

## Strafbare poging en formeel omschreven delicten: een bespreking naar aanleiding van HR 30 juni 2015, NJ 2015/403<sup>2</sup>

DD 2016/73

### 1. Inleiding

De gangbare opvatting is dat bij formele delicten – die zich kenmerken doordat een handeling strafbaar wordt gesteld en niet het intreden van een bepaald gevolg – weinig tot geen ruimte bestaat voor een strafbare poging. Omdat de delictsoomschrijving zich richt op een handeling, zou al snel sprake zijn van een voltooid delict en een poging moeilijk denkbaar zijn. In het arrest HR 30 juni 2015, NJ 2015/403<sup>3</sup> heeft de Hoge Raad, naar het lijkt, een benadering gekozen die meer ruimte voor de strafbare poging bij formele delicten creëert.<sup>4</sup> In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest, werd een verdachte veroordeeld voor een poging tot het voorhanden hebben van een vuurwapen (artikel 45 Sr jo. artikel 26 WWM). Verdachte had telefonisch gereageerd op een advertentie op [www.wapenadvertenties.nl](http://www.wapenadvertenties.nl) waarin een wapen te koop werd aangeboden. Verdachte meldde tijdens het telefoongesprek dat hij het wapen wilde kopen. Op vragen van de verkoper verklaarde verdachte dat hij geen verlofhouder was. Hierop brak de verkoper het gesprek af. De Hoge Raad laat het veroordelende vonnis van het Hof in stand. Daarmee is duidelijk dat naar zijn opvatting dus toch (al snel) sprake kan zijn van een poging tot een formeel delict, zoals artikel 26 WWM.

Nan schreef over dit arrest in zijn kroniek in het *NJB*: ‘Deze uitspraak van de Hoge Raad zou wel eens een behoorlijke uitbreiding van het leerstuk van de poging voor dit soort formele delicten kunnen inhouden. Het belang van dit arrest kan in mijn ogen daarom niet snel overschat worden.’<sup>5</sup> In dit artikel zal ik onderzoeken of inderdaad sprake is van een uitbreiding en of de door de Hoge Raad gekozen aanpak ook de meest wenselijke is. Allereerst zal in paragraaf 2 een theoretisch kader worden geschetst dat tot doel heeft de (tot voor kort) gangbare opvattingen over de mogelijkheden voor een poging tot een formeel delict te beschrijven. In paragraaf 3 wordt ingegaan op de vraag in hoeverre het hiervoor genoemde arrest daadwerkelijk een uitbreiding van het pogingsleerstuk bij formele delicten bewerkstelligt. Vervolgens worden in paragraaf 4 twee mogelijke argumenten tegen een verruiming van het pogingsleerstuk bij formele delicten besproken. In paragraaf 5 wordt de blik vooruit gericht. Is er ruimte voor een andere, betere aanpak dan de aanpak in het vuurwapen-arrest? In dat verband wordt aandacht besteed aan een conclusie van A-G Knigge voor een arrest uit 2009. Knigge heeft toen, in een zaak die draaide om het formele delict van artikel 3 onder C Opiumwet (telen van hennep), voorgesteld dat voor een poging sprake moet zijn van de feitelijke mogelijkheid om de delictsgedraging te verrichten.<sup>6</sup>

---

1 Max Vetzo voltooide in juli 2016 zijn bacheloropleiding Rechtsgeleerdheid aan het Utrecht Law College (Universiteit Utrecht).

2 Citeerwijze: M.J. Vetzo, ‘Strafbare poging en formeel omschreven delicten: een bespreking naar aanleiding van HR 30 juni 2015, NJ 2015/403’, *DD* 2016/73.

3 Het arrest zal hierna worden aangeduid als *NJ* 2015/403, ofwel gemakshalve als ‘het vuurwapen-arrest’.

4 Zie o.a. de noten onder dit arrest van Nan, *Nieuwsbrief Strafrecht* 2015/214 en van Rozemond, *NJ* 2015/403.

5 J. Nan, ‘Kroniek van het straf(proces)recht’, *NJB* 2015, afl. 35, p. 2420-2430.

6 Conclusie A-G Knigge voor HR 17 november 2009, *NJ* 2010/337 (hennepkwekerij).

Dit criterium kan worden doorgetrokken naar andere formele delicten, teneinde te komen tot een adequate afgrenzing van het pogingsleerstuk bij dit type delicten.<sup>7</sup>

## 2. De strafbare poging en formeel omschreven delicten

### 2.1 *Introductie: formeel omschreven delicten en het pogingsleerstuk*

Delicten zijn formeel omschreven wanneer zij voltooid zijn bij het verrichten van een specifiek in de delictomschrijving aangeduide handeling, ongeacht de daardoor teweeggebrachte gevolgen.<sup>8</sup> Ook bij formele delicten geldt dat pas sprake is van een begin van uitvoering (strafbare poging) als een gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm moet worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf.<sup>9</sup>

In de handboeken wordt vrij stellig, maar zonder al te veel nadere toelichting of verwijzing naar het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm, aangenomen dat er weinig ruimte is voor de strafbare poging bij formeel omschreven delicten. Zo is De Hullu van mening dat de poging tot het plegen van formele delicten ‘moeilijk denkbaar’ kan zijn, omdat het begin van uitvoering dicht tegen voltooiing aanligt. Eerder in zijn handboek stelt hij zonder omhalen: ‘bij formele delicten vallen poging en voltooid delict bijna samen.’<sup>10</sup> En Kelk en De Jong behandelen de poging tot het plegen van een formeel delict onder het kopje ‘Gevalen waarin poging uitgesloten of problematisch is.’<sup>11</sup> Het lijkt alsof uit het ‘karakter’ van formele delicten automatisch voortvloeit dat weinig ruimte voor de poging bestaat.

Maar waarop zijn die algemene uitspraken gebaseerd? In deze paragraaf wordt de nadruk gelegd op twee tegengestelde opvattingen, die ieder voor zich antwoord geven op de vraag wanneer van een poging bij formele delicten sprake is. Aan de ene kant staat de oude, restrictievere opvatting van Simons (paragraaf 2.2) en aan de andere kant de recente, ruimere opvatting van Knigge (paragraaf 2.3). Het centrale twistpunt betreft de vraag of van een begin van uitvoering slechts sprake is als met de delictshandeling een begin is gemaakt, of dat van een begin van uitvoering enkel sprake kan zijn voordat verdachte een begin heeft gemaakt met de delictshandeling. Simons opteert voor de eerste, Knigge voor de tweede optie.

### 2.2 *De restrictieve opvatting van Simons*

Simons is, reeds lang geleden, expliciet ingegaan op de vraag waar het begin van uitvoering bij formele delicten ligt. Simons stelt: ‘Bij misdrijven met formele omschrijving zal strafbare poging moeten worden aangenomen, zodra een aanvang is gemaakt met de door

7 Eén ‘type’ formele delicten wordt op voorhand reeds uitgesloten van bespreking. Het betreft hier formele delicten met een kwalificerende omstandigheid, zoals diefstal met braak (artikel 311 lid 1 sub 5 Sr). Het leerstuk van de poging levert in relatie tot dit soort formele delicten geen problemen op. Als het kwalificerende bestanddeel (de braak) is voltooid, dan kan een begin van uitvoering van diefstal met braak worden aangenomen. Dat is vaste jurisprudentie. De tekst die hierna volgt heeft op dit soort formele delicten geen betrekking. Zie o.a. HR 28 juni 1920, NJ 1920/807 en andere arresten vermeld door M. Rutgers, *Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 69.

8 Zie in deze trant o.a. de opvattingen van minister Modderman (H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht. Eerste Deel*, Haarlem: Tjeenk Willink 1891, p. 82), De Hullu (J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 75 en 398) en Kelk en De Jong (C. Kelk en F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 60).

9 HR 24 oktober 1978, NJ 1979/52 (Cito).

10 De Hullu 2015, p. 398 resp. 76.

11 Kelk en De Jong 2016, p. 400 en 402-403.

de wet strafbaar gestelde handeling.<sup>12</sup> Als deze lijn wordt gevolgd, kan de poging tot een formeel delict inderdaad moeilijk denkbaar zijn. De handeling die in de delictsoomschrijving centraal staat, moet dan immers ruimte laten om een onderscheid te kunnen maken tussen het begin van uitvoering van deze handeling en de voltooiing van deze handeling. Is het niet mogelijk dat onderscheid te maken, dan is er voor de poging geen ruimte. Een oud, maar goed voorbeeld waarin een poging wel mogelijk bleek, is HR 15 februari 1915, *W. 9764* waarin verdachte werd veroordeeld voor een poging tot het *uitvoeren* van een zwart ruipaard naar Duitsland terwijl oorlogsgevaar voor Nederland aanwezig was. Verdachte was met dit paard de Duitse grens tot op twintig meter genaderd, terwijl zijn medeverdachte hem aan de andere zijde van de grens stond op te wachten. Uitvoeren omvat, aldus de Hoge Raad, 'krachtens het algemene spraakgebruik mede het vervoer van goederen van eene plaats in het binnenland in de richting der rijksgrens, ondernomen met de bedoeling om die goederen over de grens te brengen.' Op deze wijze werd ruimte gecreëerd voor de poging. Van een voltooid delict is kennelijk pas sprake bij het *over* de rijksgrens vervoeren van goederen. Maar ook het *richting* de rijksgrens vervoeren van goederen valt binnen de gedraging uitvoeren. Met de gedraging uitvoeren kan aldus een begin worden gemaakt voordat van voltooiing sprake is. Van Hattum verwoordt dit als volgt: '[H]et naar de grens brengen is ook reeds een fragment (uitvoeringshandeling) van het uitvoeren.'<sup>13</sup> Had de Hoge Raad geoordeeld dat uitvoeren slechts het moment van het *over* de rijksgrens vervoeren van goederen omvat, dan was er in de opvatting van Simons voor de poging geen ruimte geweest. Kelk en De Jong stellen in dit kader: 'Alleen als het in de delictsoomschrijving (formeel) aangeduide werkwoord ruimer valt te interpreteren, dan zal er ook voor de poging meer ruimte ontstaan.'<sup>14</sup>

Niet iedere ruime interpretatie van een werkwoord biedt echter meer ruimte voor de poging. In HR 8 mei 1984, *NJ 1984/701* (vervoeren drugs) oordeelde de Hoge Raad dat het door een raam naar buiten gooien van een tas met heroïne, met de bedoeling deze naar elders te vervoeren, als het vervoeren van heroïne kan worden aangemerkt. Iedere verplaatsing van drugs levert een voltooide delictsgedraging (vervoeren) op. Het woord vervoeren wordt hier heel 'ruim' uitgelegd. Dit maakt de ruimte voor de poging, als de visie van Simons wordt gevolgd, echter niet groter. Het delict van artikel 2 lid 1 sub b Opiumwet is immers bij de geringste verplaatsing al voltooid. Met het werkwoord kan nauwelijks een aanvang worden gemaakt voordat voltooiing intreedt. De enkele aanvang met verplaatsing betekent immers al voltooiing van vervoeren. De term ruim interpreteren moet in dit kader dan ook strikt worden beschouwd als het door middel van interpretatie creëren van ruimte tussen het begin van uitvoering van de delictsgedraging en de voltooiing van deze gedraging. Alleen als de rechter een werkwoord op deze wijze ruim interpreteert is er in de opvatting van Simons ruimte voor de poging bij formele delicten.

Wat opvalt, is dat in de opvatting van Simons slechts één factor relevant is voor de vraag of ruimte bestaat voor de strafbare poging: de wijze waarop het werkwoord uit de delictsoomschrijving wordt geïnterpreteerd. De rechterlijke interpretatie is in dit kader natuurlijk

12 D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht*, Groningen 1937, p. 170-171. Zie ook H.M.A. Drewes en Ch. J. Enschedé, *De strafbare poging in het commune strafrecht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1971, p. 10-11.

13 J.M. van Bemmelen en W.F.C. van Hattum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht; deel I – Algemene leerstukken, door W.F.C. van Hattum*, Arnhem: Gouda Quint-Brouwer 1953, p. 487. Tegen deze redenering kan wel het volgende logisch-taalkundige argument worden ingebracht: als het naar de grens brengen van een goed naar het normale taalgebruik al uitvoeren oplevert, waarom was dan in de gegeven casus geen sprake van een voltooid delict? Hij die begint met uitvoeren, voert immers uit. De opvatting van Knigge die hieronder aan bod komt, is gebaseerd op dit argument.

14 Kelk en De Jong 2016, p. 402.

wel gebonden aan taalkundige grenzen en kan niet tot in het oneindige worden opgerekt. Dit vormt een belangrijke beperking van de mogelijkheid om ruimte te creëren voor de strafbare poging bij formele delicten.<sup>15</sup> De aanpak van Simons is restrictief en biedt een zekere mate van duidelijkheid. Alleen die handelingen die zich binnen de reikwijdte van de delictsgedraging begeven, maar liggen vóór voltooiing van deze gedraging kunnen worden aangemerkt als uitvoeringshandelingen.

De opvatting van Simons stamt uit oudere tijden, maar de opvatting dat de reikwijdte van de poging wordt bepaald door de taalkundige speelruimte die het werkwoord biedt, speelt desalniettemin een belangrijke rol in recente monografieën en leerboeken.<sup>16</sup> Als de opvatting van Simons wordt gevolgd, dan is de verhouding tussen formele delicten en de strafbare poging in de praktijk inderdaad problematisch. Als een werkwoord niet 'ruim' geïnterpreteerd kan worden, is er voor de poging geen plek. Hierbij moet worden aangetekend dat het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm destijds nog niet was geformuleerd, laat staan dat het bestendige jurisprudentie was. Het is dan ook de vraag hoe het tamelijk rigide vereiste van Simons zich verhoudt tot de flexibiliteit die de uiterlijke verschijningsvorm biedt.

### 2.3 De ruime opvatting van Knigge

Knigge zet zich af tegen een dergelijke beperkte opvatting.<sup>17</sup> Hij begint zijn bespreking met de stelling dat een formeel delict is *voltooid* zodra een begin is gemaakt met de handeling uit de delictsommschrijving. Knigge expliciteert deze stellingname aan de hand van twee werkwoorden: 'Wie begonnen is te vervoeren, vervoert en wie begonnen is met telen, teelt.' En: 'Daarbij geldt dat het misdrijf is voltooid zodra een begin is gemaakt met die handeling.' Op het moment dat met het handeling een begin is gemaakt, is van poging geen sprake meer. Zelfs niet als 'de dader het vervoerde goed nog maar een meter heeft verplaatst en als de geplante stekjes nog geen centimeter zijn gegroeid.' Hieruit volgt Knigges opvatting over de relatie tussen de strafbare poging en formele delicten:

"Bij de strafbaarheid van de poging tot een formeel omschreven delict gaat het noodzakelijkerwijs om een gedraging die voorafgaat aan de handeling zoals die in de delictsommschrijving is omschreven (...) [D]e strafbaarheid van de poging impliceert hier dat met uitvoering van het misdrijf een begin kan zijn gemaakt zonder dat de dader met de strafbaar gestelde handeling is begonnen."

Deze opvatting is expliciet tegengesteld aan die van Simons. In de visie van Simons is juist enkel sprake van een poging, als met de handeling een begin is gemaakt. Kan met de handeling (taalkundig) geen begin worden gemaakt voordat voltooiing intreedt, dan is er voor de poging geen ruimte. Knigge ziet dat anders: het zijn de handelingen die worden verricht voordat de dader met de strafbaar gestelde handeling is begonnen, die een strafbare poging op kunnen leveren. De taalkundige zekerheid die de aanpak van Simons bood, valt nu weg. De grenzen van het werkwoord geven niet langer de grenzen van de poging

15 Van Hattum deelt de opvatting van Simons onder de voorwaarde dat hierbij binnen de grenzen van het normale taalgebruik wordt gebleven. Idem, p. 487: 'Er is dan ook niets tegen om, met Simons, bij delicten met formele omschrijving strafbare poging eerst dan aanwezig te achten wanneer met de door de wet strafbaar gestelde handeling een aanvang is gemaakt. Mits men slechts het gebied dat door het werkwoord bestreken wordt niet te eng neemt. En men is volkomen gerechtigd dit gebied ruim te nemen *zolang men maar niet buiten de grenzen van het normale taalgebruik treedt.*' [mijn cursivering].

16 Zie Mols en Wöretshofer 1995, p. 16-17. Ook Kelk en De Jong leggen de nadruk op de noodzaak tot het ruim uitleggen ('uitdijen') van het werkwoord, wil ruimte voor de poging bij formele delicten ontstaan. Zie Kelk en De Jong 2016, p. 402-403 en p. 409.

17 Dit doet hij in zijn conclusie voor HR 17 november 2009, NJ 2010/337 (hennepkwekerij).

aan. Alle gedragingen die voorafgaan aan de voltooide delictsgedraging kunnen, *in beginsel*, binnen het pogingsleerstuk vallen. Knigge knoopt logischerwijs aan bij het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm om enige beperking aan te brengen in de reikwijdte van de poging. Niet alle gedragingen die voorafgaan aan de delictsgedraging vormen een begin van uitvoering, maar slechts die gedragingen die naar uiterlijke verschijningsvorm gericht zijn op voltooiing van het misdrijf. In deze aanpak is de poging tot het plegen van een formeel delict eenvoudiger denkbaar. Zo is er in het voorbeeld van HR 8 mei 1984, NJ 1984/701 (vervoeren drugs) in de opvatting van Simons geen ruimte voor de poging, omdat het werkwoord geen ruimte biedt om andere handelingen dan het vervoeren of verplaatsen van drugs zelf als (strafwaardige) poging aan te merken. Bij Knigge ligt dit anders: iedere gedraging die naar uiterlijke verschijningsvorm is gericht op het verplaatsen van drugs kan worden getypeerd als een uitvoeringshandeling. Er kan dan alsnog ruimte zijn voor de poging bij formele delicten, afhankelijk van de wijze waarop het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm wordt gehanteerd. Zo kan het met het oog op de aanschaf van drugs naar een woning toerijden en het daar testen en wegen van drugs een begin van uitvoering van vervoeren opleveren. Als de opvatting van Knigge wordt gevolgd, wordt de reikwijdte van de poging bij formele delicten aldus bepaald door een tweetal factoren: de wijze waarop het werkwoord (de delictsgedraging) wordt geïnterpreteerd én de wijze waarop het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm wordt ingevuld. Ten aanzien van die eerste factor het volgende: als een werkwoord wordt geïnterpreteerd als in het hiervoor besproken ‘vervoeren drugs-arrest’<sup>18</sup> wordt de ruimte voor de poging in beginsel kleiner. A-G Knigge erkent dit.<sup>19</sup> De vraag is immers of, gegeven die ruime uitleg van vervoeren, nog wel gedrag te bedenken valt dat *al wel* een begin van uitvoering oplevert, maar *nog niet* als het vervoeren van drugs kan worden aangemerkt. Hier komt de tweede factor in beeld. Of sprake is van een begin van uitvoering wordt bepaald door het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm. Wordt dit criterium subjectiever ingevuld, dan zal er voor de poging meer ruimte zijn. Deze factor lijkt mij bepalend. Zelfs bij een zeer extensieve interpretatie van het werkwoord vervoeren, kan er veel ruimte zijn voor de poging. Iedere handeling die blijkt geeft van de kwade intentie om te vervoeren, kan bij een subjectieve invulling als een uitvoeringshandeling worden aangemerkt. Daar waar bij Simons de nadruk lag op de noodzaak tot het ‘ruim’ interpreteren van het werkwoord, is dat bij Knigge anders. Het hangt af van de wijze waarop het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm wordt ingevuld, hoever de poging bij formele delicten ‘naar voren toe’ reikt. Het vloeit in deze opvatting niet uit de aard van formele delicten voort dat poging moeilijk denkbaar is. Dit maakt dat algemene uitspraken over de problematische relatie tussen het pogingsleerstuk en formeel omschreven delicten de plank mislaan als de visie van Knigge wordt gevolgd. De invulling van het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm bepaalt in dat geval immers of er veel, dan wel weinig ruimte voor de poging bij formele delicten is. Daar is zonder jurisprudentieonderzoek geen zinnige uitspraak over te doen.

Door het pogingsleerstuk uit te breiden tot aan de delictsgedraging voorafgaande gedragingen doemt er echter wel een, door Knigge onderkend, probleem op. De vraag is of het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm voldoende houvast biedt: ‘Is niet elke als zodanig herkenbare voorbereidingshandeling naar haar uiterlijke verschijningsvorm gericht

18 HR 8 mei 1984, NJ 1984/701 (vervoeren drugs).

19 Conclusie A-G Knigge voor HR 17 april 2007, NJ 2007/436 (afgebroken cocaïnetransactie): ‘Aan het begrip “vervoeren zoals dat in de Opiumwet voorkomt” heeft de Hoge Raad een ruime uitleg gegeven. (...) En dat maakt dat het terrein van de poging erg smal is geworden.’

op het verrichten van de delictuele gedraging?”<sup>20</sup> Het gevaar bestaat dat in deze ruimere opvatting het ‘gehele voorterrein’ van het formele misdrijf als poging strafbaar wordt. In de volgende paragraaf wordt bezien of dit gevaar zich heeft verwezenlijkt.

### 3. De poging tot formeel omschreven delicten in de jurisprudentie

‘Het is niet eenvoudig om in algemene termen aan te geven wat de reikwijdte van de poging is bij formeel omschreven delicten. Casuïstiek speelt hier een belangrijke rol’, aldus Borgers in zijn noot onder HR 17 november 2009, *NJ* 2010/337. Enkele in de literatuur (veel) genoemde arresten waarin een poging tot het plegen van een formeel delict centraal stond, worden hieronder besproken en afgezet tegen HR 30 juni 2015, *NJ* 2015/403.<sup>21</sup> Zo wordt de reikwijdte van de poging bij formele delicten bepaald.

#### 3.1 *HR 30 juni 2015, NJ 2015/403*

Op 17 januari 2013 reageert verdachte op een advertentie op [www.wapenadvertenties.nl](http://www.wapenadvertenties.nl) waarin een Smith & Wesson Model, type 5906, kaliber 9mm te koop wordt aangeboden. Hij belt de adverteerder op en zegt dat hij het wapen wil kopen. De adverteerder deelt mede dat verdachte het wapen plus holster kan kopen voor 350 euro. Verdachte vraagt aan de adverteerder wat voor kogels bij het wapen horen en of hij die ook van adverteerder kan kopen. Adverteerder vertelt verdachte dat hij 9mm munitie nodig heeft en dat hij (adverteerder) nog geschikte 9mm patronen heeft. Verdachte zegt hierop: ‘Prima ik wil hem kopen.’ De adverteerder zegt dat verdachte zijn identiteitspapieren en wapenvergunning (verlof) moet kunnen tonen. Verdachte meldt dat hij geen verlofhouder is. Hierop breekt de adverteerder het gesprek af. Verdachte wordt vervolgd voor een poging tot het voorhanden hebben van een wapen of munitie van de categorieën II en III (artikel 45 Sr jo. 26 WWM). Het Hof komt tot het oordeel dat sprake is van een begin van uitvoering. De Hoge Raad laat het oordeel van het Hof in stand. In de centrale rechtsoverweging wordt de nadruk gelegd op het feit dat de verdachte contact op nam met de aanbieder van het vuurwapen, gerichte vragen over het vuurwapen heeft gesteld, aangaf het vuurwapen daadwerkelijk te willen kopen en heeft ‘geprobeerd een overeenkomst te sluiten die tot het voorhanden hebben van het vuurwapen zou leiden.’ Gelet op deze vaststellingen is het arrest van het Hof niet onbegrijpelijk, aldus de Hoge Raad.<sup>22</sup>

A-G Spronken stelde in haar conclusie voor het arrest, dat de gedragingen van de verdachte te ver af staan van het beoogde misdrijf om van een begin van uitvoering te kunnen spreken.<sup>23</sup> Met het voorhanden hebben van het wapen is naar haar oordeel nog geen aanvang gemaakt. Verdachte had nog een flink aantal handelingen moeten verrichten voordat hij feitelijke macht over het wapen zou hebben. Verdachte was echter, bij wijze van spreken, zijn huis nog niet uit. Er waren wel woorden, maar nog geen daden. De gedragingen stonden zeer ver af van voltooiing van het delict.<sup>24</sup> Deze constatering hangt samen met een ander, door Spronken in haar conclusie aangehaald punt. Er is in het arrest sprake van een sterke gerichtheid op de intentie van verdachte. De uiterlijke verschijningsvorm wordt aldus, volgens Spronken, subjectief ingevuld. De nadruk ligt zeer sterk op het enkele feit dat verdachte expliciet heeft medegedeeld dat hij het vuurwapen *wil* kopen. De gedragingen

20 Conclusie A-G Knigge voor HR 17 november 2009, *NJ* 2010/337 (hennepkwekerij).

21 De namen die tussen haakjes achter de *NJ*-vindplaats staan heb ik zelf toegevoegd. Dat maakt de bespreking die volgt vermoedelijk wat eenvoudiger te volgen.

22 HR 30 juni 2015, *NJ* 2015/403, r.o. 3.3.

23 Conclusie A-G Spronken voor HR 30 juni 2015, *NJ* 2015/403.

24 Zie de annotaties van Nan, *NbSr* 2015/214 en Rozemond, *NJ* 2015/403.

van verdachte leveren nog geen enkel concreet of acuut gevaar op voor de voltooiing van het misdrijf. Volgens Spronken wordt bij het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm de subjectieve zijde (het voornemen) juist sterk geobjectiveerd omdat deze wordt afgeleid uit de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. Hierbij is bovendien een zekere mate van gevaarzetting vereist.<sup>25</sup> De Hoge Raad wijkt van de conclusie van zijn A-G af. Zijn subjectieve invulling van het criterium is een opvallend kenmerk van dit arrest.

Het arrest wordt al met al gekenmerkt door een 'maximalistische' benadering van het pogingsleerstuk.<sup>26</sup> De vraag of de gedragingen van verdachte voldoende nabij het voltooide delict liggen, speelt kennelijk geen rol. Daarentegen wordt de kwade intentie als startpunt gekozen. Het telefoongesprek waaruit deze intentie blijkt, wordt al aangemerkt als een begin van uitvoering. Tegen de achtergrond van de hierboven uiteengezette kenmerkende aspecten van NJ 2015/403 zal de eerdere jurisprudentie worden beschouwd.

### 3.2 *De poging tot formeel omschreven delicten in eerdere jurisprudentie*

De Hoge Raad heeft op – enkele zeer oude uitzonderingen na<sup>27</sup> – de leer van Simons niet gevolgd. Het is niet zo dat een poging bij formeel omschreven delicten eerst dan kan worden aangenomen, zodra met de delictshandeling een begin is gemaakt. Het is de opvatting van Knigge die in de rechtspraak wordt gevolgd. Dat wekt geen bevreemding. Knigges opvatting kwam niet uit de lucht vallen. Hij baseerde de opvatting in zijn conclusie immers op de rechtspraak van de Hoge Raad. Nu de taalkundige beperking van Simons wegvalt, is het de vraag of en hoe de Hoge Raad heeft weten te voorkomen dat het gehele voorterrein van het formele misdrijf als poging strafbaar wordt. De wijze waarop de Hoge Raad het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm heeft gehanteerd, staat bij de beantwoording van deze vraag centraal.

HR 20 juni 1989, NJ 1990/32 (heroïne-transactie koper) en HR 20 juni 1989, NJ 1990/33 (heroïne-transactie verkoper) zijn twee klassieke arresten waarin de poging tot het plegen van een formeel delict centraal stond. Beide zaken draaiden om de aanstaande koper en verkoper van een partij heroïne. Koper was ter uitvoering van een eerder gemaakte afspraak van Amsterdam naar Utrecht gereisd om de heroïne in ontvangst te nemen. Van poging tot vervoeren, dan wel aanwezig hebben van heroïne was geen sprake, aldus de Hoge Raad. Deze gedraging was naar uiterlijke verschijningsvorm onschuldig en leverde geen begin van uitvoering op. Voor de verkoper lag dat anders. Hij had de potentiële koper opgeroepen zich naar Utrecht te begeven om daar de heroïne in ontvangst te nemen en de koper vervolgens verzocht om de partij heroïne naar Amsterdam te vervoeren, terwijl de personen die de beschikking hadden over de heroïne zich in zijn nabijheid ophielden. Dit veelomvattende samenstel van gedragingen was naar uiterlijke verschijningsvorm gericht op voltooiing van het afleveren van heroïne. Het doorslaggevende verschil tussen de twee zaken lijkt dan ook

25 Conclusie A-G Spronken voor HR 30 juni 2015, NJ 2015/403.

26 De termen 'maximalisme' en 'minimalisme' zijn, in relatie tot het pogingsleerstuk, geïntroduceerd door R.A. Duff, *Criminal Attempts*, Oxford: Clarendon Press 1996, p. 386: 'Minimalists begin with the commission of some substantive offence as the paradigm of criminality, and seek to capture only conduct that comes close to that paradigm by the general law of attempts: conduct that is "proximate" to the completion of that offence. Maximalists begin with the assumption that any conduct directed towards the commission of a substantive offence is a candidate for criminalization, and then ask how far beyond the 'first act' the intending criminal need have progressed before we can safely and properly convict her.'

27 Zie naast het eerder besproken W. 9764 het daarop sterk gelijkende HR 22 november 1915, NJ 1916/168 (het Groesbeekse paard) en verder de in Simons 1937, p. 171 aangehaalde arresten. Zie voor een recentere *lone wolf* de uitspraak van de politierechter te 's-Hertogenbosch (NJ 2002/193) die wordt besproken in de conclusie van A-G Knigge voor HR 17 november 2009, NJ 2010/337 (hennepkwekerij).

te zijn dat de verkoper samen met anderen over de heroïne beschikte.<sup>28</sup> Annotator Van Veen geeft de volgende rechtvaardiging voor de verschillende behandeling van koper en verkoper: '[B]edacht moet worden dat de opbeller de heroïne aanwezig had en bezig was die af te zetten terwijl de potentiële afnemer, die naar Utrecht reisde zich nog in het stadium bevond waarin hij van plan was zich in een crimineel avontuur te storten.' De voor de hand liggende vraag is of de verdachte in *NJ* 2015/403 al meer had dan louter een plan om zich in een crimineel avontuur te storten?<sup>29</sup>

De, zeker in het licht van het vuurwapen-arrest, restrictieve lijn van *NJ* 1990/32 (heroïne-transactie koper) is doorgezet in latere Opiumwet-jurisprudentie. Zo kon de verdachte die een aanzienlijke hoeveelheid geld, navigatiemateriaal, en een GSM met SIM-kaart had aangenomen van een opdrachtgever en hiermee naar Roemenië/Hongarije was afgereisd om een pakket heroïne op te halen niet veroordeeld worden voor een poging tot het binnen het grondgebied van Nederland brengen van die heroïne (artikel 2 onder A Opiumwet). Het bleef in deze zaak bij een poging omdat de verdachte terugkeerde zonder heroïne. Hij kon de vrachtauto waarin deze zich zou bevinden niet vinden. De Hoge Raad hanteerde de uiterlijke verschijningsvorm opnieuw objectief en casseerde het arrest van het Hof waarin een poging werd aangenomen. En: 'Daaraan doet niet af dat de verdachte, zoals het Hof heeft overwogen wel de intentie tot zodanige invoer had.'<sup>30</sup> Een subjectieve invulling van de uiterlijke verschijningsvorm wordt hiermee expliciet afgewezen.

Meer ruimte voor de poging was er in het afgebroken cocaïne-transactie-arrest.<sup>31</sup> In deze zaak werd een poging tot het vervoeren van cocaïne (artikel 2 onder B Opiumwet) bewezen verklaard. Verdachten hadden zich, met het oog op het kopen van cocaïne, naar een woning begeven, een aankoopbedrag en spullen om de cocaïne te testen meegenomen en deze cocaïne ook daadwerkelijk getest. Tot aankoop werd echter niet overgegaan omdat het tafereel uitmondde in een schietpartij. Het gaat hier om gedragingen die verder af liggen 'van het moment waarop het eigenlijke vervoeren begint.'<sup>32</sup> Ondanks het feit dat de test van de drugs negatief uitviel en de verdachten daarom niet tot koop wensten over te gaan, werd een poging aangenomen. Het handelen van verdachten was gericht op het na aankoop, vervoeren van de cocaïne. Dat de tussenstap van aankoop zich niet voordeed en zich ook niet voor zou gaan doen, deed hieraan niet af.<sup>33</sup> In de andersoortige casus van HR 17 november 2009, *NJ* 2010/337 (hennepkwekerij) had verdachte een complete, complexe hennepkwekerij ingericht. De vraag was of deze toestand al een begin van uitvoering van het telen van hennep opleverde (artikel 3 onder C Opiumwet). De verdachte was flink gevorderd in zijn plan om hennep te telen, het ontbrak alleen nog aan de beschikking over kweekmateriaal. Zonder enige verdere activiteit is het beschikken over een dergelijke ruimte volgens de Hoge Raad onvoldoende voor het aannemen van een strafbare poging. Het ontbrak de verdachte in de woorden van A-G Knigge in zijn conclusie voor het arrest aan de feitelijke mogelijkheid om tot telen over te gaan.

28 K. Rozemond, 'De algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen in het licht van de pogingsjurisprudentie van de Hoge Raad', *DD* 1994, afl. 7, p. 661-662.

29 Zie voor een soortgelijke opvatting de annotatie van Nan bij het vuurwapen-arrest (Nan, *NbSr* 2015/214) en Nan 2015, p. 2424. Rozemond stelt in zijn *NJ*-annotatie bij het vuurwapen-arrest dat de gedragingen van verdachte 'minder neutraal' zijn dan die in de zaak *NJ* 1990/32 (heroïne-transactie koper). Hiermee miskent hij mijns inziens dat ook in het geval van de koper in de heroïne-transactie het maken van een afspraak aan de 'neutrale' gedraging ten grondslag lag en dat deze afspraak een rol speelt in de centrale rechtsoverweging van de Hoge Raad.

30 HR 15 februari 2011, *NJ* 2011/95 (invoer heroïne).

31 HR 17 april 2007, *NJ* 2007/436 (afgebroken cocaïne-transactie).

32 De woorden van A-G Knigge in zijn conclusie voor het arrest.

33 Zie de conclusie van A-G Knigge voor HR 17 november 2009, *NJ* 2010/337 (hennepkwekerij).

HR 31 augustus 2004, *NJ* 2004/592 (illegaal vuurwerk) verdient bijzondere aandacht, omdat het strafbare feit dat in deze zaak centraal stond meer dan in de voorgaande arresten lijkt op artikel 26 WWM. In deze zaak werd de verdachte veroordeeld voor een poging tot het voorhanden hebben van illegaal vuurwerk (artikel 24 Wet milieugevaarlijke stoffen). Verdachte had verboden vuurwerk besteld. Hij was vervolgens met een bestelauto naar een loods gereden om het vuurwerk af te halen. In de loods stond een vrachtwagen met daarin het vuurwerk. De laadklep van deze vrachtwagen was al neergelaten. Kort voor verdachte was X, die ook vuurwerk had besteld en met zendapparatuur met verdachte in contact stond, met zijn auto de loods binnengereden om vuurwerk in te laden. De Hoge Raad neemt al deze feiten in acht bij het aannemen van een begin van uitvoering. De enkele aanwezigheid op de plek waar het vuurwerk aanwezig is, is kennelijk niet voldoende.<sup>34</sup>

Bij de poging tot het plegen van een formeel delict wordt derhalve niet vereist dat met de delictsgedraging een aanvang moet zijn gemaakt. Toch lijkt de Hoge Raad de strafbaarheid voor poging bij formele delicten aan betrekkelijk strikte grenzen te binden.<sup>35</sup> Het afleiden van een poging uit de intentie van de verdachte wordt expliciet afgewezen.<sup>36</sup> Het maken van een afspraak is onvoldoende<sup>37</sup> en niet alle feitelijke handelingen zijn, hoewel allesbehalve onschuldig, naar uiterlijke verschijningsvorm gericht op voltooiing van bijvoorbeeld het telen van hennep.<sup>38</sup> De lijnen worden soms wel wat grillig getrokken. Zo is het niet duidelijk waarom in *NJ* 1990/33 (heroïne-transactie verkoper) wel een poging kon worden aangenomen, waar dat bij zaken waarin de verdachten ogenschijnlijk verder gevorderd waren in het uitvoeren van hun voornemen<sup>39</sup> niet zo was. Er wordt al met al een redelijk objectieve, restrictieve lijn gevolgd. Dit maakt de stelling dat de poging bij formeel omschreven delicten lastig denkbaar is, *gebaseerd op deze casuïstiek*, begrijpelijk. Poging en voltooid delict liggen op basis van eerdere jurisprudentie inderdaad vaak dicht bij elkaar. De opvatting van Knigge wordt ondersteund, maar het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm wordt restrictief gehanteerd waardoor voor de poging veelal weinig ruimte is.

### 3.3 *HR 30 juni 2015, NJ 2015/403 in het licht van eerdere jurisprudentie*

Het subjectieve, maximalistische karakter van *NJ* 2015/403 wordt eens te meer duidelijk als het arrest wordt afgezet tegen eerdere jurisprudentie. Welhaast in volledige afwezigheid van actieve gedragingen (los van het voeren van een telefoongesprek) wordt een begin van uitvoering aangenomen. Dit staat in scherp contrast met eerdere arresten waarin het maken van een afspraak niet als een strafbare poging kwalificeert en ook gedragingen die (veel) dichter bij het voltooide delict staan naar uiterlijke verschijningsvorm niet waren gericht op voltooiing. De objectieve, restrictieve wijze waarbij vóór het vuurwapen-arrest toepassing werd gegeven aan het criterium werd in de literatuur weinig bezwaarlijk geacht. Het criterium leidde veelal inderdaad tot uitkomsten die 'redelijk' kunnen worden genoemd.<sup>40</sup> Met *NJ* 2015/403 is daarin verandering gekomen. De afwijking ten opzichte van eerdere jurisprudentie is significant. Van enige mate van nabijheid van de strafbare gedragingen tot het voltooide delict was geen sprake. De intentie van de verdachte staat voor een belangrijk deel centraal.

34 Aldus A-G Knigge over het arrest in zijn conclusie voor HR 17 april 2007, *NJ* 2007/436 (afgebroken cocaïne-transactie).

35 J. Nan, *Het lex certa-beginsel*, Den Haag: SDU Uitgevers 2011, p. 154.

36 HR 15 februari 2011, *NJ* 2011/95 (invoer heroïne).

37 HR 20 juni 1989, *NJ* 1990/32 (heroïne-transactie koper).

38 HR 17 november 2009, *NJ* 2010/337 (hennepkwekerij).

39 HR 17 november 2009, *NJ* 2010/337 (hennepkwekerij) en HR 15 februari 2011, *NJ* 2011/95 (invoer heroïne).

40 De Hullu 2015, p. 394.

Het leerstuk van de poging is in zekere mate delictgebonden. De invulling die aan het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm wordt gegeven, kan per delict verschillen. Welk formeel delict het betreft speelt een rol, 'omdat de poging niet in het luchtledige wordt beoordeeld, maar altijd moet worden gezien in het licht van het concrete misdrijf dat de verdachte wilde begaan'.<sup>41</sup> Met Nan zie ik echter niet in waarom de subjectieve, maximalistische aanpak van de Hoge Raad niet ook bij andere (op artikel 26 WWM gelijkende) formeel omschreven delicten zou kunnen worden toegepast. Nan noemt zelf al het aanwezig hebben van verdovende middelen (artikel 2 onder C en 3 onder C Opiumwet), het voorhanden hebben van een door misdrijf verkregen goed (heling ex artikel 416 en 416bis Sr) en het voorhanden hebben uit de witwasbepalingen (artikel 420bis en 420 quater Sr).<sup>42</sup> Het door vijf raadsheren gewezen arrest NJ 2015/413 komt gezag toe. Er zal – waarschijnlijk veelal aan de zijde van het OM – een beroep op worden gedaan.

Knigge waarschuwde in zijn al meermaals besproken conclusie voor HR 17 november 2009, NJ 2010/337 (hennepkwekerij) voor het gevaar dat het gehele voorterrein van het formele misdrijf als poging strafbaar wordt als zijn opvatting zou worden gevolgd. Is immers, 'niet elke als zodanig herkenbare voorbereidingshandeling naar haar uiterlijke verschijningsvorm gericht op het verrichten van de delictuele gedraging' en daarmee een uitvoeringshandeling? Als gevolg van het vuurwapen-arrest lijkt iedere als zodanig, objectief herkenbare stap op weg naar voltooiing van het formele delict als een begin van uitvoering te kunnen worden aangemerkt. De tijd dat de poging tot het plegen van een formeel delict moeilijk denkbaar is, lijkt met NJ 2015/403 voorbij.

## 4. Twee bezwaren tegen HR 30 juni 2015, NJ 2015/403

Buiting stelde in 1970 dat het strafbaar stellen van een poging tot strafbare feiten niet vanzelfsprekend is. De reden voor de aanvankelijke terughoudendheid in het strafbaar stellen van de poging, door onder andere de Franse wetgever, was volgens hem 'ongetwijfeld' dat door de strafbaarstelling van poging de individuele vrijheid in gevaar kan komen. 'Immers, bij een ongenueanceerd hanteren van het begrip poging komt alles onder de strafwet te vallen tussen het opvatten van het plan een bepaald delict te begaan en de volledige uitvoering van dat delict'.<sup>43</sup> Tegen de achtergrond van deze constatering wordt in dit hoofdstuk ingegaan op twee mogelijke bezwaren tegen NJ 2015/403.

### 4.1 De grenzen van de strafwet

Iemand die de intentie heeft een vuurwapen te bemachtigen, zal hiertoe een aantal stappen moeten ondernemen. Het opnemen van contact met degene die een vuurwapen te koop aanbiedt en het melden dat er interesse is in de aanschaf van dit wapen, vormt in de uitvoering van dit voornemen een eerste stap. Pas bij het nemen van deze stap geeft de verdachte blijk van zijn intentie om een vuurwapen te bemachtigen. Overige stappen (bijvoorbeeld het afspreken van een tijd en plek voor levering, het eventueel testen van het wapen en het feitelijk overhandigen ervan) volgen later. Een *Gesinnungsstrafrecht* kennen wij niet.<sup>44</sup> Louter de kwalijke intentie om een vuurwapen te bemachtigen, is niet strafbaar. Door de telefonische onderhandeling over de aanschaf van een vuurwapen binnen het bereik van de strafwet te brengen, geeft de Hoge Raad aan dat de eerste als zodanig herkenbare stap die

41 Nan, NbSr 2015/214.

42 Nan, NbSr 2015/214. Zie ook Nan 2015, p. 2424.

43 Th.J.B. Buiting, *Strafbare poging in het Nederlandse recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 3.

44 Zie G.A.M. Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 102-116 over dit begrip.

gezet wordt in het verwezenlijken van de intentie al strafbaar is. Nan concludeert dan ook dat in de benadering van de Hoge Raad in *NJ* 2015/403 'van de fase van straffeloosheid' een stuk minder overblijft.<sup>45</sup> Voor strafrechtelijk vrij handelen is minder ruimte en het bereik van het pogingsleerstuk en (daarmee) de strafwet wordt opgerekt. Dit klemt des te meer bij formeel omschreven delicten om de volgende redenen.

Formeel omschreven delicten zijn veelal gevaarzettingsdelicten. Bij dit type delicten staat niet de krenking van een rechtsgoed centraal, maar het gevaar voor een dergelijke krenking. Materieel omschreven delicten zijn veelal krenkingsdelicten. Daar is een bepaald gevolg (de krenking van een specifiek rechtsgoed) strafbaar gesteld.<sup>46</sup> De Hullu is van mening dat de strafbaarstelling van gevaarzettingsdelicten problematischer is: 'de grenzen van wat zinvol kan en mag worden strafbaar gesteld komen eerder in zicht.'<sup>47</sup> Dit is te verklaren vanuit een opvatting over het strafrecht waarin het strafrecht als een reactief middel wordt ingezet tegen de krenking van rechtsgoederen.<sup>48</sup> Strafbepalingen die niet reageren op de krenking van een rechtsgoed maar op handelingen die daaraan voorafgaan behoeven nadere rechtvaardiging. Strafbaarstelling van een poging tot het plegen van een gevaarzettingsdelict is vanuit dit perspectief nog problematischer. Er is sprake van een, wat ik zou willen noemen, 'tweevoudig verwijderd verband' tussen de strafbaar gestelde handeling en de krenking van het te beschermen rechtsgoed. Een voltooide gedraging (e.g. het voorhanden hebben van een vuurwapen) zou geen krenking van een rechtsgoed (e.g. de dood, of vernieling van een goed met dat vuurwapen) opleveren, maar slechts het gevaar voor die krenking. De gedraging is bij de poging echter nog niet voltooid, er is slechts een begin van uitvoering mee gemaakt. De handelingen van verdachte roepen *het gevaar* in het leven dat een *gevaarzettende* handeling wordt verricht. De krenking van een rechtsgoed is hierbij nogal ver weg. Als gevolg van *NJ* 2015/403 kan echter vrij snel een poging worden aangenomen bij een formeel omschreven delict. In een vroegtijdig stadium wordt hiermee door de Hoge Raad aangenomen dat een bepaalde gedraging het gevaar voor gevaarzetting in het leven roept en strafrechtelijke sanctionering verdient. Dat is problematisch in een klassieke opvatting

---

45 Nan, *NbSr* 2015/214.

46 Zie in deze trant De Hullu 2015, p. 75. Dit betreft echter wel een algemene uitspraak die niet per definitie op alle formeel omschreven delicten van toepassing is. De uitspraak gaat in ieder geval wel op bij de eerder genoemde voorbeelden van artikel 26 WWM (voorhanden hebben vuurwapen) en artikel 24 Wet milieugevaarlijke stoffen (voorhanden hebben illegaal vuurwerk). Er zijn ook grensgevallen: of de stelling opgaat bij valsheid in geschrift (artikel 225 Sr), hangt ervan af of een krenking van de '*publica fides*' als een krenking van een rechtsgoed wordt aangemerkt. Slechts dan is dit een krenkingsdelict. Ook drugsdelicten zijn niet eenvoudig te typeren. Uit het Opiumverdrag dat de basis vormt voor de totstandkoming van de Opiumwet van 1928 (*Stb.* 167) blijkt dat het optreden tegen *misbruik* van verdovende middelen een centrale beweegreden vormde voor de totstandkoming van strafrechtelijke sancties met betrekking tot o.a. het kweken, uitvoeren en aanwezig hebben van verdovende middelen. Hieruit zou geconcludeerd kunnen worden dat slechts misbruik krenking van een rechtsgoed (de lichamelijke gezondheid) oplevert. Opiumwettelijke delicten zijn dan gevaarzettings- en geen krenkingsdelicten. Ook Duff 1996, p. 375 ziet dit zo: dergelijke drugsdelicten zijn 'inchoate offences of implicit endangerment.'

47 De Hullu 2015, p. 75.

48 Zie over deze 'klassieke opvatting' J.M. van Bemmelen en Th. W. van Veen, *Het materiële strafrecht, Algemeen Deel (Ons strafrecht, deel 1)*, veertiende druk bewerkt door D.H. de Jong en G. Knigge, Deventer: Kluwer 2003, p. 8-10. In het Anglo-Amerikaanse strafrecht wordt in dit kader veelal verwezen naar 'the harm principle'. Zie hieromtrent het vierdelige standaardwerk van Feinberg (*The Moral Limits of the Criminal Law*), met name *Vol. 1. Harm to Others*, New York: Oxford University Press 1984.

over de rol van het strafrecht.<sup>49</sup> Gelet op de eerder vermelde opvatting van De Hullu rijst hiermee wel de vraag naar de rechtvaardiging van een dergelijke strafbaarstelling. Wordt de individuele vrijheid hiermee niet te ver ingeperkt? Het gaat de reikwijdte van dit artikel te buiten hier nader op in te gaan.<sup>50</sup> Op dit punt volstaat het op te merken dat de interpretatie van het pogingsleerstuk in NJ 2015/403 minst genomen vragen oproept over de grenzen van het bereik van de strafwet.

#### 4.2 *Het legaliteitsbeginsel: legaliteit, lex certa en casuïstiek*

‘Het is in het licht van het legaliteitsbeginsel mijns inziens wenselijk dat de uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid die het gevolg is van de aanvaarding van de toch wat dubieuze figuur van de poging tot het begaan van een formeel omschreven misdrijf aan betrekkelijk strikte grenzen wordt gebonden’, aldus A-G Knigge in zijn conclusie voor HR 17 november 2009, NJ 2010/337 (hennepkwekerij). Knigge werkt zijn stellingname niet verder uit, maar zijn opvatting biedt wel handvatten voor een nadere beschouwing over het legaliteitsbeginsel. Met name zijn retorische vraag of ‘niet elke als zodanig herkenbare voorbereidingshandeling naar haar uiterlijke verschijningsvorm gericht is op het verrichten van de delictuele gedraging?’ biedt in het licht van het vuurwapen-arrest aanknopingspunten. Zoals hieronder zal worden ontvouwd, komen de problemen op het punt van het legaliteitsbeginsel vooral tot uiting in gebrekkige rechtszekerheid.

Het *lex certa*-beginsel wordt gezien als een ‘sub-beginsel’ van het in artikel 1 lid 1 Sr neergelegde legaliteitsbeginsel. De formulering van strafbare feiten moet duidelijk zijn zodat, omwille van de rechtszekerheid, een heldere begrenzing van de strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt bewerkstelligd.<sup>51</sup> Uit EHRM-jurisprudentie blijkt dat de burger met een redelijke mate van zekerheid moet kunnen weten wat de gevolgen van zijn handelen kunnen zijn. Het gaat er volgens het Hof om ‘that the individual can know (...) what acts and omissions will make him criminally liable’. Naar het oordeel van de Hoge Raad houdt het *lex certa*-beginsel in ‘dat de burger moet kunnen weten ter zake van welke gedragingen hij kan worden gestraft.’<sup>52</sup> Ook de algemene leerstukken die strafrechtelijke aansprakelijkheid uitbreiden (poging, voorbereiding en deelneming) vallen binnen het bereik van het *lex certa*-beginsel.<sup>53</sup> De Hullu merkt in zijn handboek op dat zich juist bij deze algemene leerstukken problemen kunnen voordoen met het beginsel. De algemene uitbreidingen van strafrechtelijke aansprakelijkheid blinken niet altijd uit in precisie. Bij de invulling van de leerstukken uit het Algemeen Deel komt in toenemende mate betekenis toe aan casuïstiek

49 Een dergelijke ontwikkeling past overigens wel goed in het onder meer door Borgers geschetste beeld van een ‘risicosamenleving’ waarin grote waarde wordt gehecht aan preventief optreden om een breed veld aan veiligheidsrisico’s te beheersen. In een dergelijke samenleving verschuift het accent van het strafbaar stellen van de daadwerkelijke aantasting van rechtsgoederen naar de strafbaarstelling van gedragingen die voorafgaan aan de aantasting van rechtsgoederen. Als gevolg van het vuurwapen-arrest bevindt ook het pogingsleerstuk zich bij formele delicten in een ‘vlucht naar voren’. Zie M.J. Borgers, *De vlucht naar voren* (oratie VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 7-27 met verdere verwijzingen.

50 Dat zou een uitgebreide filosofische verhandeling over de morele grenzen van de strafwet vereisen. Zie in dit kader het mooie boek van A.P. Simester en A. von Hirsch, *Crimes, Harms and Wrongs*, Oxford: Hart Publishing 2011, met name hoofdstuk 5 en 6.

51 Zie voor een definitie in deze trant N. Jörg en C. Kelk, *Strafrecht met mate*, Deventer: Kluwer 2012, p. 48.

52 Respectievelijk EHRM 8 juli 1999, NJ 2001/62, m.nt. E.J. Dommering (*Başkaya and Okçuoğlu/Turkije*), par. 36 en HR 31 oktober 2001, NJ 2001/14. Zie Nan 2011, p. 139.

53 Nan 2011, p. 140. Vgl. artikel 78 Sr.

en minder aan scherpe criteria. Veelal kan ‘met reden’ de vraag worden gesteld of dit vanuit legaliteitsoogpunt beter kan.<sup>54</sup>

Bij formeel omschreven delicten geldt, als uiteengezet, dat elke aan de voltooide delictsgedraging voorafgaande handeling in potentie geschikt is om binnen de reikwijdte van de poging te vallen. Dit uiteraard mits deze naar uiterlijke verschijningsvorm gericht is op voltooiing van de delictsgedraging. De vraag die dan rijst, is of ‘niet elke als zodanig objectief herkenbare voorbereidingshandeling naar haar uiterlijke verschijningsvorm gericht is op het verrichten van de delictuele gedraging?’ Biedt het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm, in het licht van het *lex-certa*-beginsel, voldoende houvast om het bereik van de strafwet bij (een poging tot) formele delicten helder af te kunnen grenzen? Keijzer oordeelde in zijn noot onder HR 17 januari 2012, *NJ* 2012/517 al dat de formule van de uiterlijke verschijningsvorm geen deugdelijk criterium inhoudt waarmee poging van voorbereiding kan worden onderscheiden. Het criterium mist, in de woorden van Rozemond, ‘onderscheidend vermogen’.<sup>55</sup> Het hangt van de wijsheid van de rechter af of een gedraging wordt aangemerkt als strafbare poging. Dit lijkt zich met het vuurwapen-arrest nu te wreken bij formele delicten.<sup>56</sup> In eerdere jurisprudentie werd een redelijk objectieve, restrictieve en wat minimalistische lijn gevolgd, maar deze lijn lijkt te zijn losgelaten. Het criterium wordt plotsklaps zeer subjectief en maximalistisch ingevuld. Dit maakt dat een – op het oog louter voorbereidende – handeling als het proberen telefonisch tot een vergelijk te komen over de aanschaf van een vuurwapen, zonder al te veel moeite kan worden aangemerkt als een begin van uitvoering van het voorhanden hebben van dat vuurwapen. Een heldere, consistente afbakening ontbreekt en de uitkomst van het arrest was ‘behoorlijk verrassend’.<sup>57</sup> Het arrest is een voorbeeld van wat Rozemond ‘slechte casuïstiek’ noemt, waarbij zonder expliciete toelichting een ruimere toepassing wordt gegeven aan aanvankelijk restrictief uitgelegde criteria.<sup>58</sup>

Absolute rechtszekerheid kan niet worden verwacht, zeker niet bij de invulling van een algemeen leerstuk. Maar de vraag kan, zoals Franken stelt, ook worden omgekeerd: ‘is er nog wel enige rechtszekerheid op dit terrein?’<sup>59</sup> Kan het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm de casuïstiek op dit terrein wel in (goede) banen leiden? Een rechter die zich geconfronteerd ziet met een zaak waarin een poging tot het plegen van een formeel delict centraal staat, heeft nauwelijks houvast aan het criterium. Dat is bezwaarlijk uit het oogpunt van de heldere afgrenzing van strafrechtelijke aansprakelijkheid en daarmee pro-

54 De Hullu 2015, p. 96-97. Zie verder onder andere A.A. Franken, ‘Casuïstiek en legaliteit in het materieel strafrecht’, *DD* 2006/67, afl. 9, p. 949-958 en K. van Willigenburg, ‘Casuïstiek en scherpe normen in het materiële strafrecht’, *DD* 2011/27, afl. 4, p. 365-387.

55 Rozemond, *NJ* 2015/403.

56 Het hier geformuleerde bezwaar gaat mijns inziens in veel mindere mate op bij materieel omschreven delicten. Rutgers leek in haar proefschrift al aan te geven dat met name bij formele delicten de ‘centrale delictshandeling’ weinig aanknopingspunten biedt voor een begin van uitvoering (Rutgers 1992, p. 71 e.v.) Ook uit de rechtspraak blijkt dat bij materiële delicten de casuïstiek minder grillig is. Zo betreft HR 17 januari 2012, *NJ* 2012/517 naar het oordeel van annotator Keijzer een grensgeval waarin evenzogoed geen poging aangenomen had kunnen worden. In deze zaak werd verdachte veroordeeld voor poging tot moord toen hij met twee geladen vuurwapens het stadshuis van Almelo inliep. Hier is hij gericht naar wethouder A op zoek gegaan en heeft hij enkele personen urenlang gegijzeld zodat A zou komen. Verdachte heeft hierbij meerdere malen aangegeven wethouder A te willen vermoorden. Zelfs in een dergelijk grensgeval zijn er (zeer) gevaarzettende handelingen verricht die dicht bij voltooiing van het materieel omschreven misdrijf liggen. Als een dergelijk geval al wordt gezien als een grensgeval lijkt het mij dat het door Knigge geïndiceerde gevaar (dat het gehele voorterrein van het formele delict als poging strafbaar wordt) in veel mindere mate geldt voor materiële delicten.

57 Zie Nan 2011, p. 45, Nan, *NbSr* 2015/214 onder verwijzing naar de *NJ*-annotatie van Rozemond onder het arrest en de conclusie van A-G Spronken bij het arrest.

58 K. Rozemond, ‘De casuïstische grenzen van het materiële strafrecht’, *DD* 2007/36, afl. 5, p. 465-495 en p. 469.

59 Franken 2006, p. 957.

blematisch in het licht van het legaliteits- en *lex certa*-beginsel. Dan kan inderdaad ‘met reden’ worden gesteld dat dit vanuit legaliteitsoogpunt beter kan, bijvoorbeeld door het formuleren van een nieuw, helder pogingscriterium bij formele delicten.

## 5. Een nieuw criterium

In deze paragraaf wordt een voorstel voor een nieuw rechterlijk criterium gedaan om de (problematische) casuïstiek bij de poging tot formele delicten in goede banen te leiden. Een door A-G Knigge eerder gedaan voorstel om slechts dan een poging bij formele delicten aan te nemen als verdachte de feitelijke mogelijkheid had om de delictsgedraging te verrichten, wordt hieronder verdedigd.<sup>60</sup>

### 5.1 *De feitelijke mogelijkheid om de delictsgedraging te verrichten*

Er is in zowel de continentale als Angelsaksische strafrechtelijke literatuur veelvuldig en uitgebreid nagedacht over de wijze waarop de gedraging (*actus reus*) bij het pogingsleerstuk moet worden gedefinieerd. Verscheidene criteria zijn in dat kader naar voren gebracht.<sup>61</sup> Het ene vereiste is restrictiever dan het andere, maar de meeste voorgestelde algemene criteria brengen een zekere mate van discretie voor de rechter mee. Volgens Duff is het zaak een criterium vorm te geven dat voldoende helder en precies is:

“The methodological question is whether and how we can provide a clear, tolerably determinate specification of the conduct element, which will not simply leave it to the untrammelled discretion of judges (...) to decide whether a defendant had done enough to be convicted of an attempt.”

Het is dus zaak een criterium zodanig te definiëren dat een functioneel handvat wordt aangereikt waarmee de reikwijdte van de poging bij formele delicten consistent kan worden beperkt. Dit handvat moet er, gezien de bezwaren tegen het vuurwapen-arrest, voor zorgen dat pogingshandelingen niet te ver af komen te liggen van de formeel omschreven delicts-gedraging en in een zekere mate van nabijheid van die gedraging verkeren.

### 5.2 *Het criterium van de feitelijke mogelijkheid*

Het eerder besproken arrest NJ 2010/337 draaide om een verdachte die een volledig ingerichte hennepkwekerij aanwezig had. De vraag was of op basis hiervan een poging tot het telen van hennep (artikel 3 onder C Opiumwet) kon worden aangenomen. A-G Knigge concludeerde dat dit niet het geval was. Om de poging bij formele delicten aan grenzen te binden moet de verdachte op zijn minst ‘de feitelijke mogelijkheid hebben om tot telen over te gaan’. Nu de verdachte in deze zaak geen kweekmateriaal voorhanden had, bestond de feitelijke mogelijkheid om tot telen over te gaan niet. De Hoge Raad leek de door Knigge aangereikte handschoen op te pakken: de enkele aanwezigheid van een hennepkwekerij kan zonder enige verdere activiteit niet worden aangemerkt als een begin van uitvoering van telen. Wanneer het criterium van Knigge wordt doorgetrokken naar andere formele

60 Dit is hiervoor al kort aangestipt. Zie de conclusie van A-G Knigge voor HR 17 november 2009, NJ 2010/337 (hennepkwekerij).

61 Een poging zou kunnen worden aangenomen als een verdachte ‘First Acts’, ‘Last Acts’, ‘Proximate Acts’, ‘Unequivocal Acts’, ‘Substantial steps’ of ‘More than merely preparatory Acts’ zou hebben vericht. Zie o.a. Duff 1996, hoofdstuk 2 waarin al deze criteria aan bod komen. Zie in rechtsvergelijkend perspectief M. Brockhaus, *Die strafrechtliche Dogmatik von Vorbereitung, Versuch und Rücktritt im europäischen Vergleich*, Hamburg: Kovač 2006 en voor een Nederlands overzicht, dat zich specifiek toespitst op het vereiste van ‘begin van uitvoering’, Drewes en Enschedé 1971, p. 9-12.

delicten komt de volgende formulering tot stand: van een poging is bij formeel omschreven delicten pas sprake als verdachte de feitelijke mogelijkheid heeft om de delictsgedraging te verrichten.

Drie kwesties vragen nadere aandacht. Allereerst de betekenis van de woorden 'feitelijke mogelijkheid'. Het criterium vermijdt vage termen als 'nabijheid' of 'substantiële stappen in de richting van voltooiing', maar legt de nadruk op iets feitelijks: had de verdachte, in de concrete omstandigheden, feitelijk over kunnen gaan tot het verrichten van de delictsgedraging. Was hij op het desbetreffende moment praktisch in staat om hennep te telen, drugs te vervoeren of een vuurwapen voorhanden te hebben. Dat is niet het geval indien er respectievelijk geen kweekmateriaal voorhanden is, geen pakketje heroïne in de buurt van verdachte is of als verdachte slechts in onderhandeling is getreden over de eventuele aanschaf van een vuurwapen. Er wordt hierbij niet vereist dat de verdachte handelingen moet verrichten die onmiddellijk aan de delictuele gedraging vooraf gaan. Hij hoeft in het geval van de poging tot hennepcultuur, niet op het punt te staan 'de stekjes in de grond te steken'.<sup>62</sup> Ten tweede het woord 'delictsgedraging'. Met deze term wordt bedoeld op de handeling die in de delictsommschrijving centraal staat (bijvoorbeeld vervoeren, uitvoeren, opruien of voorhanden hebben). Ook bij dit criterium bepaalt de interpretatie die aan het werkwoord wordt gegeven mede de reikwijdte van de poging. Bij een ruime formulering zal een verdachte eerder de feitelijke mogelijkheid hebben om tot het verrichten van de delictsgedraging over te gaan.

Ten derde het onderscheid tussen formele delicten die een 'dynamische' of 'actieve' gedraging centraal stellen en formele delicten waarbij een 'statische' of 'passieve' gedraging strafbaar is gesteld. Bij het eerste type formele delicten zal de strafbare handeling bestaan uit het verrichten van een serie samenhangende spierbewegingen (bijvoorbeeld bij vervoeren, telen, of uitvoeren), terwijl bij de tweede categorie formele delicten veeleer een bepaalde statische toestand wordt verboden (bijvoorbeeld het voorhanden hebben van een verboden voorwerp). Het criterium van de feitelijke mogelijkheid zal bij actieve gedragingen (die ook in tijd vaak niet al te lang voortduren) gemakkelijker toepasbaar zijn, dan bij passieve gedragingen. Bij die eerste categorie formele delicten zal voldaan zijn aan het nieuwe criterium wanneer de verdachte zichzelf in een situatie brengt waarin hij (eenvoudig) in staat is de strafbaar gestelde actieve delictshandeling te verrichten. Dat moment is veelal duidelijk te identificeren wegens een toename van gevaarzetting. Neem het voorbeeld van het telen van hennep. De verdachte die enkel over een hennepkweekruimte beschikt, heeft nog niet de feitelijke mogelijkheid om tot telen over te gaan. Pas als verdachte eveneens over kweekmateriaal beschikt kan hij de delictsgedraging 'telen' verrichten en is voldaan aan het criterium van de feitelijke mogelijkheid. Door ook te beschikken over kweekmateriaal ontstaat een situatie die (in het licht van de strafbaarstelling van het telen van hennep) als zeer gevaarzettend gekenmerkt kan worden. Het criterium van de feitelijke mogelijkheid is dan eenvoudig toepasbaar. Bij formele delicten die een statische gedraging strafbaar stellen ligt dat vaak iets gecompliceerder. Bij statische gedragingen leidt een serie van handelingen ertoe dat verdachte steeds dichterbij het realiseren van een bepaalde (statische) verboden toestand. Het moment waarop voor verdachte de feitelijke mogelijkheid bestaat om de strafbare toestand te realiseren, is niet altijd eenvoudig te markeren. Zo kunnen bij het aanwezig hebben van drugs verschillende momenten gemarkeerd worden waarop verdachte de feitelijke mogelijkheid heeft de delictshandeling te verrichten. Zowel het moment waarop verdachte in de auto stapt om zich te begeven naar de plaats waarop hem de drugs overhandigd zal worden, als het moment waarop hij

62 Conclusie A-G Knigge voor HR 17 november 2009, NJ 2010/337 (hennepkwekerij).

op het punt staat de drugs daadwerkelijk in ontvangst te nemen, valt in potentie binnen de reikwijdte van het criterium. Ook op het eerstgenoemde moment staat er voor verdachte immers weinig in de weg aan het aanwezig hebben van de drugs en zou geconcludeerd kunnen worden dat verdachte de feitelijke mogelijkheid heeft om tot het aanwezig hebben van drugs over te gaan. De interpretatievrijheid van de rechter die het nieuwe criterium hanteert, zal bij statische gedragingen groter zijn dan bij dynamische gedragingen. Het voorgaande neemt niet weg 1) dat het criterium bij formele delicten waarin een statische gedraging centraal staat excessen kan voorkomen (zie paragraaf 5.4), 2) dat ook bij dynamische gedragingen grensgevallen kunnen voorkomen in de toepassing van het criterium (zie eveneens paragraaf 5.4) en 3) dat het criterium van Knigge relatief helder en praktisch toepasbaar is. Borgers noemt het dan ook een ‘aansprekend voorstel’.<sup>63</sup>

### 5.3 *De uiterlijke verschijningsvorm en de feitelijke mogelijkheid*

De objectieve, restrictieve wijze waarop vóór NJ 2015/403 toepassing werd gegeven aan het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm werd weinig bezwaarlijk geacht. Het criterium leidde veelal inderdaad tot ‘redelijke uitkomsten’.<sup>64</sup> NJ 2015/403 toont echter aan dat het criterium zeer flexibel is en op sommige punten onderscheidend vermogen mist. Zonder het criterium overboord te willen gooien, moet dus worden gezocht naar de wijze waarop subjectieve, extensieve excessen als NJ 2015/403 kunnen worden voorkomen.

Dit kan mijns inziens het beste als het criterium van de feitelijke mogelijkheid wordt ingezet als een ‘beperkende aanvulling’ op het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm. Hiermee bedoel ik het volgende. Als een strafrechter zich geconfronteerd ziet met een strafzaak waarin een poging tot het plegen van een formeel delict centraal staat zal hij 1) het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm moeten toepassen. Is een gedraging naar uiterlijke verschijningsvorm gericht op het voltooiing van de delictuele gedraging dan kan, *in beginsel*, een poging worden aangenomen. Is dat niet het geval, dan wordt geen poging aangenomen. Als de vraag naar de uiterlijke verschijningsvorm wel positief wordt beantwoord, breekt de volgende fase aan. De strafrechter zal 2) moeten bezien of de verdachte de feitelijke mogelijkheid had om de delictuele gedraging te verrichten. Pas als dat het geval is, kan een poging worden aangenomen.

Het nieuwe criterium heeft slechts een beperkende werking. Het leidt niet tot de mogelijkheid een poging aan te nemen in gevallen waarin verdachte wél de feitelijke mogelijkheid heeft om de delictgedraging te verrichten maar er nog geen handelingen zijn verricht die naar uiterlijke verschijningsvorm gericht zijn op voltooiing van het delict.<sup>65</sup> Het criterium van de feitelijke mogelijkheid werkt op deze manier als een veiligheidsmechanisme bij toepassing van de uiterlijke verschijningsvorm. Naast een wat abstract, flexibel criterium wordt nu een gedetailleerd, rigide criterium geïntroduceerd. Dit laatste criterium vormt een harde ondergrens voor het aannemen van een poging tot het plegen van een formeel delict.

### 5.4 *Het nieuwe toetsingsmodel toegepast op de jurisprudentie*

Als we dit nieuwe toetsingsmodel toepassen op eerdere jurisprudentie blijkt dat geen wezenlijke trendbreuk wordt veroorzaakt. De objectieve, restrictieve uitkomsten blijven be-

<sup>63</sup> Borgers, NJ 2010/337.

<sup>64</sup> De Hullu 2015, p. 394.

<sup>65</sup> Het lijkt mij overigens sterk dat zich dergelijke situaties voor zullen doen. Als de feitelijke mogelijkheid bestaat om de delictuele handeling te verrichten zullen er immers vaak handelingen zijn verricht die verdachte in die positie hebben gebracht. Dergelijke handelingen kunnen naar uiterlijke verschijningsvorm gericht zijn op voltooiing van het formele misdrijf.

houden. Subjectieve, extensieve uitwassen worden voorkomen. De jurisprudentie waarin op basis van het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm geen poging kon worden aangenomen, blijft in het nieuwe model onaangetast. Het nieuwe criterium wordt op de proef gesteld in de gevallen waarin naar uiterlijke verschijningsvorm wel een poging werd aangenomen.

Zo is in *NJ* 2007/436 (afgebroken cocaïnetransactie) van een poging (nog steeds) sprake. Verdachten waren op het moment van testen in staat om de drugs te vervoeren. De cocaïne bevond zich ter plekke en de verdachten konden derhalve een verplaatsing van deze drugs realiseren.<sup>66</sup> Zij hadden de feitelijke mogelijkheid om de drugs te vervoeren. *NJ* 1990/33 (heroïnetransactie verkoper) is een wat lastiger geval. De verkoper van de heroïne had op het moment dat hij werd aangehouden niet direct de beschikking over de heroïne. De personen die dat wel hadden, stonden wel met hem in contact en bevonden zich in zijn nabijheid. De vraag is of kan worden aangenomen dat de verkoper op dat moment de feitelijke mogelijkheid had om tot afleveren over te gaan. Het betreft hier een grensgeval. De wijze waarop het criterium van de feitelijke mogelijkheid nader wordt ingevuld, is bepalend voor de beantwoording van deze vraag. Hoe restrictiever het criterium wordt ingevuld hoe kleiner de kans is dat een poging wordt aangenomen. Omdat de verdachte in nauw contact stond met de personen die de heroïne bij zich droegen en zij zich in zijn nabijheid bevonden, lijkt het mij dat het feitelijk mogelijk was om tot afleveren over te gaan. Dat oordeel is mede gebaseerd op de ruime uitleg die aan het werkwoord afleveren kan worden gegeven.<sup>67</sup> Maar hier kan anders over worden gedacht. Het nieuwe criterium leidt dus niet automatisch tot 'het juiste' antwoord; ook niet bij dynamische gedragingen. Dat is onvermijdelijk met algemene criteria en biedt bovendien – binnen relatief heldere grenzen – de mogelijkheid recht te doen in het concrete geval. Ook in de zaak waarin een poging tot het voorhanden hebben van illegaal vuurwerk centraal stond, verandert de uitkomst niet.<sup>68</sup> Verdachte bevond zich in de loods waarin het vuurwerk was opgeslagen en was hier met zijn auto naar binnen gereden. Hij had de feitelijke mogelijkheid tot het verkrijgen van feitelijke beschikkingsmacht over dit vuurwerk. De laadklep van de vrachtauto met vuurwerk stond open en bevond zich op enkele meters afstand van verdachte. Ook hier levert de nieuwe, tweede stap geen problemen op. Dat is anders bij *NJ* 2015/403. Naar uiterlijke verschijningsvorm was het telefoongesprek dat verdachte voerde gericht op voltooiing van het misdrijf van artikel 26 WWM, aldus de Hoge Raad. Het nieuwe criterium gooit hier echter bij de tweede stap roet in het eten. Verdachte was slechts in onderhandeling getreden over de aankoop van het wapen en het wapen was op geen enkele manier bij hem in de buurt. Zijn gedragingen stonden ver van het daadwerkelijk voorhanden hebben van het wapen af. Verdachte had derhalve niet de feitelijke mogelijkheid om tot voorhanden hebben over te gaan. Het criterium sorteert op deze wijze het gewenste effect; ook bij statische gedragingen. Een zekere mate van directe nabijheid in tijd en plaats lijkt noodzakelijk voordat van poging sprake is. Zo wordt de reikwijdte van de poging bij formele delicten ingeperkt.

Het voorgestelde criterium biedt duidelijk een oplossing voor de in paragraaf 4 uiteengezette problemen. Het criterium leidt ertoe dat de reikwijdte van de poging bij formele delicten wordt ingeperkt. Voor straffeloos handelen is meer ruimte. Als gezegd zijn formeel omschreven delicten veelal gevaarzettingsdelicten. De ruimte voor de poging wordt door het nieuwe criterium gelimiteerd waardoor het bereik van de strafwet bij formeel omschre-

66 A-G Knigge past in zijn conclusie voor HR 17 november 2009, *NJ* 2010/337 (hennepkwekerij) het criterium toe op deze zaak.

67 Zie de conclusie van A-G Fokkens bij het arrest: 'Van Dale geeft naast ter hand stellen, afgeven o.m. als betekenis: 'verkochte waren e.d. naar de koper brengen'.

68 HR 31 augustus 2004, *NJ* 2004/592 (illegaal vuurwerk).

ven gevaarzettingsdelicten wordt ingeperkt. Het criterium leidt ertoe dat de handelingen dicht(er) op de voltooide gevaarzettende delict moeten zitten, wil van poging sprake zijn. Als het strafbaar stellen van een poging tot een gevaarzettingsdelict problematisch wordt geacht is dit een wenselijke ontwikkeling. Hetzelfde geldt voor wat betreft de bezwaren die bestonden op grond van het legaliteitsbeginsel. Er wordt een nieuw, restrictief criterium geïntroduceerd. Met dit criterium kan de casuïstiek in goede banen worden geleid. Rechters wordt een praktisch toepasbare maatstaf geboden die relatief eenvoudig kan worden toegepast in strafzaken waar een poging tot het plegen van een formeel delict centraal staat. Het criterium biedt stevige houvast voor toekomstige zaken. Dit komt de voorzienbaarheid en rechtszekerheid ten goede. Zo wordt recht gedaan aan het *lex certa*-beginsel.

## 6. Conclusie

In dit artikel is ter sprake gekomen dat de ruimte voor de poging bij formele delicten niet per definitie beperkt is. Aan de hand van het sinds 1978 geldende criterium van de uiterlijke verschijningsvorm moet worden bepaald welke handelingen op het voorterrein van de delictsgedraging gelden als uitvoeringshandelingen. Een door Simons aangebrachte beperking die inhoudt dat slechts van een begin van uitvoering sprake is, als met de delictshandeling een begin wordt gemaakt is niet overgenomen in de jurisprudentie. Wel werd in eerdere jurisprudentie bij formele delicten een redelijk objectieve, restrictieve lijn aangehouden. *NJ* 2015/403 vormt in dat opzicht een keerpunt. Het criterium werd hier subjectief ingevuld. De gedragingen van verdachte lagen nog zeer ver af van het verrichten van de delictsgedraging, maar toch werd een strafbare poging aangenomen. De geldende restrictieve lijn werd hiermee doorbroken en de reikwijdte van het pogingsleerstuk bij dit type delicten aanzienlijk vergroot. Er is geen reden om aan te nemen dat de met het vuurwapen-arrest ingezette lijn niet ook op andere formele delicten kan worden toegepast. Een door Knigge gesignaleerd gevaar is hiermee verwezenlijkt: iedere als zodanig herkenbare stap op weg naar voltooiing van het formeel omschreven delict kan als een begin van uitvoering worden aangemerkt. Bij deze benadering van het pogingsleerstuk kunnen enkele kanttekeningen worden geplaatst vanuit de vraag naar de grenzen van de strafwet en het legaliteitsbeginsel. In dit artikel is het voorstel gedaan om de reikwijdte van de poging bij formele delicten in te perken. Deze beperking kan plaatsvinden aan de hand van het 'criterium van de feitelijke mogelijkheid.' Van een poging is bij formeel omschreven delicten pas sprake als verdachte de feitelijke mogelijkheid heeft om de delictsgedraging te verrichten. Dit nieuwe rechterlijke criterium legt de reikwijdte van de poging bij dit type delicten aan banden. Dat is wenselijk in het licht van het vuurwapen-arrest en de naar aanleiding van dit arrest gerezen bezwaren omtrent het bereik van de strafwet en het legaliteitsbeginsel. De uitbreiding van het pogingsleerstuk bij formeel omschreven delicten kan zo een halt worden toegeroepen.