tweetrapsraket'. De eerste stap is de toets van de pogingsvoorwaarden van artikel 45 Sr aan de hand van het geldende juridische kader. Als dan aan de hand van de feitelijke omstandigheden is vastgesteld dat naar haar/hun uiterlijke verschijningsvorm de gedraging(en) gericht is/zijn op voltooiing van het (concrete) misdrijf, kan in de tweede stap de eventuele (absolute) ondeugdelijkheid bij wijze van correctie worden beoordeeld. Dat wil zeggen dat de gevaarzetting vanwege het gebruikte middel of het gekozen object *alsnog* kan komen te ontbreken, zodat de uitkomst van die tweede stap een zekere correctie of contra-indicatie is voor de vaststelling van een begin van uitvoering. In het geval dat de verdediging geen verweer voert over de deugdelijkheid van de poging, behoeft de rechter niet zelfstandig de deugdelijkheid inhoudelijk te toetsen en kan hij aldus, behoudens (evidente) contra-indicaties, in de eerste – en dan tevens enige – stap de pogingsvoorwaarden beoordelen. Wordt daarentegen wel verweer gevoerd, zoals in casu, dan lijkt een inhoudelijke beoordeling van de deugdelijkheid in de tweede stap onmisbaar. Om eenheid in de jurisprudentie te waarborgen, zou voor die inhoudelijke beoordeling aansluiting gezocht kunnen worden bij de overweging van de advocaat-generaal in zijn conclusie bij het bovenstaand arrest. Om relatieve en absolute ondeugdelijkheid te onderscheiden, kan dan de vraag worden gesteld of de gedragingen normaliter geschikt zijn om het misdrijf te voltooien en zo ja, of er dan sprake

is van een specifieke omstandigheid waardoor het misdrijf niet kon worden voltooid. Zo nee, is er dan sprake van kinderlijk, ondoeltreffend, ongerijmd of rechtens irrelevant gedrag? Het is te verwachten dat met deze terminologie niet veel ruimte overblijft voor een absoluut ondeugdelijke poging, maar dat is m.i. ook niet noodzakelijk. Het drukt daarentegen wel uit dat strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van poging tot misdrijf niet kan worden aangenomen, indien iedere objectieve gevaarzetting geheel ontbreekt.

Wordt dit alternatieve beoordelingskader nu op de onderhavige casus toegepast, dan levert dat dezelfde uitkomst op. Het vuurwapen wordt blijkens de overwegingen van de Hoge Raad niet als absoluut ondeugdelijk middel beschouwd en tot diezelfde conclusie komt ook de advocaat-generaal. De uitkomst van het arrest is dan ook niet verrassend; het gaat veeleer om de wijze waarop die beslissing tot stand is gekomen. De meerwaarde van een alternatief beoordelingskader is dan ook dat de strafrechter uiteindelijk duidelijke handvatten krijgt om de eventuele ondeugdelijkheid vast te stellen. De gedragingen in deze strafzaak, zoals het richten van het wapen op de DSI-agenten, het doorladen van het wapen én het overhalen van de trekker, zijn gedragingen die naar uiterlijke verschijningsvorm (en voldoende concreet) overduidelijk zijn gericht op het voltooien van doodslag. In beginsel is deze poging dan ook inderdaad strafbaar, nu er met deze gevaarzetting sprake lijkt te zijn van een begin van uitvoering van het misdrijf doodslag. In de tweede stap zou dan kunnen worden overwogen dat het wapen dat de verdachte daartoe gebruikte, een echt wapen was. Normaliter is dat een voorwerp dat geschikt is om het misdrijf – doodslag – te voltooien. Slechts in deze specifieke situatie is dit wapen onklaar gemaakt en om die reden niet *meer* geëigend om het betreffende misdrijf te voltooien. Maar van kinderlijk, ondoeltreffend, ongerijmd of rechtens irrelevant gedrag is geenszins sprake. Daarom zou dan aan het geconstateerd begin van uitvoering in deze zaak niet alsnog de strafbaarheid komen te ontvallen. Het zou in dit kader geen kwaad hebben gekund als de Hoge Raad niet alleen feitelijk had medegedeeld dát hij iets in aanmerking heeft genomen, maar ook waarom en wat hij daaruit heeft afgeleid. Zoveel kansen om dit leerstuk nader uit te leggen krijgt de Hoge Raad nu eenmaal niet.

[1] Hof Den Haag 7 juni 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:936.

[2] De strafzaak heeft samenhang met de zaken van twee medeverdachten (ECLI:NL:HR:2024:815 en ECLI:NL:HR:2024:816).

[3] Rb. Rotterdam 8 oktober 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8943.

[4] Het 'Citocriterium' sinds HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, NJ 1979/52, m.nt.

Th.W. van Veen.

[5] J.G.H. Altena & W. Geelhoed, 'Poging: deugdelijkheid en deelneming', *DD* 2017/45.

[6] Concl. A-G B.F. Keulen 19 maart 2024, ECLI:NL:PHR:2024:308, bij HR 11 juni 2024, ECLI:NL:HR:2024:814.

[7] HR 23 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9921, *NJ* 1988/420, m.nt. A.C. Mulder; HR 7 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI1588, *NJ* 2004/63; S.S. Arendse, *De uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht. Een analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2020, p. 51-62.

[8] HR 15 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC3948, *NJ* 1980/245, m.nt. Th.W. van Veen; J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 385-386; K. Lindenberg & H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 247.

[9] Zie i.h.b. HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0213.

[10] Rozemond pleitte in dit kader wel voor een zekere ondergrens, zodat bijvoorbeeld zeer overduidelijke gevallen als 'voodoo-rituelen' niet ook strafbare voorbereiding van moord kunnen opleveren. Zie: HR 27 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1233, *NJ* 2014/338, m.nt. N. Rozemond.

[11] HR 30 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:388, *NJ* 2021/227, m.nt. A.J. Machielse en HR 30 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:389, *NJ* 2021/228, m.nt. A.J. Machielse