

Artikel

Strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van poging tot misdrijf herzien?

Mr. C.L. (Chantal) van der Vis*

1. Inleiding

De strafbaarstelling van poging tot misdrijf (art. 45 Sr) staat in bijna ongewijzigde vorm sinds 1886 in ons Wetboek van Strafrecht. Aan een uitleg van de voorwaarden van deze strafbaarstelling heeft de wetgever zich destijds niet gewaagd.¹ De inhoud en plaatsing van de algemene strafbaarstelling in het Algemeen Deel van het wetboek brengen met zich dat de werkingssfeer groot is. Artikel 45 Sr is van toepassing op de misdrijven van Boek 2 en artikel 91 Sr breidt die werking verder uit tot misdrijven buiten het Wetboek van Strafrecht. Gelet op het enorme toepassingsbereik is het niet verwonderlijk dat het criterium voor c.q. de uitleg van het moment waarop strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van poging tot een misdrijf aanvangt – het begin van uitvoering – lastig in het algemeen te duiden valt. Na de inwerkingtreding van het wetboek is de Hoge Raad met de invulling van de voorwaarde van een begin van uitvoering aan de slag gegaan, met als resultaat dat in 1978 het zogenoemde *Citocriterium* werd geformuleerd.² Een begin van uitvoering bestaat wanneer de gedragingen van de verdachte(n) naar hun uiterlijke verschijningsvorm

gericht zijn op voltooiing van het voorgenomen misdrijf.

Hoewel dat criterium nog altijd dienstdoet in de jurisprudentie, is het maar de vraag of het nog voldoende bestand is tegen de kritiek. De Hoge Raad heeft destijds bij de formulering ervan bijvoorbeeld (nog) geen rekening kunnen houden met het onderscheid tussen strafbare poging en voorbereiding.³ Bovendien is het strafrechtelijke landschap waarin de strafbare poging zich thans bevindt sterk veranderd. Dat blijkt ook uit het feit dat in de jurisprudentie meer aandacht wordt besteed aan de reikwijdte van de poging. Zo heeft de Hoge Raad in maart 2021 in twee arresten nadere invulling proberen te geven aan het begrip ‘begin van uitvoering’.⁴ Een meeromvattend onderzoek naar de strafbaarstelling van poging tot misdrijf lijkt nodig om de bestaansgrond, de rol en betekenis in ons recht opnieuw te doordenken.

Centraal in mijn promotieonderzoek staat de vraag naar de consequente vaststelling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van een poging tot misdrijf. Die vraag kan nader worden opgesplitst in twee subvragen. Ten eerste: is de huidige invulling van het criterium voor een begin van uitvoering duidelijk en pertinent genoeg om op *ieder* misdrijf toe te passen nu de variëteit aan misdrijven zo groot is (geworden)? En ten tweede: is de huidige invulling van een begin van uitvoering voldoende richtinggevend om het onderscheid tussen voorbereidingshandelingen en uitvoeringshandelingen adequaat te (kunnen) maken?

307

* Chantal van der Vis is wetenschappelijk docent straf(proces)recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Het promotieonderzoek geschiedt onder begeleiding van prof. mr. P.A.M. Mevis en prof. mr. P.A.M. Verrest.

1 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht (deel I)*, Haarlem: Tjeenk Willink 1881, p. 391. De strafbaarstelling was volgens de wetgever rijk aan moeilijkheden en uitleg van de voorwaarden voor een strafbare poging werd bewust overgelaten aan de rechtspraak.

2 HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, NJ 1979/52, m.nt. Th.W. van Veen.

3 De algemene strafbaarstelling van voorbereiding is immers pas in 1994 ingevoerd.

4 HR 30 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:388, NJ 2021/227, m.nt. A.J.M. Machielse en HR 30 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:389, NJ 2021/228, m.nt. A.J.M. Machielse.

2. Poging tot ieder misdrijf?

De centrale probleemstelling hangt nauw samen met het accessoire karakter van de poging. Dat karakter brengt met zich dat de pogingsvoorwaarden grotendeels worden ingekleurd door de uitleg van het grondmisdrijf. De wetgever gaat er nog altijd van uit dat poging tot *ieder* misdrijf strafbaar is, tenzij de wet uitdrukkelijk een uitzondering maakt.⁵ De verscheidenheid aan misdrijven die het Wetboek van Strafrecht vandaag de dag kent, is groot en dat maakt dat de uitkomst van de toepassing van die pogingsvoorwaarden onderling sterk kan verschillen. Mulder schreef al in 1988 dat hij ‘niet [zou] weten waarom voor alle denkbare gevallen van een begin van uitvoering steeds dezelfde zeef gebruikt zou moeten worden’, en ziet vanwege de uiteenlopende casuïstiek mogelijkheden voor een niet-uniform pogingsmodel.⁶

Vanuit die gedachte kan een aantal typen misdrijven worden onderscheiden dat onderling verschilt en ten aanzien waarvan de poging zich wel of niet goed laat indenken dan wel tot theoretische en/of praktische vragen leidt.⁷ Daarbij gaat het om het volgende.

Ten aanzien van de materieel omschreven misdrijven, en binnen die categorie ook veelal de krenkingsdelicten, is een strafbare poging zowel theoretisch als praktisch goed denkbaar, nu de ruimte daarvoor in de regel groot is. Idealiter geldt bij een poging tot een dergelijk misdrijf dat het strafbaar gestelde gevolg, of de strafbaar gestelde krenking, ondanks de inspanningen daartoe, niet is ingetreden. Voor formeel omschreven misdrijven geldt dat de ‘ruimte’ voor een strafbare poging beperkter is en een begin van uitvoering in de regel zeer dicht tegen de voltooiing van het misdrijf ligt. Dat is zo omdat binnen deze categorie misdrijven strafbaarheid wordt verbonden aan de handeling die wordt verricht, anders dan aan het intreden van een gevolg bij materieel omschreven misdrijven. Machielse stelt dat sommige formeel omschreven misdrijven ook in ‘stadia van ontwikkeling’ kunnen worden verdeeld, zodat – afhankelijk van de definiëring van het misdrijf – de ruimte voor een strafbare poging kan worden vergroot.⁸ Die ruimte kan ook groter zijn indien de pogingscriteria subjectiever worden ingevuld.⁹ De Nederlandse pogingsleer is te kenmerken als een gematigd objectieve leer, waarbij de objectieve bestanddelen (gericht op de daad) meer

gewicht in de schaal leggen dan de subjectieve (gericht op (de wil van) de dader). De vraag rijst of die gematigd objectieve leer ook steeds in de toepassing van de poging in de praktijk terug te zien is, of dat in concrete gevallen de rechter al dan niet impliciet meer waarde toekent aan de subjectieve bestanddelen. Hoe dan ook is de aanduiding van een meer objectieve of subjectieve leer niet louter een theoretische kwestie, maar één met praktische consequenties. Een heroverweging van de strafbaarheid ter zake van poging tot misdrijf vraagt dan ook om een studie vanuit theoretisch en praktisch (jurisprudentieel) perspectief.

Een categorie misdrijven die in dit kader afzonderlijk de aandacht verdient, is die van de gevaarzettingsdelicten. Voor deze categorie delicten geldt dat niet de daadwerkelijke schending van een rechtsgoed strafbaar gesteld wordt, maar ‘slechts’ het (concrete of abstracte) *gevaar* voor een krenking van het rechtsgoed. De Hullu stelt dat de strafbare poging ook in dit licht kan worden gezien, omdat een uitvoeringshandeling als vorm van een concreet gevaar kan worden geduid, zonder dat er sprake is van een krenking.¹⁰ Over het algemeen wordt voor een strafbare poging het gevaar geïnterpreteerd als het gevaar *dat het misdrijf wordt voltooid*. Uitvoeringshandelingen vereisen dan een zekere mate van concreetheid – daarin ligt ook het verschil met voorbereiding besloten. Maar welke mate van concreetheid mag (of moet) van de gedragingen worden verlangd indien het een poging tot een (abstract) gevaarzettingsdelict betreft? En, met andere woorden, als de poging al een gevaarzetting op zichzelf is, hoe moet een poging tot een gevaarzetting dan worden uitgelegd?

Binnen deze categorie doet zich bovendien tegenwoordig een steeds sterkere ontwikkeling voor, namelijk de invoering in ons strafrecht van nieuwe strafbaarstellingen die reeds een ‘voorbereidingshandeling’ inhouden. Artikel 10a Opiumwet was één van de eerste strafbaarstellingen van deze soort. De toenmalige minister van Justitie heeft met deze zelfstandige strafbaarstelling in de voorfase geen precedentwerking beoogd.¹¹ Maar ook in het commune strafrecht zijn of worden dergelijke strafbaarstellingen ingevoerd. Denk aan de artikelen 134a Sr, 248e Sr en het voorgestelde 240c Sr.¹² Dat raakt aan de systematiek van ons wetboek: de strafrechtelijke voorfase wordt in toenemende mate beheerst door zelfstandige strafbaarstellingen in Boek 2.¹³ Voor deze categorie misdrijven levert dat de merkwaardige situatie op dat een poging tot een ‘zelfstandig voorbereidingsmisdrijf’ strafbaar wordt geacht, terwijl de poging tot voorbereiding vanzelfsprekend is uitgesloten. De grens voor

5 Zie art. 300 lid 5 jo. lid 1 Sr.

6 Annotatie G.E. Mulder bij HR 8 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0645, NJ 1988/896.

7 Zie ook C.L. van der Vis, ‘Poging tot een bepaald misdrijf: enkele implicaties van de accessoriteit’, *DD* 2021, afl. 21.

8 Annotatie A.J.M. Machielse bij HR 30 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:389, NJ 2021/228.

9 Dat wil natuurlijk niet zeggen dat een poging tot deze categorie misdrijven niet bestaat. Dat in concrete, theoretisch moeilijke gevallen wel dergelijk ruimte daartoe bestaat, blijkt onder meer uit het arrest van HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, NJ 2015/403 waarin de ruimte voor een poging tot formeel omschreven misdrijven werd verruimd. Zie nader M.J. Vetzo, ‘Strafbare poging en formeel omschreven delicten: een bespreking naar aanleiding van HR 30 juni 2015, NJ 2015/403’, *DD* 2016, afl. 73, i.h.b. p. 846.

10 J. de Hullu, *Materieel Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 72.

11 *Handelingen II* 1984/85, 72e vergadering, p. 4640.

12 Respectievelijk hulp bij (voorbereiding) terroristisch misdrijf, grooming en het voorstel tot het strafbaar stellen van de voorbereiding van seksueel kindermisbruik.

13 Zie nader over de ontwikkeling dat het strafrecht veiligheidsrisico's al in een zo vroeg mogelijk stadium moet beheersen: M.J. Borgers, *De vlucht naar voren* (oratie VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2007.

strafbaar gedrag wordt met deze constructie steeds verder naar een vroege voorfase verlegd. Dat roept vragen op over strafbaarheid en strafwaardigheid van gedragingen in die voorfase. Dogmatisch valt er veel op aan te merken, maar ook in de praktijk blijkt het aannemen van een poging tot deze categorie misdrijven niet eenvoudig.¹⁴ Jurisprudentieonderzoek kan uitwijzen hoe een begin van uitvoering door de feitenrechter wordt ingevuld en toegepast en of dat voldoende eenvormig gebeurt bij de verschillende categorieën misdrijven.

3. De ondergrens van strafrechtelijke aansprakelijkheid en grens met voorbereiding

De vraag wanneer van uitvoeringshandelingen kan worden gesproken, raakt ook aan het onderscheid tussen poging en voorbereiding. Binnen dat onderscheid wijs ik zowel op de algemene term van ‘voorbereiding’ als de strafbare vorm daarvan als bedoeld in artikel 46 Sr. De wetgever kon bij de invoering van het Wetboek van Strafrecht al moeilijk onderscheid maken tussen voorbereidingshandelingen en uitvoeringshandelingen,¹⁵ met dien verstande dat destijds onder de term voorbereidingshandelingen meer algemeen de gedragingen voorafgaand aan een begin van uitvoering werden gerekend. De strafbare voorbereiding van artikel 46 Sr bestond immers toen nog niet. Een kleine eeuw later is met de introductie van het *Citocriterium* dat onderscheid niet veel duidelijker geworden. Er wordt getwijfeld aan de bruikbaarheid van het criterium om het begin van uitvoering te kunnen onderkennen. Zo heeft (oud) advocaat-generaal Knigge zich al enige tijd geleden afgevraagd of het huidige criterium voldoende houvast biedt.¹⁶ Het met een criminele intentie vervaardigen of verwerven van voorwerpen, stoffen e.d., als bedoeld in artikel 46 Sr, is immers naar uiterlijke verschijningsvorm net zo goed gericht op de voltooiing van het misdrijf. Keijzer heeft eerder voorgesteld dat de ‘Cito-toets’ mede gelet op het *lex certa*-beginsel tegen het licht gehouden moet worden.¹⁷ Hij stelde dat het aannemen van een strafbare poging niet zo zeer afhangt van de huidige uitleg van artikel 45 Sr, maar louter van de wijsheid van de strafrechter. In haar dissertatie verdedigt Arendse

het standpunt dat die uiterlijke verschijningsvorm niet langer als maatstaf moet worden gehanteerd voor het vaststellen van de gerichtheid op voltooiing.¹⁸ Zij spreekt de voorkeur uit om aan de hand van factoren tot die vaststelling te komen. Een en ander is deels in lijn met Rozemond, die daartoe immers al eens een aanzet deed.¹⁹ Zodoende wordt er al enige tijd kritiek geleverd op de huidige invulling van het vereiste van een begin van uitvoering en het is maar de vraag of de arresten van de Hoge Raad in maart 2021 het enige antwoord daarop zijn en of de discussie over een duidelijke invulling daarmee gesloten is.²⁰

In deze arresten heeft de Hoge Raad namelijk factoren gegeven voor de vaststelling van een begin van uitvoering. Een belangrijke beoordelingsfactor is volgens de Hoge Raad hoe dicht de gedragingen bij voltooiing van het voorgenomen misdrijf lagen, bijvoorbeeld in tijd en/of plaats, en hoe concreet deze daarop waren gericht. Daarmee zou volgens de Hoge Raad de afbakening tussen poging en voorbereiding worden bevorderd. Voorts kan blijkens deze arresten van belang zijn het samenstel van gedragingen, waarbij de gedragingen van deelnemers worden meegerekend. De aard van het misdrijf kan volgens de Hoge Raad ten slotte van belang zijn, maar niet noodzakelijk is dat al een bestanddeel van het misdrijf is vervuld.²¹ Dat laatste is ook lastig als voorwaarde te stellen, nu zeker in het geval van de formeel omschreven misdrijven een dergelijk vereiste de ruimte voor een strafbare poging nagenoeg nihil maakt. Dat de vraag naar een duidelijk en pertinent criterium voor een begin van uitvoering ook na deze arresten nog voorligt, leid ik ook deels af uit de annotatie van Machielse. Volgens de annotator kan door de genoemde arresten de uiterlijke verschijningsvorm worden gerelativeerd, nu met name van belang is dat de omstandigheden in het concrete geval beslissend zijn voor de beantwoording van de vraag of er van een begin van uitvoering kan worden gesproken.²² Maar wordt het voor de feitenrechter op deze manier duidelijker? Zijn de genoemde factoren voldoende concreet om steeds (verantwoord) het verschil te kunnen maken tussen uitvoeringshandelingen en voorbereidingshandelingen, juist als zo sterk geleund wordt op de concrete omstandigheden van het geval?

14 Denk hierbij aan de poging tot grooming. Zie HR 12 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1736, NJ 2020/36, m.nt. N. Jörg. De benadering van annotator Jörg, die onderscheid maakt tussen volkomen delictsvormen (art. 248e Sr dus) en onvolkomen delictsvormen (art. 45 en 46 Sr) is verhelderend, maar dat neemt niet weg dat een constructie als deze systematiekvragen oproept. Het aannemen van een poging tot een voorbereidingshandeling is vatbaar voor kritiek.

15 Smidt 1881, p. 392.

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

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

18 S.S. Arendse, *De uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht. Een analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad* (diss. Universiteit Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, i.h.b. p. 452-453.

19 Annotatie N. Rozemond bij HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, NJ 2015/403. In een noot bij datzelfde arrest stelt Nan dat het inderdaad geen kwaad kan ‘als de Hoge Raad eens leerstellig zijn positie zou (her) bepalen en daarbij handvatten verschaft voor de vraag hoe in de praktijk moet worden gezien of (naar uiterlijke verschijningsvorm) sprake is van een begin van uitvoering’; zie annotatie J.S. Nan bij HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1769, NbSr 2015/214.

20 HR 30 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:388, NJ 2021/227, m.nt. A.J.M. Machielse en HR 30 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:389, NJ 2021/228, m.nt. A.J.M. Machielse.

21 Idem.

22 Annotatie A.J.M. Machielse bij HR 30 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:389, NJ 2021/228.

Hier tekent zich de klassieke vraag naar de ondergrens van strafrechtelijke aansprakelijkheid af: wanneer gaat *niet-strafbaar* handelen over in *strafbaar* handelen? In zijn conclusie gaf (destijds nog) advocaat-generaal Bleichrodt voor een van de arresten van 30 maart 2021 de Hoge Raad in overweging het toetsingskader te verduidelijken. Hij gaf er daarbij de voorkeur aan om aan te sluiten bij het Duitse *jetzt-geht-es-los*-moment: ‘Gedragingen zullen in voldoende concrete mate, rechtstreeks moeten zijn gericht op een prompte verwerkelijking van het misdrijf.’²³ In het Duitse recht wordt een begin van uitvoering uitgelegd als de handelingen waarmee de dader subjectief de drempel overschrijdt tot het *jetzt-geht-es-los*-moment en waarmee in de veronderstelling van de dader het te beschermen rechtsgoed concreet in gevaar wordt gebracht.²⁴ Dat zijn concrete en invoelbare criteria: geven ze daarmee meer houvast aan de rechtspraak? Verhoudingsgewijs lijkt het Duitse recht het moment van een begin van uitvoering dichterbij de voltooiing te plaatsen. Maar is dat ook daadwerkelijk zo? Het is dan ook interessant om met rechtsvergelijkend onderzoek vragen naar de ‘ondergrens’ van strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van poging tot misdrijf te onderzoeken.

Voldoet, kortom, de tegenwoordige, voor alle misdrijven gelijke invulling van artikel 45 Sr nog wel aan de eisen van verantwoorde afbakening van strafbaarheid in theorie en praktijk?

310

4. Opzet en doel van het onderzoek

In mijn promotieonderzoek onderzoek ik de huidige betekenis, plaatsbepaling en toepassing van het pogingsmodel, met als doel om tot een herbeschouwing te komen. Centrale vraag is of het huidige pogingsmodel nog voldoende houvast biedt voor een consequente vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van poging tot misdrijf. Beantwoording van die vraag is met het oog op hetgeen ik hierboven heb uitgelegd relevant voor de rechtspraak. Dat geldt eveneens voor de wetgever – bij de keuze van de wijze van strafbaarstelling van gedragingen (in de voorfase) en zeker ook als op termijn aan modernisering van het Wetboek van Strafrecht wordt gedacht.

De probleemstelling onderzoek ik vanuit verschillende perspectieven: rechtshistorisch, rechtstheoretisch, rechtsvergelijkend en jurisprudentieel. Vanuit de rechtshistorische invalshoek kan worden gezocht naar de oorspronkelijke betekenis, argumenten voor behoud van (elementen van) het huidige pogingsmodel en/of

alternatieven daarvoor. Jurisprudentieonderzoek kan vervolgens uitwijzen hoe de feitenrechter tot de vaststelling van een begin van uitvoering komt. Binnen dit deelonderzoek kan worden ingezoomd op een aantal specifieke misdrijven. Het zou mooi zijn als daarbij een werkbaar onderscheid gemaakt kan worden in verschillende typen misdrijven en in de te beschermen rechtsgoederen. Interessant is om te bezien of de uitleg voor één en hetzelfde grondmisdrijf consistent is en niet te ver uiteenloopt, dan wel of voor de verschillende misdrijven steeds dezelfde mal kan worden gebruikt. Rechtsvergelijking met Frankrijk en Duitsland dient voorts als ‘spiegel’ om het Nederlandse model tegen af te zetten. Het rechtsvergelijkende onderzoek hangt voor een deel samen met het rechtshistorische onderzoek. Het Nederlandse strafrecht draagt elementen van zowel het Duitse als het Franse recht in zich en de eerste wortels van de strafbare poging kunnen in alle drie de landen gevonden worden in dezelfde bronnen. Het is dan interessant te bezien hoe de ontwikkeling van de strafbare poging in de verschillende rechtssystemen heeft plaatsgevonden. Aangenomen kan worden dat in de drie landen dezelfde uitdagingen zich voordoen voor wat betreft de gewenste strafrechtelijke aansprakelijkheid in de voorfase. Ten slotte is het van belang om de strafbaarstelling van poging tot misdrijf vanuit theoretisch perspectief te bezien. Zo zijn bijvoorbeeld de theoretische invulling inhoudende een meer objectieve of subjectieve uitleg van de pogingsvoorwaarden en de interpretatie van het gevaar dat bij de strafbare poging centraal staat relevante invalshoeken voor het bepalen van het moment dat als begin van uitvoering kan worden aangemerkt.

5. Ter afronding

De laatste dissertatie waarin de strafbare poging centraal stond, dateert van 1965.²⁵ In die dissertatie zijn uiteenlopende vragen over alle voorwaarden van artikel 45 Sr en de aanverwante leerstukken van (on)deugdelijkheid en vrijwillige terugtred behandeld. Belangrijke – misschien wel de belangrijkste – ontwikkelingen in de rechtspraak over poging, in het bijzonder de Cito-jurisprudentie, hebben na die tijd plaatsgevonden. Naar die ontwikkelingen en de gevolgen daarvan voor het pogingsmodel in ons strafrecht is de afgelopen decennia niet eerder breder onderzoek verricht. Datzelfde geldt voor de nieuwe wetgeving, die de omgeving en de toepassing van de strafbare poging enorm heeft veranderd – denk aan de invoering van de algemene strafbaarstelling van voorbereiding in 1994 en de invoering van vele nieuwe misdrijven. Het is aldus tijd voor een omvattend promotieonderzoek naar de actuele stand van zaken rond de poging in het Nederlandse strafrecht. Inmiddels heb ik daaraan een begin van uitvoering gegeven.

23 Concl. A-G Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2020:111, bij HR 30 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:389, i.h.b. onder 30-33.

24 Zie Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar* (28. Auflage), München: Verlag C.H. Beck 2010, p. 408.

25 Th.J.B. Buiting, *Strafbare poging* (diss. Universiteit Utrecht), Utrecht: Scho-tanus & Jens 1965.