

## University of Groningen

### Case note: ECLI:NL:HR:2016:2761

Wolswijk, H.D.

*Published in:*  
 Nederlandse Jurisprudentie

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
 Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
 2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Wolswijk, H. D. (2019). Case note: ECLI:NL:HR:2016:2761. NJ 2019/398. Casenote over: Hoge Raad (Strafkamer), 06/05/2016, 16/00743, ECLI:NL:HR:2016:2761 *Nederlandse Jurisprudentie*, 2019(45).

#### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

tenzij de rechter vaststelt dat betrokkene niet bereid is zich te doen horen.

3.13 Blijkens het proces-verbaal van de mondelinge behandeling op 25 maart 2019 heeft de psychiater [betrokkene 2] verklaard:

‘Betrokkene verblijft nu op Ameland. Het is niet gelukt om betrokkene telefonisch te bereiken en op de hoogte te brengen van de zitting van vandaag.’

Het proces-verbaal houdt voorts in dat de rechter in reactie op de verklaring van psychiater [betrokkene 2] heeft overwogen:

‘Betrokkene is al gehoord op het verzoek voor een voorlopige machtiging. Er is geen ander verzoek door de officier van justitie ingediend. Het is derhalve niet noodzakelijk dat hij [de Hoge Raad begrijpt: betrokkene] vandaag bij de zitting aanwezig is.’

3.14 Uit de bestreden beschikking en de overige stukken van het geding valt niet op te maken dat betrokkene bekend was met tijd en plaats van de mondelinge behandeling van 25 maart 2019. Mede gelet op de hiervoor in 3.13 geciteerde verklaring van de psychiater [betrokkene 2], moet het in cassatie ervoor worden gehouden dat betrokkene niet op de hoogte was van de mondelinge behandeling van 25 maart 2019. Door de verzochte machtiging te verlenen zonder betrokkene op 25 maart 2019 te horen, heeft de rechtbank gehandeld in strijd met de in art. 8 lid 1 Wet Bopz gestelde eis. Dit wordt niet anders door de omstandigheid dat betrokkene een maand eerder – op 25 februari 2019 – door de rechtbank was gehoord. De rechtbank had betrokkene opnieuw moeten horen.

Het onderdeel is derhalve gegrond. De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

#### 4 Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt de beschikking van de rechtbank Noord-Nederland van 25 maart 2019;
- wijst het geding terug naar die rechtbank ter verdere behandeling en beslissing.

#### Redactionele aantekening

In deze Bopz-zaak, waarin de officier van justitie verzocht een voorlopige machtiging te verlenen, heeft de rechtbank betrokkene bij de mondelinge behandeling gehoord en vervolgens bij beschikking bepaald dat de behandeling zal worden voortgezet op een nader te bepalen datum. De rechtbank overwoog daartoe dat een andere maatregel wellicht meer in de rede lag en verzocht de officier van justitie zich daarover uiterlijk over veertien dagen uit te laten. De officier van justitie heeft de rechtbank bericht het verzoek te handhaven. De rechtbank heeft de mondelinge behandeling voortgezet. Daarbij waren wederom aanwezig de advocaat van betrokkene en de psychiater, doch niet betrokkene zelf. Het proces-verbaal houdt in dat de rechter heeft overwo-

gen: “Betrokkene is al gehoord op het verzoek voor een voorlopige machtiging. Er is geen ander verzoek door de officier van justitie ingediend. Het is derhalve niet noodzakelijk dat hij vandaag bij de zitting aanwezig is.” De rechtbank heeft de voorlopige machtiging verleend voor de duur van zes maanden. In cassatie wordt geklaagd dat de rechtbank in strijd met art. 8 Wet Bopz de machtiging heeft verleend zonder betrokkene te horen bij de voortzetting van de mondelinge behandeling. Het middel voert aan dat betrokkene niet bij de voortzetting van de mondelinge behandeling aanwezig was wegens een in overleg met zijn behandelaar afgesproken korte vakantie.

De Hoge Raad stelt voorop dat ingevolge art. 8 lid 1 Wet Bopz de rechter, alvorens op het verzoek tot het verlenen van een voorlopige machtiging te beslissen, degene ten aanzien van wie de machtiging is verzocht, dient te horen, tenzij hij vaststelt dat betrokkene niet bereid is zich te doen horen. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat het in cassatie ervoor moet worden gehouden dat betrokkene niet op de hoogte was van tijd en plaats van de voortzetting van de mondelinge behandeling. Door de verzochte machtiging te verlenen zonder betrokkene tijdens die voortzetting van de mondelinge behandeling te horen, heeft de rechtbank gehandeld in strijd met de in art. 8 lid 1 Wet Bopz gestelde eis. Dit wordt niet anders door de omstandigheid dat betrokkene een maand eerder door de rechtbank was gehoord. De rechtbank had betrokkene derhalve opnieuw moeten horen.

#### NJ 2019/398

##### HOGE RAAD (STRAFKAMER)

6 december 2016, nr. 16/00743

(Mrs. A.J.A. van Dorst, J. de Hullu,  
H.A.G. Splinter-van Kan, E.F. Faase, M.J. Borgers;  
A-G mr. A.E. Hartevelde)  
m.nt. H.D. Wolswijk

Art. 45, 287, 290 Sr

RvdW 2017/31

NJB 2016/2313

ECLI:NL:PHR:2016:1109

ECLI:NL:HR:2016:2761

#### Vrijspraak van (kinder)doodslag en poging tot (kinder)doodslag op baby's omdat onzeker is of de baby's tijdens of kort na de geboorte leefden.

*Hoge Raad vernietigt de vrijspraken van poging tot (kinder)doodslag. De enkele omstandigheid dat onzekerheid bestaat over het antwoord op de vraag of de baby's tijdens of kort na de geboorte leefden, doet niet af aan de mogelijkheid dat de aan de verdachte tenlastegelegde gedragingen zijn begaan 'ter uitvoering van het door de verdachte voorgenomen misdrijf'. Van die mogelijkheid is echter geen sprake indien de rech-*

ter aannemelijk acht dat de baby's dood ter wereld zijn gekomen.

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem, van 14 december 2015, nummer 21/005916-14, in de strafzaak tegen: [verdachte], adv.: mr. J.C. Hesen, te Utrecht.

### Cassatiemiddel:

Middel zie 3.1; (red.).

### Conclusie A-G mr. A.E. Hartevelt:

1. De verdachte is bij arrest van 14 december 2015 door het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem, vrijgesproken van de haar tenlastegelegde feiten. Kort gezegd betroffen die feiten de (poging tot) doodslag op twee pasgeboren baby's.

2. Het cassatieberoep is ingesteld door mr. J.W.M. Grimbergen, advocaat-generaal bij het hof. Namens het Openbaar Ministerie heeft mr. M.E. de Meijer, advocaat-generaal bij het ressortsparket 's-Gravenhage, een middel van cassatie voorgesteld.<sup>1</sup>

3. Het middel keert zich tegen het oordeel van het hof dat geen sprake kan zijn van een strafbare poging tot (kinder)doodslag omdat niet vastgesteld kan worden dat de baby's ten tijde van het handelen van de verdachte nog leefden.

3.1. Na wijziging van de tenlastelegging in hoger beroep is aan de verdachte tenlastegelegd dat:

"1 primair:

zij in of omstreeks de periode van 18 februari 2002 tot en met 31 december 2002 te Amersfoort, althans in het arrondissement Utrecht, ter uitvoering van het door verdachte voorgenomen misdrijf om als moeder, onder de werking van vrees voor de ontdekking van haar bevalling, opzettelijk haar kind (later bekend onder de naam [slachtoffer 1] en/of sectienummer 01), bij of kort na de geboorte, van het leven te beroven, met dat opzet dat (pasgeboren) kind, bij of kort na de geboorte

- (na op het toilet te zijn bevallen) in het toilet laten liggen, en/of

- geen voeding en/of andere zorg gegeven, en/of

- (adequate) medische zorg/hulp onthouden, althans geen (adequate) medische zorg/hulp ingeroepen, en/of

- (volledig) in een (plastic) bak/doos en/of in een doek gepakt/verpakt/gewikkeld, en/of

- in een beautycase, althans in een koffer of andere verpakking gelegd, althans gedaan, en/of (vervolgens) die beautycase, althans koffer of andere verpakking, dicht gedaan en/of (af)gesloten,

terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

1 subsidiair:

zij in of omstreeks de periode van 18 februari 2002 tot en met 31 december 2002 te Amersfoort, althans in het arrondissement Utrecht, ter uitvoering van het door verdachte voorgenomen misdrijf om opzettelijk de baby (later bekend onder de naam [slachtoffer 1] en/of sectienummer 01), bij of kort na de geboorte, van het leven te beroven, met dat opzet die (pasgeboren) baby, bij of kort na de geboorte

- (na op het toilet te zijn bevallen) in het toilet laten liggen, en/of

- geen voeding en/of andere zorg gegeven, en/of

- (adequate) medische zorg/hulp onthouden, althans geen (adequate) medische zorg/hulp ingeroepen, en/of

- (volledig) in een (plastic) bak/doos en/of in een doek gepakt/verpakt/gewikkeld, en/of

- in een beautycase, althans in een koffer of andere verpakking gelegd, althans gedaan, en/of (vervolgens) die beautycase, althans koffer of andere verpakking, dicht gedaan en/of (af)gesloten, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

1 meer subsidiair:

zij in of omstreeks de periode van 18 februari 2002 tot en met 31 december 2002 te Amersfoort, althans in het arrondissement Utrecht, als moeder, onder de werking van vrees voor de ontdekking van haar bevalling, opzettelijk haar kind (later bekend onder de naam [slachtoffer 1] en/of sectienummer 01), bij of kort na de geboorte van het leven heeft beroofd, immers heeft verdachte met dat opzet dat (pasgeboren) kind, bij of kort na de geboorte

- (na op het toilet te zijn bevallen) in het toilet laten liggen, en/of

- geen voeding en/of andere zorg gegeven, en/of

- (adequate) medische zorg/hulp onthouden, althans geen (adequate) medische zorg/hulp ingeroepen, en/of

- (volledig) in een (plastic) bak/doos en/of in een doek gepakt/verpakt/gewikkeld, en/of

- in een beautycase, althans in een koffer of andere verpakking gelegd, althans gedaan, en/of (vervolgens) die beautycase, althans koffer of andere verpakking, dicht gedaan en/of (af)gesloten, ten gevolge waarvan voornoemd (pasgeboren) kind is overleden;

1 meest subsidiair:

zij in of omstreeks de periode van 18 februari 2002 tot en met 31 december 2002 te Amersfoort, althans in het arrondissement Utrecht, opzettelijk de baby (later bekend onder de naam [slachtoffer 1] en/of sectienummer 01), bij of kort na de geboorte van het leven heeft beroofd, immers heeft verdachte met dat opzet die (pasgeboren) baby, bij of kort na de geboorte

<sup>1</sup> Namens de verdachte is bij schriftuur van 27 juni 2016 het cassatieberoep tegengesproken.

- (na op het toilet te zijn bevallen) in het toilet laten liggen, en/of

- geen voeding en/of andere zorg gegeven, en/of

- (adequate) medische zorg/hulp onthouden, althans geen (adequate) medische zorg/hulp ingeroepen, en/of

- (volledig) in een (plastic) bak/doos en/of in een doek gepakt/verpakt/gewikkeld, en/of

- in een beautycase, althans in een koffer of andere verpakking gelegd, althans gedaan, en/of (vervolgens) die beautycase, althans koffer of andere verpakking, dicht gedaan en/of (af)gesloten, ten gevolge waarvan voornoemde (pasgeboren) baby is overleden;

2 primair:

zij in of omstreeks het jaar 2004, althans in of omstreeks de periode van 1 januari 2004 tot en met 31 december 2009, te Amersfoort, althans in het arrondissement Utrecht, ter uitvoering van het door verdachte voorgenomen misdrijf om als moeder, onder de werking van vrees voor de ontdekking van haar bevalling, opzettelijk haar kind (later bekend onder de naam [slachtoffer 2] en/of sectienummer 02), bij of kort na de geboorte van het leven te beroven, met dat opzet dat (pasgeboren) kind, bij of kort na de geboorte

- (na op het toilet te zijn bevallen) in het toilet laten liggen, en/of

- geen voeding en/of andere zorg gegeven, en/of

- (adequate) medische zorg/hulp onthouden, althans geen (adequate) medische zorg/hulp ingeroepen, en/of

- (volledig) in een vuilniszak, althans in plastic en/of in een doek te gepakt/verpakt/gewikkeld, en/of

- in een koektrommel/blik, althans een (metalen) verpakking, gelegd, althans gedaan, en/of (vervolgens) die/dat koektrommel/blik, althans (metalen) verpakking, dicht gedaan en/of (af)gesloten met behulp van plakband dan wel tape, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

2 subsidiair:

zij in of omstreeks het jaar 2004, althans in of omstreeks de periode van 1 januari 2004 tot en met 31 december 2009, te Amersfoort, althans in het arrondissement Utrecht, ter uitvoering van het door verdachte voorgenomen misdrijf om opzettelijk de baby (later bekend onder de naam [slachtoffer 2] en/of sectienummer 02), bij of kort na de geboorte van het leven te beroven, met dat opzet die (pasgeboren) baby, bij of kort na de geboorte

- (na op het toilet te zijn bevallen) in het toilet laten liggen, en/of

- geen voeding en/of andere zorg gegeven, en/of

- (adequate) medische zorg/hulp onthouden, althans geen (adequate) medische zorg/hulp ingeroepen, en/of

- (volledig) in een vuilniszak, althans in plastic en/of in een doek gepakt/verpakt/gewikkeld, en/of

- in een koektrommel/blik, althans een (metalen) verpakking, gelegd, althans gedaan, en/of (vervolgens) die/dat koektrommel/blik, althans (metalen) verpakking, dicht gedaan en/of (af)gesloten met behulp van plakband dan wel tape, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

2 meer subsidiair:

zij in of omstreeks het jaar 2004, althans in of omstreeks de periode van 1 januari 2004 tot en met 31 december 2009, te Amersfoort, althans in het arrondissement Utrecht, als moeder, onder de werking van vrees voor de ontdekking van haar bevalling, opzettelijk haar kind (later bekend onder de naam [slachtoffer 2] en/of sectienummer 02), bij of kort na de geboorte van het leven heeft beroofd, immers heeft verdachte met dat opzet dat (pasgeboren) kind, bij of kort na de geboorte

- (na op het toilet te zijn bevallen) in het toilet laten liggen, en/of

- geen voeding en/of andere zorg gegeven, en/of

- (adequate) medische zorg/hulp onthouden, althans geen (adequate) medische zorg/hulp ingeroepen, en/of

- (volledig) in een vuilniszak, althans in plastic, en/of een doek gepakt/verpakt/gewikkeld, en/of

- in een koektrommel/blik, althans een (metalen) verpakking, gelegd, althans gedaan, en/of (vervolgens) die/dat koektrommel/blik, althans (metalen) verpakking, dicht gedaan en/of (af)gesloten met behulp van plakband dan wel tape, ten gevolge waarvan voornoemd (pasgeboren) kind is overleden;

2 meest subsidiair:

zij in of omstreeks het jaar 2004, althans in of omstreeks de periode van 1 januari 2004 tot en met 31 december 2009, te Amersfoort, althans in het arrondissement Utrecht, de baby (later bekend onder de naam [slachtoffer 2] en/of sectienummer 02), bij of kort na de geboorte van het leven heeft beroofd, immers heeft verdachte met dat opzet die (pasgeboren) baby, bij of kort na de geboorte

- (na op het toilet te zijn bevallen) in het toilet laten liggen, en/of

- geen voeding en/of andere zorg gegeven, en/of

- (adequate) medische zorg/hulp onthouden, althans geen (adequate) medische zorg/hulp ingeroepen, en/of

- (volledig) in een vuilniszak, althans in plastic, en/of een doek gepakt/verpakt/gewikkeld, en/of

- in een koektrommel/blik, althans een (metalen) verpakking, gelegd, althans gedaan, en/of (vervolgens) die/dat koektrommel/blik, al-

thans (metalen) verpakking, dicht gedaan en/of (afgesloten met behulp van plakband dan wel tape, ten gevolge waarvan voornoemde (pasgeboren) baby is overleden.”

3.2. Met betrekking tot de vrijspraak van de tenlastegelegde feiten heeft het hof in zijn arrest het volgende overwogen:

“De officier van justitie heeft in eerste aanleg gevorderd dat de verdachte zal worden veroordeeld ter zake van het onder 1 subsidiair en 2 subsidiair tenlastegelegde, te weten telkens kinderdoodslag.

De rechtbank heeft de verdachte vrijgesproken van de gehele tenlastelegging. Het openbaar ministerie heeft hoger beroep ingesteld tegen deze vrijspraak.

De advocaat-generaal heeft in hoger beroep gevorderd dat de tenlastelegging wordt gewijzigd, in die zin dat onder 1 en 2 telkens wordt tenlastegelegd: primair: poging tot kinderdoodslag, subsidiair: poging tot doodslag, meer subsidiair: kinderdoodslag en meest subsidiair: doodslag.

De advocaat-generaal heeft gevorderd dat verdachte wordt veroordeeld ter zake van het onder 1 primair en 2 primair tenlastegelegde: telkens poging tot kinderdoodslag.

De advocaat-generaal heeft het standpunt ingenomen dat niet met voldoende mate van zekerheid kan worden vastgesteld dat de baby's bij of kort na de geboorte hebben geleefd. In zijn visie staat deze omstandigheid niet in de weg aan een veroordeling voor de thans onder 1 primair en 2 primair tenlastegelegde poging tot kinderdoodslag. Immers de verschillende handelingen van verdachte — ieder voor zich, maar zeker in onderlinge samenhang bezien — zijn naar hun uiterlijke verschijningsvorm gericht op levensberoving en vormen daarvan om die reden een begin van uitvoering, in welk geval geen sprake is van een absoluut ondeugdelijke poging. Ter onderbouwing van zijn standpunt heeft de advocaat-generaal onder meer naar het Groninger HIV-arrest van 27 maart 2012 verwezen.

Het hof deelt dit standpunt van de advocaat-generaal niet. Uitgangspunt is naar het oordeel van het hof dat een absoluut ondeugdelijke poging leidt tot niet strafbaarheid.

Voor het antwoord op de vraag of (telkens) sprake is van een strafbare poging tot (kinder) doodslag acht het hof van wezenlijk belang of de baby's tijdens/kort na de geboorte hebben geleefd. Op grond van het dossier komt het hof evenals de rechtbank tot het oordeel dat dit niet met voldoende mate van zekerheid is vast te stellen.

Het door de advocaat-generaal aangehaalde Groninger HIV-arrest betreft een zaak waarin vast stond dat verdachtes handelingen zonder meer geschikt waren om aan het slachtoffer het verweten delict — de besmetting met HIV — te voltrekken. In dat geval stond de niet uit te sluiten mogelijkheid dat verdachte die besmetting ook daadwerkelijk had veroorzaakt — in welk

geval sprake zou zijn van het voltooide delict — niet in de weg aan een veroordeling wegens strafbare poging. Naar het oordeel van het hof is de onderhavige zaak niet met de HIV-zaak op één lijn te stellen. In deze zaak gaat het (telkens) om levensbeneming. De aan verdachte verweten gedragingen waren daartoe slechts geschikt indien voldoende vaststaat dat ten tijde van het verrichten van die handelingen (telkens) sprake was van een slachtoffer aan wie het leven (nog) kon worden ontnomen. Die vaststelling van leven kan zoals gezegd niet worden gedaan. Daarmee verschilt deze zaak ook van HR 17 maart 1987, NJ 1988/166, waarin sprake was van een strafbare poging tot levensbeneming van een slachtoffer, dat overleed ná, maar niet ten gevolge van door verdachten gepleegde handelingen die bedoeld en geschikt waren om dat overlijden te bewerkstelligen.

Op grond van het vorenstaande komt het hof tot vrijspraak van de onder 1 en 2 telkens primair en subsidiair tenlastegelegde poging tot kinderdoodslag en poging tot doodslag, nog daar gelaten de vraag of de handelingen van verdachte naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op voltooiing van het misdrijf.

Nu, zoals gezegd, niet vaststaat dat een of beide baby's hebben geleefd tijdens/kort na de bevaling kan ook niet worden gekomen tot een bevoezensverklaring van het onder 1 en 2 telkens meer subsidiair en meest subsidiair tenlastegelegde, zodat verdachte ook hiervan zal worden vrijgesproken.”

3.3. In deze gevoelige zaak kwam het zowel in eerste aanleg, bij de rechtbank, als in hoger beroep bij het gerechtshof tot een volledige vrijspraak. In beide instanties draaide het daarbij om klassieke leerstukken uit het strafrecht. Eerst, bij de rechtbank, stond de vraag naar de causaliteit centraal: was bewezen dat de dood van beide baby's veroorzaakt was door de gedragingen van de verdachte? De rechtbank vond van niet. Volgens haar was niet vast komen te staan dat de baby's nog leefden bij de geboorte, en de rechtbank sprak daarom vrij van de tenlastegelegde varianten van het voltooide delict (kinder)doodslag. In hoger beroep werd daarom door het Openbaar Ministerie de pogingsvariant toegevoegd aan de tenlastelegging, zij het op een enigszins afwijkende plaats, namelijk (steeds) als primaire mogelijkheid. De pogingsvariant moest derhalve door het hof als eerste worden beschouwd. Maar ook die inmiddels primaire variant leidde bij het hof tot vrijspraak, aangezien — ook — naar het oordeel van het hof niet met voldoende mate van zekerheid kon worden vastgesteld dat de baby's ten tijde van het handelen van de verdachte nog leefden. Daarom kon geen strafbare poging worden aangenomen. Van de nog steeds in de tenlastelegging opgenomen varianten van het voltooide delict sprak het hof vervolgens ook vrij — om dezelfde reden als de rechtbank. Tegen de beslissing van het

hof op het punt van de poging keert zich het cassatiemiddel.

3.4. Het hof neemt blijkens zijn overwegingen tot uitgangspunt “dat een absoluut ondeugdelijke poging leidt tot niet strafbaarheid.” Aldus redenerend knoopt het hof aan bij een klassiek dogmatisch vraagstuk bij de poging, dat veel aandacht kreeg bij de behandeling van het Wetboek van Strafrecht, stammend uit 1886, en dat tot op heden in alle leerboeken van het strafrecht teruggevonden kan worden. Dat is het vraagstuk van het relatief dan wel absoluut ondeugdelijk middel of object. Dat is een kwestie van dogmatiek, want nergens in de wet, meer bepaald niet in art. 45 Sr, dat de strafbare poging beschrijft, is sprake van het door het hof gehanteerde begrip van de ‘absoluut ondeugdelijke poging’.<sup>2</sup> Wel is daarover uitgebreid gesproken bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht. Bij de discussie over de poging in de Tweede Kamer werd, zoals zowat in alle hand- en leerboeken over het strafrecht is aangehaald, door minister Modderman gesteld dat een lijk een absoluut ondeugdelijk object voor doodslag is. Poging tot levensberoving laat zich in dat geval niet denken, omdat de uitvoeringshandelingen nimmer tot het gevolg – de dood – kunnen leiden. Dat levert derhalve geen begin van uitvoering op, dat, tezamen met het voornemen van de dader, de kern van de strafbaarheid van de poging uitmaakt.<sup>3</sup> Het lijkt mij aannemelijk dat het hof bij de verdere uitwerking van zijn uitgangspunt, dat een absoluut ondeugdelijk object geen strafbare poging oplevert, het door Modderman genoemde voorbeeld voor ogen heeft gehad. In de meer hedendaagse strafrechtelijke literatuur wordt de absoluut ondeugdelijke poging echter, zoals De Hullu het noemt, “gemarginaliseerd” en (uitsluitend) gereserveerd voor gedragingen, waarvan gezegd kan worden, dat zij elke strafrechtelijke relevantie missen.<sup>4</sup> Ik citeer uit het handboek van De Hullu<sup>5</sup> – die weer met instemming Van Veen<sup>6</sup> aanhaalt –: “van straffeloze, absoluut ondeugdelijke poging wordt pas gesproken als de uitvoeringshandeling zo kinderlijk, zo ondoeltreffend, zo ongerijmd is dat zij nimmer tot het door de verdachte beoogde doel had kunnen leiden, zelfs onder voor hem zeer gunstige omstandigheden.”

3.5. Nu laten zich wel omstandigheden denken, waaronder de poging tot moord op een lijk valt in de door Van Veen bedoelde categorie en vanuit straf-

rechtelijk oogpunt irrelevante ‘uitvoeringshandelingen opleveren. Als de dader een doodskist opgraft op het kerkhof ten einde met een aangepunte houten paal het hart van de begravene te doorboren, omdat hij meent dat deze persoon een slechts schijn-dode vampier zou zijn, zou het aannemen van een poging tot doodslag een overspanning van het pogingsbegrip zijn. In de dogmatiek van de poging zou dit ook wel als een ‘Wahnverbreken’ aangeduid kunnen worden: de dader meent (waarschijnlijk) als enige dat hij op het punt staat – behalve zich schuldig te maken aan grafscandalen, art. 149 Sr – een geslaagd levensdelict te begaan.

3.6. Maar niet in alle gevallen is het zo duidelijk dat er geen reële plaats voor het strafrecht is. Zo acht De Hullu, in zijn handboek, het voorbeeld van Modderman – de doodslag op een lijk – (thans) voor relativisering vatbaar. In de schriftuur wordt, met verwijzing naar het requisitoir van de advocaat-generaal bij het hof de desbetreffende passage aangehaald: “[Daarom] is het ook maar de vraag of het door Modderman genoemde voorbeeld van een absoluut ondeugdelijk object – een lijk – naar geldend recht steeds als zodanig moet worden aanvaard, met name in gevallen waarin het tijdstip van overlijden moeilijk precies is vast te stellen.”<sup>7</sup>

3.7. Het uitgangspunt van het hof staat dus naar hedendaagse inzichten meer ter discussie dan het hof aannam. Daarnaast lijkt het mij zo te zijn dat het hof zijn uitgangspunt wel erg gemakkelijk heeft toegepast op deze zaak, gelet op de bijzonderheden van het geval. Is gelet op hetgeen zich in onze zaak heeft afgespeeld, ook met inachtneming van het voorbeeld van Modderman over de ‘doodslag op een lijk’ de poging wel zo ‘absoluut ondeugdelijk’? De vraag die het hof – ook blijvend binnen de 19e eeuwse gedachtewereld – tenminste had kunnen stellen is of aangenomen moest worden dat de hele ‘onderneming’ van de verdachte van het begin af aan – hoe dan ook dus – zonder enig effect zou blijven, of dat dit slechts onder omstandigheden het geval zou zijn.<sup>8</sup> Dat die (prospectieve) zekerheid van het uitblijven van effect er bepaald niet was ten tijde van het handelen van de verdachte, blijkt echter juist uit de maatstaf die het hof aanlegt. Het hof overweegt immers als volgt: “In deze zaak gaat het (telkens) om levensbeneming. De aan verdachte verweten gedragingen waren daartoe slechts geschikt indien voldoende vaststaat dat ten tijde van het verrichten van die handelingen (telkens) sprake was van een slachtoffer aan wie het leven (nog) kon worden ontnomen.” Even daarvoor overweegt het hof dat “niet met voldoende mate van zekerheid is vast te stellen” dat de baby’s tijdens/kort na de geboorte hebben geleefd. Dat de baby’s niet leefden is

2 De MvT bij het Wetboek van Strafrecht (Smidt I, 2e druk, p. 422) is over dat zwijgen van de wet duidelijk: “Zoo de wet zwijgt over de verschillende graden der poging, dan menge zij zich evenmin in den ouden strijd over de poging met ondeugdelijk object of ondeugdelijke middelen. Ook hier verdient de onthouding van den Code Pénal en van het deitsche rijkswetboek de voorkeur boven de leerstellige bepalingen van vele vroeger in Duitschland geldende wetboeken.”

3 Smidt I, 2e druk, p. 423.

4 Vgl. G. Knigge en H.D. Wolswijk, Het materiële strafrecht, 15e druk, p. 229.

5 J. De Hullu, Materieel strafrecht, 6e druk, p. 395.

6 Noot van Th.W. van Veen onder HR 15 januari 1980, NJ 1980/245 (*Lexan-ruit*).

7 De Hullu, Materieel strafrecht, 6e druk, p. 396.

8 In vergelijkende zin versta ik Noyon-Langemeijer/Remmelink, aant. 2.6.1, in het kader van de – enigszins vergelijkbare – discussie over de vraag naar het in leven zijn van de vrucht bij abortus provocatus.

9 Vgl. HR 7 mei 1906, W 8372 (*Koperen centen*), aangehaald in Noyon-Langemeijer/Remmelink, aant. 2.6.2. bij art. 45 Sr.

dus evenmin vastgesteld — en dat roept haast vanzelf de vraag op of de woorden van Modderman, dat (poging) tot doodslag op een lijk niet denkbaar is, op deze casus wel van toepassing zijn. Met andere woorden: was er wel sprake van 'een lijk'?

3.8. Een even verderop volgende zin in de overweging van het hof brengt mij op een volgende vraag, namelijk waar het hof de hele kwestie van de absoluut of relatief ondeugdelijke poging nu plaatst.

3.9. Volgens minister Modderman — daarbij het spoor van de Memorie van Toelichting bij art. 45 Sr volgend — moet men de vraag naar de absoluut dan wel relatief ondeugdelijke poging beantwoorden door steeds de vraag te stellen of de handelingen van de dader als een begin van uitvoering van het delict konden gelden. Het wekt dan ook geen verbazing dat de Hoge Raad het leerstuk van de ondeugdelijke poging op dezelfde manier verwerkt. In de bekende zaak van de *Lexan-ruit*<sup>10</sup> — waarbij Van Veen, in zijn noot onder het arrest, de door De Hullu overgenomen opmerking over de marginalisering van de absoluut ondeugdelijke poging maakte — overwoog de Hoge Raad aldus:

“Beoordeling van het eerste middel

In het algemeen zal voor een dader die het voornemen heeft opgevat om met het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening uit de etalage van een juwelierswinkel niet aan hem toebehorende sieraden of goederen van zijn gading weg te nemen en die sieraden of goederen onder zijn bereik te brengen door de etalageruit te vernielen althans daarin een gat te breken, het slaan van een gat in die etalageruit met een schop een begin van uitvoering van dat voornemen opleveren.

Dit is niet anders, wanneer zich achter die etalageruit nog een lexanruit blijkt te bevinden welke een verwezenlijking van genoemd voornemen door het slaan van een gat in die etalageruit onmogelijk maakt.

Het Hof heeft mitsdien terecht geoordeeld dat i.c. sprake was van een strafbare poging, wat er zij van de gronden die het daarvoor heeft aangevoerd.”

3.10. Waar het dus, bij het beoordelen van de schijnbaar kansloze poging tot inbraak bij de juwelier op neer kwam is of de handelingen een begin van uitvoering van het voornemen van de dader opleverden. Maar dat is, zo blijkt, niet hetgeen waaraan het hof in de onderhavige zaak de handelingen van de verdachte heeft getoetst. Immers, het hof overweegt:

“Op grond van het vorenstaande komt het hof tot vrijspraak van de onder 1 en 2 telkens primair en subsidiair tenlastegelegde poging tot kinderdoodslag en poging tot doodslag, nog daar gelaten de vraag of de handelingen van verdachte naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op voltooiing van het misdrijf.”

Hetgeen het hof 'daarlaaf' is dus de vraag die juist wél beantwoord had moeten worden, te weten of het handelen van de verdachte een 'begin van uitvoering' opleverde. Daarvoor geldt, sinds het *Cito*-arrest,<sup>11</sup> het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm. Dat luidt letterlijk zó als het hof heeft 'daargelaten,' dus: of de handelingen van verdachte naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op voltooiing van het misdrijf.

3.11. Al met al valt dus te constateren dat het hof niet 'het juiste paadje' heeft afgeplond teneinde de juridische knoop te ontwarren. Terwijl er, zo het hof dat (juiste) pad wel had gevolgd, naar mijn mening heel wel uit te komen is. Wat hier — de kwestie wat niet zozeer door een cassatiebril beziend — domineert is in wezen bewijsnood. De daardoor aan de orde zijnde vraag is of, ook in het geval niet met zekerheid kan worden vastgesteld dat het slachtoffer nog leefde ten tijde van het handelen (waarover begrepen: het nalaten te handelen) van de verdachte, en het omgekeerde evenmin vaststaat, deze gedragingen niettemin zijn aan te merken als een begin van uitvoering van het voorgenomen misdrijf, omdat zij naar uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op voltooiing van het misdrijf. Het gebied waarop deze vraag zich afspeelt zou kunnen worden omschreven als het 'niemandsland' tussen poging en voltooid delict. Kan, als niet met voldoende mate van zekerheid kan worden vastgesteld dat het delict voltooid is, door intreding van een bepaald vereist gevolg, een poging worden aangenomen, ook als niet valt uit te sluiten dat het gevolg wel is ingetreden? In het *Groninger HIV*-arrest<sup>12</sup> wees de Hoge Raad er — in een 'obiter dictum' op dat in zulke gevallen het aannemen van een strafbare poging heel wel mogelijk is. De Hoge Raad overwoog namelijk:

“2.4.5. In dit verband verdient nog opmerking dat onzekerheid over het noodzakelijke oorzakelijke verband tussen de gedraging van de verdachte en het voltooide delict in het algemeen niet in de weg zal staan aan het aannemen van een poging tot het desbetreffende misdrijf. Dat het intreden van het gevolg mogelijkterwils niet is veroorzaakt door de gedraging van de verdachte komt overeen met het wezen van een strafbare poging. Dat de mogelijkheid niet is uitgesloten dat het gevolg wel daadwerkelijk is veroorzaakt door de gedraging van de verdachte, behoeft aan een bewezenverklaring van een poging tot dat misdrijf niet in de weg te staan, nu voor strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van een poging geen wettelijk vereiste is dat wordt vastgesteld dat de uitvoering van het misdrijf niet door de verdachte is voltooid.”

<sup>11</sup> HR 24 oktober 1978, NJ 1979/52, zie ook De Hullu, Materieel strafrecht, 6e druk p. 390.

<sup>12</sup> HR 27 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6362, NJ 2012/301, m.nt. N. Keijzer.

<sup>10</sup> Zie hierboven, voetnoot 6.

3.12. In de onderhavige zaak is het hof, geïnspireerd door hetgeen de advocaat-generaal had aangevoerd, expliciet op de mogelijke toepasbaarheid van deze 'vingerwijzing' van de Hoge Raad ingegaan. Ik haal de desbetreffende passage nog eens aan uit de hierboven reeds geciteerde overwegingen van het hof:

"De advocaat-generaal heeft het standpunt ingenomen dat niet met voldoende mate van zekerheid kan worden vastgesteld dat de baby's bij of kort na de geboorte hebben geleefd.

In zijn visie staat deze omstandigheid niet in de weg aan een veroordeling voor de thans onder 1 primair en 2 primair tenlastegelegde poging tot kinderdoodslag. Immers, de verschillende handelingen van verdachte – ieder voor zich, maar zeker in onderlinge samenhang bezien – zijn naar hun uiterlijke verschijningsvorm gericht op levensberoving en vormen daarvan om die reden een begin van uitvoering, in welk geval geen sprake is van een absoluut ondeugdelijke poging. Ter onderbouwing van zijn standpunt heeft de advocaat-generaal onder meer naar het Groninger HIV-arrest van 27 maart 2012 verwezen.

Het hof deelt dit standpunt van de advocaat-generaal niet. Uitgangspunt is naar het oordeel van het hof dat een absoluut ondeugdelijke poging leidt tot niet strafbaarheid.

Voor het antwoord op de vraag of (telkens) sprake is van een strafbare poging tot (kinder) doodslag acht het hof van wezenlijk belang of de baby's tijdens/kort na de geboorte hebben geleefd. Op grond van het dossier komt het hof evenals de rechtbank tot het oordeel dat dit niet met voldoende mate van zekerheid is vast te stellen.

Het door de advocaat-generaal aangehaalde Groninger HIV-arrest betreft een zaak waarin vast stond dat verdachtes handelingen zonder meer geschikt waren om aan het slachtoffer het verweten delict – de besmetting met HIV – te voltrekken. In dat geval stond de niet uit te sluiten mogelijkheid dat verdachte die besmetting ook daadwerkelijk had veroorzaakt – in welk geval sprake zou zijn van het voltooide delict – niet in de weg aan een veroordeling wegens strafbare poging. Naar het oordeel van het hof is de onderhavige zaak niet met de HIV-zaak op één lijn te stellen. In deze zaak gaat het (telkens) om levensbeneming. De aan verdachte verweten gedragingen waren daartoe slechts geschikt indien voldoende vaststaat dat ten tijde van het verrichten van die handelingen (telkens) sprake was van een slachtoffer aan wie het leven (nog) kon worden ontnomen. Die vaststelling van leven kan zoals gezegd niet worden gedaan."

3.13. Deze passage (her)lezend valt op dat het hof op onvolledige wijze verwijst naar de overweging van de Hoge Raad, door te stellen dat het in dat geval (uitsluitend) ging om de niet uit te sluiten mogelijkheid dat het delict was voltooid, hetgeen niet in de weg stond aan het aannemen van een strafba-

re poging. Daarmee miskent het hof echter dat de Hoge Raad ook het andere geval behandelt, in de volgende zinsnede: "Dat het intreden van het gevolg mogelijksterwijs niet is veroorzaakt door de gedraging van de verdachte komt overeen met het wezen van een strafbare poging." Dat maakt ook dat de slotsom van het hof, namelijk dat de aan verdachte verweten gedragingen daartoe (tot levensbeneming) slechts geschikt waren 'indien voldoende vaststaat dat (...) sprake was van een slachtoffer aan wie het leven (nog) kon worden ontnomen', goed beschouwd onbegrijpelijk is. Immers, als die overweging wordt betrokken op de vraag of van een poging gesproken kan worden, komt dat antwoord er op neer dat in het onderhavige geval slechts een poging zou kunnen bestaan als het delict is voltooid. Die uitkomst lijkt mij ongerijmd.

3.14. Ik meen, en dit is wellicht terzijde, dat het te hanteren schema voor 'oplossing' van het in de onderhavige zaak spelende bewijsprobleem beter anders ingericht kan worden. De volgens de strafrechtelijk logica als eerste te stellen vraag lijkt mij die of er een causaal verband bestaat tussen het handelen van de verdachte en het gevolg, te weten de dood van de beide baby's. Dat is een kwestie van redelijke toerekening, waarbij, het Groninger HIV-arrest volgend, ook in deze zaak zich iets bijzonders afspeelt, namelijk de vraag of het handelen van de verdachte wel als 'condicio sine qua non' – hetgeen de ondergrens van de causaliteit markeert – kan gelden. Maar ook het stellen van die vraag komt uiteindelijk neer op het wegen van de kansen die zijn verbonden aan de verschillende, concurrerende oorzaken. Enerzijds moet bepaald meer worden vastgesteld dan dat niet kan worden uitgesloten dat het gevolg door de gedraging van de verdachte is veroorzaakt, maar dat anderzijds aan het aannemen van het causaal verband niet in de weg behoeft te staan een hoogst onwaarschijnlijke mogelijkheid dat een andere omstandigheid die die geen verband houdt met de gedraging van de verdachte tot het gevolg heeft geleid.<sup>13</sup> Samengevat houdt dat in, zo vervolgt de Hoge Raad in datzelfde Groninger HIV-arrest:

"2.4.4. Het bovenstaande komt erop neer dat in gevallen als de onderhavige voor het redelijkerwijs toerekenen van het gevolg aan (een gedraging van) de verdachte ten minste is vereist dat wordt vastgesteld dat dit drag een onmisbare schakel kan hebben gevormd in de gebeurtenissen die tot het gevolg hebben geleid, alsmede dat ook aannemelijk is dat het gevolg met een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid door de gedraging van de verdachte is veroorzaakt. Of en wanneer sprake is van een dergelijke aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid, zal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval. Bij de beoordeling daarvan kan als hulpmiddel dienen of in de gegeven omstandigheden de gedraging van de verdachte naar haar

<sup>13</sup> Zie rov. 2.4.3. van het Groninger HIV-arrest van 27 maart 2012.



aard geschikt is om dat gevolg teweeg te brengen en bovendien naar ervaringsregels van dien aard is dat zij het vermoeden wettigt dat deze heeft geleid tot het intreden van het gevolg (vgl. HR 20 september 2005, *LJN AT8303*, NJ 2006/86, rov. 3.5). Daarbij kan ook worden betrokken in hoeverre aannemelijk is geworden dat ten vertere gestelde andere, niet aan de gedraging van de verdachte gerelateerde oorzaken hoogstwaarschijnlijk niet tot dat gevolg hebben geleid.”

3.15. Mocht de als eerste te stellen causaliteitsvraag niet tot het aannemen van het causaal verband, en dus tot vrijspraak van het voltooide delict leiden, dan zal logischerwijze de vraag aan de orde dienen te komen of, ten aanzien van het alsdan resterende ‘grijze gebied’ kan worden gezegd dat de handelingen van de verdachte naar uiterlijke verschijningsvorm als begin van uitvoering van het delict kunnen worden beschouwd. Zo ja, dan is (in beginsel) sprake van een strafbare poging.

3.16. Door de a-typische wijze waarop – na wijziging in hoger beroep – de tenlastelegging in de onderhavige zaak is ingericht is de ‘natuurlijke’ wijze van stellen van de relevante vragen als het ware omgekeerd. Maar dat behoeft aan het op een ‘correcte’ wijze van beantwoorden van die vragen niet in de weg te staan. Daarbij merk ik, nu geheel terzijde, op dat het aannemen van een strafbare poging niet in de weg hoeft te staan aan het vervolgens bewezen achten van het voltooide delict. Door het wegvallen van het vroeger wel voor de poging geldende vereiste dat het delict, door omstandigheden buiten de wil van de verdachte liggende, het delict niet is voltooid, is een vorm van samenloop tussen beide delictsvarianten niet langer uitgesloten. Dat zou dan wel, zo begrijp ik uit wat De Hullu op dat vlak aanvoert tegen dubbele aansprakelijkheidsstelling, eendaadse samenloop moeten zijn.<sup>14</sup>

3.17. Ik kom tot een slotsom. Waar het om gaat is of, als niet met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld dat de slachtoffers in deze zaak ten tijde van het handelen van de verdachte nog leefden, de handelingen van de verdachte niettemin – naar uiterlijke verschijningsvorm – als een begin van uitvoering in de zin van art. 45 Sr konden worden aangemerkt. Kennelijk heeft het hof geoordeeld dat het antwoord op die vraag – hoe dan ook – ontkenkend hoort te luiden. Dat geeft naar mijn oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Subsidiair geldt dat, mocht het hof wel van een juiste opvatting zou zijn uitgegaan, zijn beslissing tot vrijspraak onvoldoende is gemotiveerd.

3.18. Het middel is gegrond.

## Hoge Raad:

2. *Tenlastelegging en motivering van de gegeven vrijspraak*

2.1. Aan de verdachte is tenlastegelegd dat:

“1 primair:

zij in of omstreeks de periode van 18 februari 2002 tot en met 31 december 2002 te Amersfoort, althans in het arrondissement Utrecht, ter uitvoering van het door verdachte voorgenomen misdrijf om als moeder, onder de werking van vrees voor de ontdekking van haar bevalling, opzettelijk haar kind (later bekend onder de naam [slachtoffer 1] en/of sectienummer 01), bij of kort na de geboorte, van het leven te beroven, met dat opzet dat (pasgeboren) kind, bij of kort na de geboorte

- (na op het toilet te zijn bevallen) in het toilet laten liggen, en/of

- geen voeding en/of andere zorg gegeven, en/of

- (adequate) medische zorg/hulp onthouden, althans geen (adequate) medische zorg/hulp ingeroepen, en/of

- (volledig) in een (plastic) bak/doos en/of in een doek gepakt/verpakt/gewikkeld, en/of

- in een beautycase, althans in een koffer of andere verpakking gelegd, althans gedaan, en/of (vervolgens) die beautycase, althans koffer of andere verpakking, dicht gedaan en/of (af)gesloten, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

1 subsidiair:

zij in of omstreeks de periode van 18 februari 2002 tot en met 31 december 2002 te Amersfoort, althans in het arrondissement Utrecht, ter uitvoering van het door verdachte voorgenomen misdrijf om opzettelijk de baby (later bekend onder de naam [slachtoffer 1] en/of sectienummer 01), bij of kort na de geboorte, van het leven te beroven, met dat opzet die (pasgeboren) baby, bij of kort na de geboorte

- (na op het toilet te zijn bevallen) in het toilet laten liggen, en/of

- geen voeding en/of andere zorg gegeven, en/of

- (adequate) medische zorg/hulp onthouden, althans geen (adequate) medische zorg/hulp ingeroepen, en/of

- (volledig) in een (plastic) bak/doos en/of in een doek gepakt/verpakt/gewikkeld, en/of

- in een beautycase, althans in een koffer of andere verpakking gelegd, althans gedaan, en/of (vervolgens) die beautycase, althans koffer of andere verpakking, dicht gedaan en/of (af)gesloten, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

1 meer subsidiair:

zij in of omstreeks de periode van 18 februari 2002 tot en met 31 december 2002 te Amersfoort, althans in het arrondissement Utrecht, als moeder, onder de werking van vrees voor de

<sup>14</sup> De Hullu, *Materieel strafrecht*, 6e druk, p. 427-428.

ontdekking van haar bevalling, opzettelijk haar kind (later bekend onder de naam [slachtoffer 1] en/of sectienummer 01), bij of kort na de geboorte van het leven heeft beroofd, immers heeft verdachte met dat opzet dat (passegeboren) kind, bij of kort na de geboorte

- (na op het toilet te zijn bevallen) in het toilet laten liggen, en/of

- geen voeding en/of andere zorg gegeven, en/of

- (adequate) medische zorg/hulp onthouden, althans geen (adequate) medische zorg/hulp ingeroepen, en/of

- (volledig) in een (plastic) bak/doos en/of in een doek gepakt/verpakt/gewikkeld, en/of

- in een beautycase, althans in een koffer of andere verpakking gelegd, althans gedaan, en/of (vervolgens) die beautycase, althans koffer of andere verpakking, dicht gedaan en/of (af)gesloten, ten gevolge waarvan voornoemd (passegeboren) kind is overleden;

1 meest subsidiair:

zij in of omstreeks de periode van 18 februari 2002 tot en met 31 december 2002 te Amersfoort, althans in het arrondissement Utrecht, opzettelijk de baby (later bekend onder de naam [slachtoffer 1] en/of sectienummer 01), bij of kort na de geboorte van het leven heeft beroofd, immers heeft verdachte met dat opzet die (passegeboren) baby, bij of kort na de geboorte

- (na op het toilet te zijn bevallen) in het toilet laten liggen, en/of

- geen voeding en/of andere zorg gegeven, en/of

- (adequate) medische zorg/hulp onthouden, althans geen (adequate) medische zorg/hulp ingeroepen, en/of

- (volledig) in een (plastic) bak/doos en/of in een doek gepakt/verpakt/gewikkeld, en/of

- in een beautycase, althans in een koffer of andere verpakking gelegd, althans gedaan, en/of (vervolgens) die beautycase, althans koffer of andere verpakking, dicht gedaan en/of (af)gesloten, ten gevolge waarvan voornoemde (passegeboren) baby is overleden;

2 primair:

zij in of omstreeks het jaar 2004, althans in of omstreeks de periode van 1 januari 2004 tot en met 31 december 2009, te Amersfoort, althans in het arrondissement Utrecht, ter uitvoering van het door verdachte voorgenomen misdrijf om als moeder, onder de werking van vrees voor de ontdekking van haar bevalling, opzettelijk haar kind (later bekend onder de naam [slachtoffer 2] en/of sectienummer 02), bij of kort na de geboorte van het leven te beroven, met dat opzet dat (passegeboren) kind, bij of kort na de geboorte

- (na op het toilet te zijn bevallen) in het toilet laten liggen, en/of

- geen voeding en/of andere zorg gegeven, en/of

- (adequate) medische zorg/hulp onthouden, althans geen (adequate) medische zorg/hulp ingeroepen, en/of

- (volledig) in een vuilniszak, althans in plastic en/of in een doek gepakt/verpakt/gewikkeld, en/of

- in een koektrommel/blik, althans een (metalen) verpakking, gelegd, althans gedaan, en/of (vervolgens) die/dat koektrommel/blik, althans (metalen) verpakking, dicht gedaan en/of (af)gesloten met behulp van plakband dan wel tape, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

2 subsidiair:

zij in of omstreeks het jaar 2004, althans in of omstreeks de periode van 1 januari 2004 tot en met 31 december 2009, te Amersfoort, althans in het arrondissement Utrecht, ter uitvoering van het door verdachte voorgenomen misdrijf om opzettelijk de baby (later bekend onder de naam [slachtoffer 2] en/of sectienummer 02), bij of kort na de geboorte van het leven te beroven, met dat opzet die (passegeboren) baby, bij of kort na de geboorte

- (na op het toilet te zijn bevallen) in het toilet laten liggen, en/of

- geen voeding en/of andere zorg gegeven, en/of

- (adequate) medische zorg/hulp onthouden, althans geen (adequate) medische zorg/hulp ingeroepen, en/of

- (volledig) in een vuilniszak, althans in plastic en/of in een doek gepakt/verpakt/gewikkeld, en/of

- in een koektrommel/blik, althans een (metalen) verpakking, gelegd, althans gedaan, en/of (vervolgens) die/dat koektrommel/blik, althans (metalen) verpakking, dicht gedaan en/of (af)gesloten met behulp van plakband dan wel tape, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

2 meer subsidiair:

zij in of omstreeks het jaar 2004, althans in of omstreeks de periode van 1 januari 2004 tot en met 31 december 2009, te Amersfoort, althans in het arrondissement Utrecht, als moeder, onder de werking van vrees voor de ontdekking van haar bevalling, opzettelijk haar kind (later bekend onder de naam [slachtoffer 2] en/of sectienummer 02), bij of kort na de geboorte van het leven heeft beroofd, immers heeft verdachte met dat opzet dat (passegeboren) kind, bij of kort na de geboorte

- (na op het toilet te zijn bevallen) in het toilet laten liggen, en/of

- geen voeding en/of andere zorg gegeven, en/of

- (adequate) medische zorg/hulp onthouden, althans geen (adequate) medische zorg/hulp ingeroepen, en/of

- (volledig) in een vuilniszak, althans in plastic, en/of een doek gepakt/verpakt/gewikkeld, en/of

- in een koektrommel/blik, althans een (metalen) verpakking, gelegd, althans gedaan, en/of (vervolgens) die/dat koektrommel/blik, althans (metalen) verpakking, dicht gedaan en/of (af)gesloten met behulp van plakband dan wel tape, ten gevolge waarvan voornoemd (pasgeboren) kind is overleden;

2 meest subsidiair:

zij in of omstreeks het jaar 2004, althans in of omstreeks de periode van 1 januari 2004 tot en met 31 december 2009, te Amersfoort, althans in het arrondissement Utrecht, de baby (later bekend onder de naam [slachtoffer 2] en/of sectienummer 02), bij of kort na de geboorte van het leven heeft beroofd, immers heeft verdachte met dat opzet die (pasgeboren) baby, bij of kort na de geboorte

- (na op het toilet te zijn bevallen) in het toilet laten liggen, en/of

- geen voeding en/of andere zorg gegeven, en/of

- (adequate) medische zorg/hulp othouden, althans geen (adequate) medische zorg/hulp ingeroepen, en/of

- (volledig) in een vuilniszak, althans in plastic, en/of een doek gepakt/verpakt/gewikkeld, en/of

- in een koektrommel/blik, althans een (metalen) verpakking, gelegd, althans gedaan, en/of (vervolgens) die/dat koektrommel/blik, althans (metalen) verpakking, dicht gedaan en/of (af)gesloten met behulp van plakband dan wel tape, ten gevolge waarvan voornoemde (pasgeboren) baby is overleden.”

2.2. Het Hof heeft de verdachte van het haar tenlastegelegde vrijgesproken en daartoe – voor zover voor de beoordeling van het middel van belang – het volgende overwogen:

“De officier van justitie heeft in eerste aanleg gevorderd dat de verdachte zal worden veroordeeld ter zake van het onder 1 subsidiair en 2 subsidiair tenlastegelegde, te weten telkens kinderdoodslag.

De rechtbank heeft de verdachte vrijgesproken van de gehele tenlastelegging. Het openbaar ministerie heeft hoger beroep ingesteld tegen deze vrijspraak.

De advocaat-generaal heeft in hoger beroep gevorderd dat de tenlastelegging wordt gewijzigd, in die zin dat onder 1 en 2 telkens wordt tenlastegelegd: primair: poging tot kinderdoodslag, subsidiair: poging tot doodslag, meer subsidiair: kinderdoodslag en meest subsidiair: doodslag.

De advocaat-generaal heeft gevorderd dat verdachte wordt veroordeeld ter zake van het onder 1 primair en 2 primair tenlastegelegde: telkens poging tot kinderdoodslag.

De advocaat-generaal heeft het standpunt ingenomen dat niet met voldoende mate van zeker-

heid kan worden vastgesteld dat de baby's bij of kort na de geboorte hebben geleefd.

In zijn visie staat deze omstandigheid niet in de weg aan een veroordeling voor de thans onder 1 primair en 2 primair tenlastegelegde poging tot kinderdoodslag. Immers de verschillende handelingen van verdachte – ieder voor zich, maar zeker in onderlinge samenhang bezien – zijn naar hun uiterlijke verschijningsvorm gericht op levensberoving en vormen daarvan om die reden een begin van uitvoering, in welk geval geen sprake is van een absoluut ondeugdelijke poging. Ter onderbouwing van zijn standpunt heeft de advocaat-generaal onder meer naar het Groninger HIV-arrest van 27 maart 2012 verwezen.

Het hof deelt dit standpunt van de advocaat-generaal niet. Uitgangspunt is naar het oordeel van het hof dat een absoluut ondeugdelijke poging leidt tot niet strafbaarheid.

Voor het antwoord op de vraag of (telkens) sprake is van een strafbare poging tot (kinder) doodslag acht het hof van wezenlijk belang of de baby's tijdens/kort na de geboorte hebben geleefd. Op grond van het dossier komt het hof evenals de rechtbank tot het oordeel dat dit niet met voldoende mate van zekerheid is vast te stellen.

Het door de advocaat-generaal aangehaalde Groninger HIV-arrest betreft een zaak waarin vast stond dat verdachtes handelingen zonder meer geschikt waren om aan het slachtoffer het verweten delict – de besmetting met HIV – te voltrekken. In dat geval stond de niet uit te sluiten mogelijkheid dat verdachte die besmetting ook daadwerkelijk had veroorzaakt – in welk geval sprake zou zijn van het voltooide delict – niet in de weg aan een veroordeling wegens strafbare poging. Naar het oordeel van het hof is de onderhavige zaak niet met de HIV-zaak op één lijn te stellen. In deze zaak gaat het (telkens) om levensbeneming. De aan verdachte verweten gedragingen waren daartoe slechts geschikt indien voldoende vaststaat dat ten tijde van het verrichten van die handelingen (telkens) sprake was van een slachtoffer aan wie het leven (nog) kon worden ontnomen. Die vaststelling van leven kan zoals gezegd niet worden gedaan. Daarmee verschilt deze zaak ook van HR 17 maart 1987, NJ 1988/166, waarin sprake was van een strafbare poging tot levensbeneming van een slachtoffer, dat overleed ná, maar niet ten gevolge van door verdachten gepleegde handelingen die bedoeld en geschikt waren om dat overlijden te bewerkstelligen.

Op grond van het vorenstaande komt het hof tot vrijspraak van de onder 1 en 2 telkens primair en subsidiair tenlastegelegde poging tot kinderdoodslag en poging tot doodslag, nog daar gelaten de vraag of de handelingen van verdachte naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op voltooiing van het misdrijf.

Nu, zoals gezegd, niet vaststaat dat een of beide baby's hebben geleefd tijdens/kort na de bevaling kan ook niet worden gekomen tot een bezeugverklaring van het onder 1 en 2 telkens meer subsidiair en meest subsidiair tenlastegelegde, zodat verdachte ook hiervan zal worden vrijgesproken."

### 3. *Beoordeling van het middel*

3.1. Het middel klaagt over de door het Hof gegeven vrijspraken van de onder 1 en 2 telkens primair en subsidiair tenlastegelegde poging tot (kinder)doodslag.

3.2.1. Het Hof heeft tot uitgangspunt genomen dat voor het antwoord op de vraag of te dezen sprake is van een strafbare poging tot (kinder)doodslag van wezenlijk belang is of de baby's tijdens of kort na de geboorte hebben geleefd. Vervolgens heeft het Hof geoordeeld dat dit niet met voldoende mate van zekerheid is vast te stellen en de verdachte deswege vrijgesproken.

3.2.2. Art. 45, eerste lid, Sr luidt:

"Poging tot misdrijf is strafbaar, wanneer het voornemen van de dader zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard".

3.2.3. Voor de vraag of in een geval als het onderhavige de tenlastegelegde poging tot (kinder)doodslag kan worden bewezen, is van belang of is gehandeld "ter uitvoering van het door de verdachte voorgenomen misdrijf" op de grond dat de in de tenlastelegging omschreven en mitsdien te bewijzen gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van dat misdrijf (vgl. HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, NJ 1979/52). Anders dan waarvan het Hof kennelijk is uitgegaan, doet de enkele omstandigheid dat onzekerheid bestaat omtrent het antwoord op de vraag of de baby's tijdens of kort na de geboorte leefden, niet af aan de mogelijkheid dat de aan de verdachte tenlastegelegde gedragingen zijn begaan "ter uitvoering van het door de verdachte voorgenomen misdrijf" in de hiervoor bedoelde zin. Van die mogelijkheid is echter geen sprake indien de rechter aannemelijk acht dat de baby's dood ter wereld zijn gekomen.

3.3. Het middel is derhalve terecht voorgesteld.

### 4. *Slotsom*

Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mee dat de bestreden uitspraak niet in stand blijven en als volgt moet worden beslist.

### 5. *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt de bestreden uitspraak;

verwijst de zaak naar het Gerechtshof 's-Hertogenbosch, opdat de zaak op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan.

### Noot

1. Dit al enige tijd geleden gewezen arrest (eerder besproken door Ten Voorde in AA 2017, p. 126 e.v.) betreft de vervolging van een verdachte wegens poging tot (kinder)doodslag dan wel voltooide (kinder)doodslag ten aanzien van haar twee pasgeboren baby's. De verdachte is tussen 2002 en 2009 tweemaal bevallen van een baby. Zij heeft, na op het toilet te zijn bevallen, de baby's geen zorg gegeven en zij heeft evenmin medische hulp ingeroepen. De eerste keer heeft zij de baby in een beauty-case verborgen, de tweede keer in een vuilniszak. Jaren later is de verdachte naar de politie gegaan en zijn de babylijkjes aangetroffen. Het hof heeft de verdachte van alle ten laste gelegde feiten vrijgesproken omdat niet vastgesteld kan worden dat de baby's ten tijde van het handelen van de verdachte nog leefden. Het middel klaagt met succes over de vrijspraak van de poging tot (kinder)doodslag.

Het gaat in deze trieste zaak dus om een klassiek voorbeeld uit de pogingsdogmatiek: de poging tot doodslag op een overleden persoon. In de literatuur wordt dit doorgaans als een straffeloze, want absoluut ondeugdelijke poging gezien, soms ook als een geval van 'Mangel am Tatbestand'. In casu is de onzekerheid over het moment van overlijden een extra complicatie.

2. Of er een 'begin van uitvoering' in de zin van art. 45 Sr is, wordt volgens vaste rechtspraak beoordeeld aan de hand van het criterium uit het *Cito*-arrest (HR 24 oktober 1978, NJ 1979/52, m.nt. Van Veen): de gedragingen van de verdachte moeten naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf. Het hof komt echter niet toe aan toepassing van het *Cito*-criterium. Het hof onderscheidt de vraag of er een begin van uitvoering is volgens het *Cito*-criterium van de vraag of sprake is van een absoluut ondeugdelijke poging (zie r.o. 2.2). Uitgangspunt van het hof is dat een absoluut ondeugdelijke poging niet strafbaar is. Zijn kennelijke redenering is vervolgens dat het hier om een absoluut ondeugdelijke poging gaat omdat niet 'met voldoende mate van zekerheid' vastgesteld kan worden dat de baby's tijdens of kort na de geboorte hebben geleefd. De vraag of de gedragingen van de verdachte aan het *Cito*-criterium beantwoorden kan daarom worden 'daar gelaten'.

Volgens de Hoge Raad is het hof zo op twee punten de fout ingegaan (r.o. 3.2.3). Ten eerste plaatst het hof het probleem verkeerd. Het punt of de baby's tijdens of kort na de geboorte leefden moet worden betrokken bij de vraag of verdachtes gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van (kinder)doodslag en daarmee of sprake is van een begin van uitvoering. Het hof had verdachtes gedragingen dus juist wel moeten toetsen aan het *Cito*-criterium (vgl. de conclusie van A-G Hartevelt, punt 3.10). De Hoge Raad zelf bezigt ook in dat kader — beantwoorden de gedragingen aan

het *Cito*-criterium? — de terminologie van de absoluut ondeugdelijke poging niet. Dat is in lijn met zijn eerdere rechtspraak. Waar de feitenrechter zich nogal eens uitlaat over de vraag of sprake is van een relatief of absoluut ondeugdelijke poging, doet de Hoge Raad dat consequent niet.

De tweede fout maakt het hof door te oordelen dat bij *onzekerheid* omtrent het in leven zijn van de baby's tijdens of kort na de bevalling er geen strafbare poging is. Volgens de Hoge Raad kunnen ook bij die *onzekerheid* verdachtes gedragingen voldoen aan het *Cito*-criterium. Dat kunnen zij echter niet indien *aannemelijk* is dat de baby's dood ter wereld zijn gekomen. Waarom dat zo is, vertelt hij er niet bij.

3. Van een begin van uitvoering kan dus geen sprake zijn indien de baby's dood ter wereld zijn gekomen (dat althans aannemelijk wordt geacht). Nu zijn in casu de gedragingen die een begin van uitvoering zouden opleveren, verricht *nadat* de baby's ter wereld zijn gekomen. Ik neem aan — uit r.o. 3.2.3 blijkt dat niet expliciet — dat dit gegeven voor het oordeel van de Hoge Raad relevant is. Zou het daarvoor niet relevant zijn, dan impliceert het oordeel van de Hoge Raad dat er ook geen begin van uitvoering kan zijn in het geval een baby dood ter wereld is gekomen maar de gedragingen die een begin van uitvoering zouden vormen zijn verricht *voordat* de baby ter wereld is gekomen. Die situatie kan zich voordoen bij het pogen een nog ongebornen maar levensvatbare vrucht te doden. Gelet op art. 82a Sr, dat kort gezegd bepaalt dat een levensvatbare vrucht het slachtoffer van een (kinder)doodslag kan zijn, zou het vreemd zijn indien deze gedraging geen strafbare poging tot doodslag oplevert als de baby dood ter wereld komt. Bovendien heeft de Hoge Raad eerder geoordeeld (onder vigeur van art. 45 *oud* Sr) dat het niet voltooid zijn van een doodslag enkel ten gevolge van de — onafhankelijk van de wil van de verdachte ingetreden — omstandigheid dat *na* het begin van uitvoering het slachtoffer is overleden, aan strafbaarheid wegens poging tot doodslag niet in de weg staat (HR 17 maart 1987, NJ 1988/166). Het overlijden van het beoogde slachtoffer van doodslag op een moment dat er reeds een begin van uitvoering is, maakt dus niet dat met terugwerkende kracht dat begin van uitvoering toch ontbreekt. Het onderhavige arrest leert dan dat van een begin van uitvoering geen sprake kan zijn indien de gedragingen die een begin van uitvoering zouden vormen, zijn verricht als het slachtoffer al is overleden.

4. Het standpunt dat poging tot doodslag op een reeds overleden persoon niet strafbaar is vanwege het ontbreken van een begin van uitvoering vindt steun in de wetsgeschiedenis (zie conclusie A-G, punt 3.9). Het reeds overleden zijn van het beoogde slachtoffer staat volgens die wetsgeschiedenis ook in de weg aan de strafbaarheid wegens poging tot andere delicten waarbij 'het misdrijf voor zijn bestaan een bepaald object' eist, zoals mishandeling of verkrachting (Smidt, *Geschiedenis van het*

*Wetboek van Strafrecht*, deel II, 1891, p. 422, 423). Het zou daarom goed kunnen dat het belang van dit arrest niet beperkt is tot tegen het leven gerichte misdrijven.

De in dit arrest en de wetsgeschiedenis gehuldigde opvatting past in een objectieve pogingsleer; althans voor zover daarin wordt vereist dat de pogingsgedraging, dus de gedraging die een begin van uitvoering vormt, het rechtsgoed in gevaar brengt. Daarvan is geen sprake indien ten tijde van het verrichten van die gedraging het beoogde slachtoffer al is overleden. Dat in zo'n geval een vóór het overlijden verrichte (voorbereidende) gedraging gericht op het plegen van de doodslag ook al een zeker gevaar voor het rechtsgoed in zich kan bergen, is zo bezien niet relevant; het is immers niet deze gedraging, die nog geen begin van uitvoering vormt, die tot strafbaarheid wegens poging kan leiden.

5. In de situatie dat het beoogde slachtoffer al is overleden rijst overigens de vraag of niet ook het voor strafbaarheid wegens poging tot doodslag vereiste *voornemen* een struikelblok is, in ieder geval een voornemen in de vorm van voorwaardelijk opzet. Dan moet de pogingsgedraging immers een aanmerkelijke kans op de dood in het leven roepen. Kan dat indien het beoogde slachtoffer ten tijde van die gedraging al is overleden? Wellicht is dit gelet op recente rechtspraak toch niet uitgesloten. In HR 6 december 2016, NJ 2017/198, m.nt. Rozemond, over een poging tot doodslag, stak de verdachte met kracht een mes in de buikstreek van het slachtoffer; het slachtoffer droeg echter een steekwerend vest. Volgens de Hoge Raad 'is — gelet op het (toekomstgerichte) karakter van een poging — zo'n bijzondere omstandigheid als het dragen van een steekwerend vest niet onverenigbaar met de voor poging toereikende vaststelling dat het met kracht steken van een mes in de buikstreek normaal gesproken een aanmerkelijke kans op de dood doet ontstaan.' Omstandigheden die 'toevallig' delictsverwerkelijking verhinderen, lijken dus buiten beschouwing te mogen worden gelaten bij de beoordeling van de aanmerkelijkheid van de kans. Dat roept de vraag op of, in bepaalde gevallen, het reeds overleden zijn van het beoogde slachtoffer niet ook als zo'n toevallige, van de normale gang van zaken afwijkende omstandigheid kan worden aangemerkt.

6. Juist bij toevallige verhindering van de vervulling van de delictsinhoud nemen sommige auteurs met betrekking tot het begin van uitvoering een ruimer standpunt in dan de Hoge Raad in het onderhavige arrest doet. Ook als de toevallige verhinderende omstandigheid intreedt voordat de gedragingen die een begin van uitvoering zouden vormen zijn verricht, kan er in deze opvatting toch een begin van uitvoering zijn. R Emmelink wil een strafbare poging tot doodslag aannemen in het geval dat A B een kogel door het hoofd schiet, terwijl B even daarvoor aan een hartverlamming is overleden. Zo zou er ook een poging tot bigamie zijn wanneer de echtgenote van degene die een tweede huwelijk wil sluiten vlak voor die huwelijksluiting

overlijdt; en een poging tot diefstal in het geval iemand zich voorneemt andermans paraplu te stelen en tijdens de uitvoering van het plan blijkt deze verwisseld te zijn voor zijn eigen paraplu (zie Noyon-Langermeijer-Remmelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, aant. 6 bij art. 45, suppl. 33, en *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, zevende druk, Groningen 1975, p. 352 e.v.; aldus ook Buiting, *Strafbare poging*, Utrecht 1965, p. 44, 141 e.v.). Dat in deze visie het toeval van belang wordt geacht, hangt er vermoedelijk mee samen dat vaak juist bij deze factor wordt aangeknoopt om onderscheid te maken tussen de straffeloze absoluut ondeugdelijke poging en de strafbare relatief ondeugdelijke poging: poging tot doodslag op een reeds overledene is niet strafbaar omdat het object totaal 'verdwenen' is en het dus van meet af aan een hopeloze onderneming is (soms wordt dan ook gesproken van 'Mangel am Tatbestand'), terwijl poging tot diefstal uit een lege winkella wel strafbaar is omdat het geld er enkel 'toevallig' niet is. Nu heeft het mislukken van een doodslag omdat het beoogde slachtoffer reeds is overleden, inderdaad weinig met toeval te maken, maar dát het beoogde slachtoffer reeds is overleden kan wel toevallig zijn. Alsdan hoeft volgens Remmelink het feit dat de verhinderende omstandigheid optreedt voordat de gedragingen die een begin van uitvoering zouden vormen zijn verricht, niet aan strafbaarheid in de weg te staan als de verdachte, die geen weet heeft van die omstandigheid, zijn plan doorzet (hij schiet op het lijk, hij pakt zijn eigen paraplu weg). Het rechtsgoed is dan mischien niet in gevaar gebracht, de rechtsorde is dat wel.

Dat standpunt spreekt mij aan. Het *Cito*-criterium, dat past bij een sociaal-objectieve en daarmee gematigd objectieve pogingsleer, lijkt voor deze benadering ook ruimte te bieden. Het reeds overleden zijn van het beoogde slachtoffer hoeft de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging immers niet anders te maken (vgl. Altена & Geelhoed, *DD* 2017/45). En voor de duidelijkheid: zo'n ruimere benadering, waarin het toevalselement dus een voornaam rol speelt, leidt niet tot strafbaarheid wegens poging tot doodslag in het geval iemand zijn pistool leegschiet op een opgebaard lijk (vgl. conclusie punt 3.5). Van toevallige verhinderende van delictsvoltooiing lijkt mij ook geen sprake bij een poging tot vervoer van drugs indien de drugs door de politie al in beslag zijn genomen en zijn vervangen door nepdrugs (vgl. de conclusie van A-G Knigge voorafgaand aan HR 17 april 2007, *NJ* 2007/436; De Hullu, *Materieel strafrecht* 2018, p. 404, 405). Dat is het voor de verdachte waarschijnlijk wel, maar zijn – subjectieve – perspectief zou in dit kader niet bepalend moeten zijn.

7. Hoe verhoudt het arrest zich tot het later gewezen arrest HR 4 april 2017, *NJ* 2017/290, m.nt. Mevis, over een poging tot seksuele verleiding van een minderjarige (art. 248a *oud Sr*)? De verdachte communiceerde aanvankelijk met een tienjarige meisje, maar op zeker moment werd de communi-

catie voortgezet met de vader die zich uitgaf voor zijn dochter. Van de bewezenverklarde gedragingen maakten ook verdachtes uitingen richting de vader deel uit. De Hoge Raad stelt voorop dat de art. 248a *oud Sr* genoemde leeftijd van achttien jaar de daadwerkelijke leeftijd van het slachtoffer betreft. Daaruit volgt dat het delict niet voltooid kan worden indien het beoogde slachtoffer niet minderjarig blijkt te zijn (dat is anders onder het nieuwe art. 248a *Sr*); er is echter niet mee gezegd dat strafbaarheid wegens poging is uitgesloten. Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat de bewezenverklarde gedragingen als een begin van uitvoering kunnen worden aangemerkt nu zij aan het *Cito*-criterium voldoen. Daartoe concludeert ook A-G Aben. Hij gaat er daarbij van uit dat de gedragingen van de verdachte die zijn verricht voordat de vader de plaats van zijn dochter heeft ingenomen, nog geen begin van uitvoering opleveren (zie noot 19). Ook lijkt hij ervan uit te gaan dat als de verdachte van begin af aan met de vader te maken had gehad – uiteraard zonder dat verdachte dat wist – de poging straffeloos was geweest omdat er dan sprake zou zijn van een Mangel am Tatbestand dan wel een absoluut ondeugdelijke poging. Dat de verhinderende omstandigheid – een omstandigheid waardoor het volgens de A-G 'nimmer tot een voltooid delict had kunnen komen' (punt 27) – zich in casu voordoet op een moment dat de gedragingen van de verdachte nog geen begin van uitvoering vormen, staat in zijn opvatting dus niet aan strafbaarheid in de weg. In zoverre past de opvatting van de A-G in de hierboven geschetste benadering. Of de Hoge Raad beide uitgangspunten van de A-G deelt, is niet zeker. En ook als hij dat doet, betekent dat niet dat hij in de verleidingszaak een ruimer standpunt inneemt dan in het onderhavige arrest. In de verleidingszaak was het weliswaar zeer onwaarschijnlijk dat het tot een voltooid delict zou komen, maar niet onmogelijk. Stel echter dat het meisje plotseling het leven had gelaten op het moment dat de vader haar plaats innam (dus, zo nemen we nu aan, nog voor er een begin van uitvoering was), waarna de verdachte en de vader, beiden onwetend van het lot van het meisje, de communicatie voortzetten. Gelet op het onderhavige arrest komt het mij voor dat er dan geen strafbare poging zou zijn.

8. In deze zaak bestaat onzekerheid omtrent de feiten: zijn de baby's levend ter wereld gekomen? In de opvatting van de A-G bij het hof staat die onzekerheid, gelet op het *Groninger HIV*-arrest (HR 27 maart 2012, *NJ* 2012/301, m.nt. Keijzer), niet in de weg aan een bewezenverklaring van een poging tot doodslag. Het hof is daarentegen van mening dat de onderhavige zaak niet met de *HIV*-zaak op één lijn is te stellen. Volgens het hof, zo begrijp ik zijn redenering, is er een relevant verschil tussen enerzijds de situatie van het *HIV*-arrest waarin wel zeker is dat het beoogde slachtoffer nog leefde ten tijde dat verdachte zijn gedraging verrichte, maar onzeker is of die gedraging noodzakelijk is geweest voor het intreden van het gevolg (in die zaak: zwaar lichame-

lijk letsel), en anderzijds de situatie van het onderhavige arrest waarin zelfs onzeker is of het beoogde slachtoffer wel leefde ten tijde dat verdachte zijn gedraging verrichtte. Verschil is er inderdaad, maar anders dan het hof kennelijk meent, kan uit het HIV-arrest niet worden afgeleid dat het om een relevant verschil gaat (vgl. Ten Voorde, *a.w.*, p. 130). De Hoge Raad overweegt in dat arrest (r.o. 2.4.5): “Dat het intreden van het gevolg mogelijkwijs niet is veroorzaakt door de gedraging van de verdachte komt overeen met het wezen van een strafbare poging.” Met zo'n geval hebben we ook te maken als onzeker is of de baby's levend ter wereld zijn gekomen; ook dan immers is het intreden van het gevolg mogelijkwijs niet veroorzaakt door verdachtes gedraging.

H.D. Wolswijk

## NJ 2019/399

### HOGE RAAD (STRAFKAMER)

14 november 2017, nr. 16/00081

(Mrs. J. de Hullu, Y. Buruma, M.J. Borgers;  
A-G mr. A.E. Harteveld)  
m.nt. J.H. Crijns\*

Art. 126i, 126ij Sv

RvdW 2017/1217

NJB 2017/2234

ECLI:NL:PHR:2017:1238

ECLI:NL:HR:2017:2856

### Inzet van burgerpseudokoper voldeed aan subsidiariteitseis.

*Het doel van de pseudokoop was twee uiterst waardevolle schilderijen die tot het culturele erfgoed van Nederland behoren in ongeschonden staat terug te krijgen. Nu dit doel niet zou worden bereikt met andere opsporingsmiddelen dan de inzet van een burgerpseudokoper, er tussen deze burgerpseudokoper en verdachte en zijn mededader enige vertrouwensband was opgebouwd en het inzetten van een andere pseudokoper onaanvaardbare afbreukrisico's zou opleveren, kon het hof oordelen dat het doel niet kon worden bereikt met de inzet van een opsporingsambtenaar als pseudokoper en dat derhalve is voldaan aan de eis van subsidiariteit.*

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof Den Haag van 23 december 2015, nummer 22/005579-12, in de strafzaak tegen: [verdachte], adv.: mr. W.H. Jebbink, te Amsterdam.

\* Prof. mr. J.H. Crijns is hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden.

### Cassatiemiddel:

Middel I, zie 2.1; (*red.*).

### Conclusie A-G mr. A.E. Harteveld:

1. De verdachte is bij arrest van 23 december 2015 door het gerechtshof Den Haag wegens het onder 1A en B bewezenverklaarde “eendaadse samenloop van medeplegen van opzetheling en medeplegen van witwassen”, het onder 2A en B bewezenverklaarde “eendaadse samenloop van medeplegen van opzettelijk uit de opbrengst van enig door misdrijf verkregen goed voordeel trekken en medeplegen van witwassen”, het onder 3A bewezenverklaarde “medeplegen van poging tot opzettelijk uit de opbrengst van enig door misdrijf verkregen goed voordeel trekken” en het onder 4 bewezenverklaarde “opzettelijk handelen in strijd met het in artikel 2 onder C van de Opiumwet gegeven verbod”, veroordeeld tot een gevangenisstraf van 103 dagen met aftrek en een taakstraf van 240 uren.

2. Er bestaat samenhang met de zaak 16/03508. In deze zaak zal ik vandaag ook concluderen.

3. Het cassatieberoep is ingesteld namens de verdachte. Hiertoe heeft mr. W.H. Jebbink, advocaat te Amsterdam, vijf middelen van cassatie voorgesteld.

4. De onderhavige zaak heeft betrekking op de ontvreemding van twee waardevolle schilderijen van Frans Hals en Jacob van Ruysdael uit het Hofje van Mevrouw van Aerden te Leerdam (hierna: de Leerdamse schilderijen). Blijkens de vaststellingen door het hof heeft zich, voor zover relevant, samengevat het volgende voorgedaan:

4.1. In het kader van het opsporingsonderzoek Egidio is (in het arrondissement Almelo) een overeenkomst met burger A 3390 gesloten ten behoeve van de burgerpseudokoop van zes schilderijen die op 30 september 2009 in Almelo zijn gestolen. De burgerpseudokoper A 3390 trad voor justitie op als ‘verzekeringsman’ om de onderhandelingen te kunnen voeren tussen de verzekeringsmaatschappij en de verdachten die optraden als intermediairs van de dieven van de schilderijen. Op 14 augustus 2011 nam medeverdachte [medeverdachte 1] uit eigen beweging contact op met A 3390 omdat hij ‘iets groots’ had.

4.2. Op 15 augustus 2011 heeft een afspraak tussen A 3390 en [medeverdachte 1] plaatsgevonden. Hierdoor ontstond het vermoeden dat [medeverdachte 1] de beschikking kon krijgen over de twee Leerdamse schilderijen. Hierop is op 16 augustus 2011 besloten het onderzoek over te dragen naar het arrondissement Rotterdam/Dordrecht, alwaar het de codenaam Kopie kreeg.

4.3. Op 17 augustus 2011 is in het kader van dat onderzoek besloten tot een overeenkomst tot burgerpseudokoop met A 3390 met als doel de aankoop van de twee Leerdamse schilderijen. Dat traject is tweemaal verlengd op 14 september 2011 en