

Schriftelijk standpunt

Juridisch kader

OPENBAAR MINISTERIE

Landelijk Parket

Datum 16 september 2021
Zaak MH17

Inhoud

1	Inleiding	4
2	Rechtsmacht	5
3	Bewijsmiddelen	7
3.1	Bewijs uit het buitenland	7
3.2	Bewijs uit open bronnen	8
3.3	Bewijs van inlichtingendiensten	8
3.4	Bedreigde getuigen	9
3.5	Getuigen van wie de identiteit niet blijkt	10
4	Artikel 168 Wetboek van Strafrecht	11
4.1	Verhouding tot verschillende verdragen	11
4.2	Enig luchtvaartuig	13
4.3	Doen verongelukken	14
4.4	Opzet en wederrechtelijkheid	15
4.5	Conclusie	16
5	Artikel 289 Wetboek van Strafrecht	17
5.1	Opzet	17
5.2	Voorbedachte raad	17
5.3	Conclusie	19
6	Functioneel daderschap	20
6.1	Inleiding	20
6.2	Wat is functioneel daderschap?	21
6.3	Tenlastelegging	22
6.4	Kan er sprake zijn van functioneel daderschap van artikelen 168 en 289 Sr?	23
6.5	Toetsingskader	24
6.6	Verhouding tussen de functionele dader en de feitelijke uitvoerder	27
6.7	Verhouding tot de 'reguliere' deelnemingsvormen	28
6.8	Conclusie	29

7	Deelneming	30
7.1	Inleiding	30
7.2	Medeplegen	30
7.2.1	Overzichtsarrest medeplegen	30
7.2.2	Bewuste en nauwe samenwerking	30
7.2.3	Dubbel opzet	35
7.3	Dader door uitlokking	37
7.4	Medeplichtigheid	39
7.5	Samengestelde deelnemingsvormen	41
7.6	Overlap tussen deelnemingsvormen	42
8	Error in objecto/persona	43
8.1	Inleiding	43
8.2	<i>Error in objecto/persona</i> en strafbaarheid van de pleger	43
8.3	<i>Error in objecto/persona</i> en strafbaarheid van de deelnemer	46
8.4	Conclusie	48

1 Inleiding

In dit schriftelijke standpunt worden enkele juridische onderwerpen uiteengezet die naar het oordeel van het Openbaar Ministerie relevant zijn voor de strafzaak Primo. Het Openbaar Ministerie beoogt met dit schriftelijke standpunt een juridisch kader te geven waartegen de ten laste gelegde feiten dienen te worden beoordeeld. Op onderdelen wordt reeds een standpunt ingenomen. In het requisitoir zullen nadere conclusies worden getrokken.

2 Rechtsmacht

Artikel 5 lid 1 Sr luidt:

“De Nederlandse strafwet is toepasselijk op een ieder die zich buiten Nederland schuldig maakt aan een misdrijf tegen een Nederlander, een Nederlandse ambtenaar, een Nederlands voertuig, vaartuig of luchtvaartuig, voor zover op dit feit naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van ten minste acht jaren is gesteld en daarop door de wet van het land waar het begaan is, straf is gesteld.”

Indien, zoals in de zaak *Primo*, sprake is van één gedraging waarmee tegelijkertijd meerdere dodelijke slachtoffers worden gemaakt, moet dat materiële feit in zijn geheel worden aangemerkt als het misdrijf waarover artikel 5 Sr rechtsmacht schept. Die rechtsmacht strekt zich uit over de levensberoving van *alle* slachtoffers, ook die niet de Nederlandse nationaliteit hebben maar wel door dezelfde feitelijke handeling om het leven zijn gebracht.

Een andere lezing van artikel 5 Sr zou er toe kunnen leiden dat de rechter zich onbevoegd acht te oordelen over het doden van de niet-Nederlandse slachtoffers, maar wél een materiële beslissing geeft over een feitencomplex waarbij feitelijk ook niet-Nederlandse slachtoffers zijn gevallen. Indien er vervolgens in een ander land een vervolging plaats zou vinden voor de dood van die niet-Nederlands slachtoffers, zou dat óf leiden tot een dubbele vervolging van de verdachte voor hetzelfde feitencomplex, óf, indien de rechter meent dat op grond van het *ne bis in idem*-beginsel vervolging niet mogelijk is, juist tot gevolg hebben dat de vervolging ter zake van de niet-Nederlandse slachtoffers blijvend wordt uitgesloten. Het *ne bis in idem*-beginsel waarborgt immers dat een verdachte niet opnieuw in rechte wordt betrokken na een eerdere onherroepelijke rechterlijke eindspraak over ‘hetzelfde feit’. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en het EHRM volgt dat de Europese rechter een sterk materiële – zuiver feitelijk en dus vrij van juridische elementen – interpretatie van het *ne bis in idem*-beginsel voorstaat.¹ Zowel een dubbele vervolging voor de verdachte, als een situatie waarbij de vervolging ter zake van de niet-Nederlandse slachtoffers blijvend wordt uitgesloten, is naar huidig recht onaanvaardbaar.

In sommige gevallen, waaronder deze zaak, kan dit probleem worden ondervangen door overname van rechtsmacht van de territoriale staat. Echter, dat zal niet altijd kunnen omdat in veel gevallen de hiervoor vereiste verdragsbasis met het betreffende land niet bestaat, of de betreffende territoriale staat niet bereid is tot overdracht van strafvervolging. De mogelijkheid van overname van strafvervolging kan dus geen argument zijn voor een beperktere lezing van art. 5 Sr, omdat het in lang niet alle gevallen de rechtenschendingen tegenover buitenlandse nabestaanden kan voorkomen die uit die beperktere lezing kunnen voortvloeien.

¹ zie J.W. Ouwerkerk, ‘Het feitsbegrip bij *ne bis in idem* en eendaadse samenloop: tussen nationale uitlegging en internationale verplichtingen’, DD 2012, p.490-507 en Borgers, M.J. (2013). ‘De Hoge Raad en het *ne bis in idem*-beginsel: een onbezonnen koers?’, In: J.W. Fokkens, P.H.P.H.M.C. van Kempen, H.J.B. Sackers, & P.C. Vegter (eds.), *Ad hunc modum* (blz. 23-32). Deventer: Kluwer. Zie ook EHRM 10 februari 2009, ECLI:NL:XX:2009:BI6882, m.nt. Buruma (Zolotukhin t. Rusland) en HvJ EG 9 maart 2006, ECLI:EU:C:2006:165 (Van Esbroeck).

Nederlandse rechtsmacht op grond van art. 5 Sr bestaat dus over het gehele misdrijf ten aanzien van alle slachtoffers, ongeacht hun nationaliteit en ongeacht de vraag of in deze zaak dat misdrijf ten laste wordt gelegd op basis van art. 168 Sr of op basis van de artikelen 287 en 289 Sr. Deze lezing van art. 5 Sr is in lijn met de wijze waarop rechtsmacht op grond van het passief personaliteitsbeginsel internationaal wordt uitgelegd.²

Voor zover deze lezing van art. 5 Sr niet al volgt uit de Nederlandse wet, dwingt het internationaal recht er toe. Art. 2 EVRM brengt voor staten die onderzoek doen naar levensdelicten positieve verplichtingen met zich mee tegenover nabestaanden. Die positieve verplichtingen gelden ook (in zekere mate) tegenover in het buitenland verblijvende nabestaanden van in het buitenland om het leven gekomen buitenlandse slachtoffers.³ Die verplichtingen betreffen onder meer het doen van een effectief en onafhankelijk onderzoek en het openstellen van de mogelijkheid van strafrechtelijke vervolging en bestraffing.⁴ Nabestaanden hebben daarbij recht op informatie en participatie voor zover dat nodig is om hun legitieme belangen te beschermen.⁵ Die internationale verplichtingen zijn onverenigbaar met een lezing van art. 5 Sr waarin alleen rechtsmacht bestaat over het doden van Nederlandse slachtoffers en niet over het gelijktijdig doden van buitenlandse slachtoffers. Immers, het gevolg daarvan zou zijn dat de nabestaanden van de buitenlandse slachtoffers geen positie hebben in het Nederlandse onderzoek en de strafvervolging terwijl het EVRM daar wel toe noopt. Het zou ook betekenen dat de buitenlandse nabestaanden hun recht op informatie en participatie definitief ontnomen kan worden door hun uitsluiting van de Nederlandse strafvervolging: immers, onder meer gelet op het *ne bis in idem* beginsel is een latere buitenlandse strafvervolging apart voor de buitenlandse slachtoffers, niet waarschijnlijk waar het gaat om één geweldshandeling met meerdere dodelijke slachtoffers.

Hoewel het Openbaar Ministerie dus meent dat originele rechtsmacht bestaat over alle feiten op de tenlastelegging is zekerheidshalve strafvervolging overgenomen van Oekraïne.⁶ Voor zover uw rechtbank – anders dan het Openbaar Ministerie – zou concluderen dat voor onderdelen van de tenlastelegging originele rechtsmacht ontbreekt, bestaat over die feiten afgeleide (oftewel subsidiaire) rechtsmacht.

² Zie bijvoorbeeld European Committee on Crime Problems (Raad van Europa), *Extraterritorial criminal jurisdiction*, 1990, p. 12 ("In cases where there are several victims of different nationalities, the fact that one of them possesses the nationality of the State claiming jurisdiction is usually considered sufficient for the exercise of jurisdiction by that state.") en United States District Court, S.D. New York, *United States of America v. Usama Bin Laden, et al*, 109 F.Supp.2d 211, 2000 (veroordeling in de Verenigde Staten van verschillende personen met andere dan Amerikaanse nationaliteit voor meervoudige moord op vele slachtoffers met andere nationaliteiten dan de Amerikaanse in verband met bomaanslagen op Amerikaanse ambassades in Kenia en Tanzania).

³ Zie EHRM 29 januari 2019 (*grand chamber*), *Güzelyurtlu e.a. t. Cyprus en Turkije* (Nr. 36925/07), r.o. 188; EHRM 9 juli 2019, *Romeo Castaño tegen België* (Nr. 8351/17) en HR 18 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2336, r.o. 5.2.

⁴ Zie o.a. EHRM 29 januari 2019 (*grand chamber*), *Güzelyurtlu e.a. t. Cyprus en Turkije* (Nr. 36925/07), r.o. 219 en F. Vellinga-Schootstra en W.H. Vellinga, 'Positive obligations' en het Nederlandse straf(proces)recht (oratie), Deventer: Kluwer, 2008.

⁵ Zie ook EHRM 7 juli 2011 (*grand chamber*), *Al-Skeini e.a. tegen Groot-Brittannië* (Nr. 55721/07), r.o. 167.

⁶ Zie ook *Kamerstukken II* 2017/18, 34 915, nr. 3 p. 4. *Kamerstukken II* 2017/18, 34 916, nr. 3, p. 2 en 4.

3 Bewijsmiddelen

3.1 Bewijs uit het buitenland

Het dossier bevat veel bewijs uit het buitenland, verkregen in het verband van het *Joint Investigation Team* (JIT) in dit onderzoek, of op grond van rechtshulpverzoeken. Voor dergelijk bewijs uit het buitenland geldt als algemeen uitgangspunt het vertrouwensbeginsel. Dat beginsel vormt, in de woorden van Hofstee, de "ruggengraat van het internationale rechtshulpverkeer" en sluit als principieel uitgangspunt in zich dat rechtshulp bedrijvende staten over en weer uitgaan van de deugdelijkheid van de procesvoering en de (bewijs)beslissingen van de autoriteiten van de andere staat.⁷

Een JIT is een praktische vorm van rechtshulp als in verschillende landen tegelijkertijd onderzoeken worden uitgevoerd naar dezelfde strafbare feiten. Een JIT stelt de betrokken landen in staat hun werk te coördineren, gezamenlijk uit te voeren waar dat efficiënt is en zonder onnodige bureaucratie informatie en bewijs uit te wisselen. De beoordeling van bewijs afkomstig uit andere landen is niet wezenlijk anders bij een JIT dan bij andere vormen van rechtshulp. Tenzij er concrete feiten of omstandigheden zijn die op het tegendeel wijzen moet er dus van uit worden gegaan dat rechtshulpverlenende landen op een correcte wijze en met eerbiediging van de mensenrechten en het buitenlands recht hebben gehandeld bij de verkrijging en overdracht van het aangeleverde bewijsmateriaal. Ook informatie en bewijs verkregen in een buitenlandse staat door toepassing van opsporingsbevoegdheden die niet met dezelfde waarborgen als in het Nederlandse recht zijn omringd of door toepassing van opsporingsbevoegdheden die als zodanig niet in Nederland wettelijk zijn geregeld, zijn in beginsel niet van gebruik in een Nederlandse strafzaak uitgesloten.

Nader onderzoek naar de wijze van bewijsverkrijging in het buitenland komt in beginsel pas aan de orde indien er sprake is van sterke aanwijzingen dat de vreemde staat bij de uitoefening van haar bevoegdheden heeft gehandeld in strijd met de wezenlijke normen van de Nederlandse rechtsorde, waaronder de verdragsrechtelijk gegarandeerde mensenrechten.⁸ De rechtbank Amsterdam heeft in een uitspraak aangegeven dat op dit punt het vertrouwensbeginsel pas zou moeten wijken indien gebleken is dat het gaat om een wijze van informatievergaring in het buitenland "*that shocks the judicial conscience*".⁹

Eerder heeft het Openbaar Ministerie al aangegeven dat er behoedzamer is omgegaan met bewijsmateriaal dat afkomstig is uit Oekraïne dan gebruikelijk in het internationale rechtshulpverkeer.¹⁰

⁷ PHR 29 mei 2012 (CAG Hofstee), ECLI:NL:PHR:2012:BW6798, pt. 11-16.

⁸ Zie o.a. Rechtbank Rotterdam 22 mei 2006 (10/601072-05), HR 21 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3426.

⁹ Rechtbank Amsterdam 7 juni 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX7135. Zie ook Hof Amsterdam 12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW8380.

¹⁰ Spreektekst zitting 10 maart 2020, voortgang proces, par 2.1.2 (validatie).

3.2 Bewijs uit open bronnen

In het kader van dit onderzoek is veel nagezocht op internet en in andere open bronnen. Daar waar relevant voor deze zaak, in welke vorm dan ook, zijn die stukken, veelal dus prints van internet, aan het procesdossier toegevoegd. Deze stukken zijn geschriften in de zin van artikel 344 lid 1 sub 5 Sv.¹¹ Ten aanzien van dergelijke geschriften stelt de wet niet de eis dat wat in die geschriften is verwoord, feiten en omstandigheden moeten betreffen die door de opsteller van het geschrift zelf zijn waargenomen of ondervonden.¹² De wet stelt wel de eis dat dergelijke geschriften alleen als bewijsmiddel kunnen gelden in verband met de inhoud van andere bewijsmiddelen. Dat betekent dat artikelen, rapporten e.d. die verkregen zijn uit open bronnen en die aan het dossier zijn toegevoegd in beginsel gebruikt kunnen worden als bewijsmiddel. In het verleden zijn dergelijke stukken ook al meerdere keren als bewijsmiddelen gebruikt in Nederlandse strafzaken.¹³

3.3 Bewijs van inlichtingendiensten

In zijn arrest van 5 september 2006 overweegt de Hoge Raad:

“4.6. (...) Geen rechtsregel verzet zich derhalve tegen het gebruik van door een inlichtingen- en veiligheidsdienst verstrekte inlichtingen als startinformatie voor het instellen van een strafrechtelijk onderzoek. Evenmin verzet enige rechtsregel zich tegen het gebruik van door zo een dienst vergaard materiaal tot het bewijs in een strafzaak. Wat betreft zulk gebruik tot het bewijs moet worden aangetekend dat de strafrechter van geval tot geval met de nodige behoedzaamheid zal moeten beoordelen of het materiaal, gelet op de soms beperkte toetsbaarheid, tot het bewijs kan meewerken.”¹⁴

De hier bedoelde behoedzaamheid zal vooral tot uiting kunnen komen door een kritische inhoudelijke toetsing van het betreffende materiaal, aan de hand van de andere in het dossier aanwezige informatie.

Het Openbaar Ministerie ziet overigens geen noodzaak of meerwaarde voor bewijsgebruik van de in het dossier aanwezige ambtsberichten van de AIVD en MIVD of de informatie van de Verenigde Staten over de afvuurlocatie van de raket. Voor het bewijs van die afvuurlocatie zijn immers meerdere andere en 'hardere' bewijsbronnen voorhanden.

¹¹ HR 10 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC1737, *NJ* 1986, 495 mbt tot het gebruik van krantenberichten als bewijsmiddel (“de opvatting dat journalistieke producten niet onder geschriften in de zin van art. 344 eerste lid onder 5 Sv begrepen kunnen worden vindt geen steun in het recht.”).

¹² HR 21 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8815.

¹³ Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Den Haag 30 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1082, o.a. r.o. 11.3.2.2.1.3.

¹⁴ HR 5 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV4149 (Eik).

3.4 Bedreigde getuigen

In deze strafzaak is aan meerdere getuigen de status van anoniem bedreigde getuige verleend. De wetgever heeft de beoordeling van de vraag of een getuige kan en moet worden aangemerkt als een anonieme bedreigde getuige (ex artikel 226a lid 1 Sv) opgedragen aan de rechter-commissaris. De Memorie van Toelichting vermeldt onder meer:

“Als eenmaal door de bevoegde rechter is beslist dat de identiteit van die getuige verborgen gehouden moet worden, dient deze vraag tijdens het verdere verloop van de procedure buiten beschouwing te blijven.”¹⁵

De Hoge Raad stelde in zijn arrest van 30 juni 1998 dan ook voorop:

“(…) dat de wetgever de beantwoording van de vraag of een getuige terecht als een bedreigde getuige in de zin van art. 226a Sv is aangemerkt, heeft willen onttrekken aan het oordeel van de zittingsrechter.”¹⁶

Wel achtte de Hoge Raad het in dat arrest denkbaar dat:

“(…) aan de wijze van totstandkoming of aan de inhoud van een door de rechter ingevolge art. 226a en/of 226b Sv ten aanzien van een getuige gegeven bevel dat ter gelegenheid van het verhoor van die getuige diens identiteit verborgen wordt gehouden, zodanige fundamentele gebreken kleven dat gebruikmaking door de zittingsrechter van de resultaten van het nadien op de voet van art. 226d Sv afgenomen verhoor van deze getuige, zou indruisen tegen het recht van de verdachte op een eerlijk proces zoals gewaarborgd in de in het middel bedoelde verdragsbepalingen [lees: art.6 EVRM - OM].”¹⁷

De Hoge Raad heeft deze overwegingen letterlijk herhaald in onder meer arresten van 10 september 2002,¹⁸ 28 maart 2006¹⁹ en 24 april 2018.²⁰ Zij vormen vaste rechtspraak. Volgens Keulen moet bij de genoemde 'fundamentele gebreken' vooral gedacht worden aan een situatie waarin informatie boven water komt waaruit blijkt dat de getuige eigenlijk niets te vrezen had.²¹ Er is dus een duidelijke bevoegdheidsverdeling tussen de RC die de status heeft verleend en de raadkamer die eventueel heeft opgetreden als appelrechter in de 226a Sv procedure enerzijds en de zittingsrechter anderzijds: de statusverlening aan de bedreigde getuigen en de procedure die daaraan is voorafgegaan zijn beoordeeld door de RC en eventueel de raadkamer en staan niet meer ter beoordeling van de zittingsrechter. De vraag in hoeverre de na die statusbeschikking

¹⁵ *Kamerstukken II* 1991/92, 22 483, nr. 3, blz.18 (aangehaald in HR 30 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1214, *NJ* 1999, 88).

¹⁶ HR 30 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1214, *NJ* 1999,88, r.o. 6.3.4.

¹⁷ *Idem*, r.o. 6.3.5.

¹⁸ HR 10 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF0556, r.o. 4.2.

¹⁹ HR 28 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5471, r.o. 4.8.1.

²⁰ HR 24 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:666, r.o. 2.4.

²¹ PHR 28 november 2017 (CAG Keulen), ECLI:NL:PHR:2017:1613, randnummer 22.

afgenomen verhoren van 226a Sv getuigen gebruikt kunnen worden voor het bewijs is wel onderworpen aan het oordeel van de zittingsrechter. Daarbij komt betekenis toe aan de vragen of voldoende compensatie van het ondervragingsrecht is geboden en of het gebruik voor het bewijs van de afgelegde getuigenverklaringen verenigbaar is met artikel 6 EVRM.

Het sluitstuk van de wettelijke waarborgen ten aanzien van de bedreigde getuige vormt de motiveringsplicht van de zittingsrechter uit artikel 360 lid 1 Sv: de rechter moet bij vonnis of arrest uitleggen waarom hij de verklaring van de bedreigde getuige betrouwbaar acht. Daarbij zal in ieder geval voldaan moeten zijn aan de in artikel 344a lid 2 Sv geformuleerde voorwaarden voor het gebruik.

3.5 Getuigen van wie de identiteit niet blijkt

Artikel 344a lid 3 Sv formuleert voorwaarden voor het gebruik van een schriftelijk bescheid houdende de verklaring van 'een persoon wiens identiteit niet blijkt'.²² Een dergelijke verklaring mag alleen meewerken voor het bewijs indien de bewezenverklaring in belangrijke mate steun vindt in andersoortig bewijsmateriaal en door de verdediging niet op enig moment in het geding is gevraagd om deze getuige te (doen) ondervragen.

Van een verklaring van een getuige 'wiens identiteit niet blijkt' is bijvoorbeeld sprake bij een toevallige passant die een verklaring aflegt, maar weigert zijn identiteit prijs te geven,²³ of een persoon die telefonisch informatie verstrekt maar anoniem wenst te blijven.²⁴ Ook een anonieme brievenschrijver valt onder de reikwijdte van deze bepaling. De gemene deler is dat deze getuigen vanwege het gebrek aan individualiseerbaarheid niet meer te traceren zijn en om die reden niet meer door de rechter-commissaris of zittingsrechter gehoord kunnen worden.

Indien van een getuige de persoonsgegevens niet (volledig) zijn vermeld in het proces-verbaal waarin zijn verklaring is opgenomen, maar wel vaststaat dat hij zodanig kan worden geïndividualiseerd dat de verdediging zijn verhoor als getuige door de rechter-commissaris of ter zitting kan verzoeken, is geen sprake van 'een persoon wiens identiteit niet blijkt'.²⁵ Waar het om gaat is dat de persoon die een verklaring heeft afgelegd, kan worden achterhaald.

Om die reden is bijvoorbeeld de verklaring van de getuige S21 niet aan te merken als schriftelijk bescheid in de zin van artikel 344a, derde lid, Sv. Weliswaar is de naam van S21 niet bekend, maar hij is wel individualiseerbaar, zodat de verdediging om zijn verhoor als getuige kon verzoeken.

²² Zie voor een helder overzicht: E.T. Luining, 'De beperkt anonieme getuige: een puzzel', *Strafblad* 2018/8.

²³ HR 2 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9774, *NJ* 2011, 451.

²⁴ Bv. HR 17 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1271, *NJ* 2002, 107.

²⁵ HR 12 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6608, *NJ* 2009, 239 en HR 18 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3300, *NJ* 2013, 370.

4 Artikel 168 Wetboek van Strafrecht

Artikel 168 Sr luidde op 17 juli 2014 aldus:

“Hij die enig vaartuig, voertuig of luchtvaartuig opzettelijk en wederrechtelijk doet zinken, stranden of verongelukken, vernielt, onbruikbaar maakt of beschadigt, wordt gestraft:
1°. met gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie, indien daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is;
2°. met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste dertig jaren of geldboete van de vijfde categorie, indien daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is en het feit iemands dood ten gevolge heeft.”

Het artikel is sindsdien niet gewijzigd.²⁶

Artikel 168 Sr was aanvankelijk alleen van toepassing op vaartuigen. Later zijn daar luchtvaartuigen en voertuigen aan toegevoegd.

4.1 Verhouding tot verschillende verdragen

Uit het Besluit internationale verplichtingen extraterritoriale rechtsmacht²⁷ blijkt dat artikel 168 Sr thans wordt beschouwd als implementatie van verplichtingen tot strafbaarstelling uit verschillende verdragen en een Europese richtlijn:

- het op 16 december 1970 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag tot bestrijding van het wederrechtelijk in zijn macht brengen van luchtvaartuigen (Trb. 1971, 50);²⁸
- het op 23 september 1971 te Montreal tot stand gekomen Verdrag tot bestrijding van wederrechtelijke gedragingen gericht tegen de veiligheid van de burgerluchtvaart (Trb. 1971, 218);²⁹
- het Verdrag inzake strafbare feiten en bepaalde andere handelingen begaan aan boord van luchtvaartuigen (Trb. 1964, 115), zoals gewijzigd door het op 4 april 2014 te Montreal tot stand gekomen Protocol tot wijziging van het Verdrag inzake strafbare feiten en bepaalde andere handelingen begaan aan boord van luchtvaartuigen (Trb. 2019, 140 en Trb. 2020, 3);³⁰
- het op 10 september 2010 te Beijing tot stand gekomen Verdrag tot bestrijding van wederrechtelijke gedragingen betreffende de burgerluchtvaart (Trb. 2013, 134);³¹

²⁶ De laatste wijziging dateert van 1 februari 2006; *Stb.* 2006, 11.

²⁷ Besluit van 28 januari 2014, inwerkingtreding 1 juli 2014.

²⁸ Zie artikel 2, eerste lid, onder a sub 1 Besluit internationale verplichtingen extraterritoriale rechtsmacht en de bijlage bij dat besluit waarin per artikel de corresponderende verdragen worden vermeld.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ Zie artikel 2, eerste lid, onder a sub 6 Besluit internationale verplichtingen extraterritoriale rechtsmacht.

- het op 10 september 2010 te Beijing tot stand gekomen Aanvullend Protocol bij het Verdrag tot bestrijding van het wederrechtelijk in zijn macht brengen van luchtvaartuigen (Trb. 2013, 133);³²
- het op 10 maart 1988 te Rome tot stand gekomen Verdrag tot bestrijding van wederrechtelijke gedragingen gericht tegen de veiligheid van de zeevaart (Trb. 1989, 17);³³
- het op 14 oktober 2005 te Londen tot stand gekomen Protocol van 2005 bij het Verdrag tot bestrijding van wederrechtelijke gedragingen gericht tegen de veiligheid van de zeevaart (Trb. 2006, 223);³⁴
- het op 15 december 1997 te New York tot stand gekomen Verdrag inzake de bestrijding van terroristische bomaanslagen (Trb. 1999, 161);³⁵
- de richtlijn 2017/541 van het Europees Parlement en de Raad inzake terrorismebestrijding en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/475/JBZ van de Raad en tot wijziging van Besluit 2005/671/JBZ van de Raad (PbEU L 88/6).³⁶

Opgemerkt zij dat laatstgenoemde richtlijn 2017/541 op 17 juli 2014 nog niet in werking was getreden en artikel 168 Sr nog werd beschouwd als implementatie van verplichtingen tot strafbaarstelling uit Kaderbesluit 2002/475/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding.³⁷

Het is van belang op te merken dat artikel 168 Sr wel wordt beschouwd als implementatie van internationale verplichtingen tot strafbaarstelling maar dat de in deze strafzaak relevante bestanddelen van het artikel niet zijn ingevoerd naar aanleiding van een daaraan voorafgegaan verdrag. Bij wet van 31 maart 1971, Stb. 166, is het 'luchtvaartuig' als beschermd rechtsgoed toegevoegd en het 'doen verongelukken' als middel waarmee dat rechtsgoed wordt geschonden. Het wetsontwerp dat voorafging aan die wet werd op 18 maart 1970 aan de kamer aangeboden.³⁸ In essentie liep de regering daarmee vooruit op de anti-kaping conferentie die van 1 tot en met 16 december 1970 in Den Haag zou plaatsvinden. Het wetgevingsproces van de Nederlandse strafbaarstelling van het doen verongelukken van een luchtvaartuig in artikel 168 Sr werd dus ingezet vóór de totstandkoming van de luchtvaartverdragen van 1970 en 1971. Voorts is van belang dat alle genoemde verdragen en ook de richtlijn, *minimumeisen* formuleren waaraan nationale strafbepalingen moeten voldoen, maar niet tot doel hebben nationale strafwetgeving te *harmoniseren*. Daarom bevatten al deze verdragen en de richtlijn bepalingen

³² Ibid.

³³ Zie artikel 2, eerste lid, onder b sub 1 Besluit internationale verplichtingen extraterritoriale rechtsmacht en de bijlage bij dat besluit.

³⁴ Ibid.

³⁵ Zie artikel 2, eerste lid, onder e Besluit internationale verplichtingen extraterritoriale rechtsmacht en de bijlage bij dat besluit.

³⁶ Zie artikel 4, eerste lid, onder c en tweede lid Besluit internationale verplichtingen extraterritoriale rechtsmacht en de bijlage bij dat besluit jo. artikel 83 Sr.

³⁷ Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 463, nr. 3, p. 6, 13 en 16.

³⁸ *Kamerstukken II* en *I*, 1969/70 en 1970/71, 10 594.

waarin tot uitdrukking wordt gebracht dat zij niet beogen verdergaand nationaal recht te beperken.³⁹

In het Nederlandse wetgevingsproces is, naar aanleiding van verschillende luchtvaartverdragen, deze verhouding tussen die verdragen en de Nederlandse wet aan de orde gekomen en heeft de regering expliciet tot uitdrukking gebracht in de Nederlandse wet ruimere strafbepalingen voor te staan dan in de verschillende verdragen wordt voorgeschreven.⁴⁰

De *conclusie* is dat artikel 168 Sr verschillende strafbaarstellingen bevat waar het internationaal recht toe verplicht, maar dat het artikel bewust een ruimer bereik heeft dan de minimumeisen die in de verschillende verdragen zijn geformuleerd.

4.2 Enig luchtvaartuig

Artikel 168 Sr is toepasselijk op 'enig luchtvaartuig'⁴¹ en maakt geen onderscheid tussen militaire vliegtuigen en burgerluchtvaart. Ook bij andere strafbaarstellingen gericht op de luchtvaart, zoals de artikelen 162a, 385a en 385b Sr, is dat het geval. In de wetsgeschiedenis zijn daarover de volgende passages te vinden:

"Beide verdragen ('s-Gravenhage: artikel 3, lid 2, Montreal: artikel 4, lid 1) verklaren, in navolging van oudere luchtvaartverdragen (Chicago en Tokio) dat ze niet van toepassing zijn op luchtvaartuigen gebruikt door de strijdkrachten, de douane of de politie. Dit betekent niet dat een verdragsstaat het kapen van een militair, douane- of politievliegtuig,

³⁹ Zie o.a. het op 23 september 1971 in Montreal tot stand gekomen Verdrag tot bestrijding van wederrechtelijke gedragingen gericht tegen de veiligheid van de burgerluchtvaart (*Trb.* 1971, 218) artikel 5 lid 3; het op 16 december 1970 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag tot bestrijding van het wederrechtelijk in zijn macht brengen van luchtvaartuigen (*Trb.* 1971, 50) artikel 4 lid 3; het Verdrag inzake strafbare feiten en bepaalde andere handelingen begaan aan boord van luchtvaartuigen (*Trb.* 1964, 115), zoals gewijzigd door het op 4 april 2014 te Montreal tot stand gekomen Protocol tot wijziging van het Verdrag inzake strafbare feiten en bepaalde andere handelingen begaan aan boord van luchtvaartuigen (*Trb.* 2019, 140 en *Trb.* 2020, 3) artikel 3 lid 3; het op 10 maart 1988 te Rome tot stand gekomen Verdrag tot bestrijding van wederrechtelijke gedragingen gericht tegen de veiligheid van de zeevaart (*Trb.* 1989, 17) artikel 6 lid 5; het op 15 december 1997 te New York tot stand gekomen Verdrag inzake de bestrijding van terroristische bomaanslagen (*Trb.* 1999, 161) artikel 6 lid 5; artikelen 1 en 19 lid 6 richtlijn 2017/541.

⁴⁰ Zie *Kamerstukken II* 1971/72, 11 866, nr. 3, p. 3 ("Het vernielen of beschadigen van een luchtvaartuig valt thans onder artikel 168 van het Wetboek van Strafrecht, dat, ook waar het luchtvaartuigen betreft, ruimer is dan het verdrag, dat zich slechts richt tegen vernieling en beschadiging van luchtvaartuigen in bedrijf en niet tegen elke vernieling en beschadiging. De nationale wetgever mag echter verder gaan dan het verdrag.") en p. 5, en *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 229, nr. 3, p. 2. De laatste twee passages komen hieronder nog nader aan de orde bij de bespreking van het begrip 'enig luchtvaartuig'.

⁴¹ Een luchtvaartuig is volgens artikel 1 onderdeel b luchtvaartwet jo artikel 1.1 lid 1 Wet luchtvaart een toestel, dat in de dampkring kan worden gehouden ten gevolge van krachten die de lucht daarop uitoefent, met inbegrip of met uitzondering van bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen toestellen. Er zijn derhalve meer luchtvaartuigen dan alleen vliegtuigen.

of het verrichten van sabotage daarop, niet strafbaar zou mogen stellen, maar alleen dat de verdragen geen volkenrechtelijke grondslag geven voor uitbreiding van de normale werking van de nationale strafwet op dergelijke feiten.”⁴²

en

“In navolging van de wet van 10 mei 1973, Stb. 228, waarin de uitvoeringsbepalingen zijn neergelegd ten aanzien van het Verdrag van 's-Gravenhage en het Verdrag van Montreal, zijn de voorgestelde nieuwe strafbepalingen niet beperkt tot de internationale burgerluchtvaart. Hiermee wordt dus aangesloten bij de systematiek van soortgelijke strafbepalingen, waar een dergelijke beperking evenmin is opgenomen. Zo valt ook een aanslag op een militaire luchthaven in Nederland onder de nieuwe strafbepalingen. Er is immers geen aanleiding om in de nationale wetgeving een onderscheid te maken tussen de militaire en de civiele luchtvaart.”⁴³

Waar in het Wetboek van Strafrecht wordt gesproken van ‘enig’ of ‘een’ ‘luchtvaartuig’ of van ‘luchtverkeer’, valt daar dus ieder soort luchtvaartuig onder – ongeacht of het een militair toestel of een burgertoestel betreft.⁴⁴

4.3 Doen verongelukken

Het begrip “doen verongelukken” betekent, naar normaal taalgebruik, het bewerkstelligen van een ongeluk. Er is geen relatie met het begrip “doen plegen” als bedoeld in artikel 47, eerste lid, onder 1^o, Sr. Net als op andere plaatsen in het wetboek heeft het woord ‘doen’ in art. 168 Sr de betekenis van ‘effectueren, gedaan krijgen of ertoe brengen’.⁴⁵

⁴² *Kamerstukken II* 1971/72, 11 866, nr. 3, p. 5. Zie ook p. 6 (“In het Wetboek van Strafrecht wordt tot dusver wel het begrip Nederlandse schepen gedefinieerd (artikel 86), maar niet het begrip Nederlandse luchtvaartuigen. Aangenomen wordt dat hieronder luchtvaartuigen worden verstaan die in Nederlandse luchtvaartuigregisters zijn ingeschreven. Voorgesteld wordt thans dit in een nieuw artikel 86a in het wetboek vast te leggen. Nederlandse luchtvaartuigregisters zijn de registers bedoeld in artikel 5 van de Luchtvaartwet nl. het register genoemd in de artikelen 3 en volgende van de Regeling Toezicht Luchtvaart, alsmede de militaire luchtvaartuigregisters.” – onderstreping toegevoegd).

⁴³ *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 229, nr. 3, p. 2.

⁴⁴ Zie ook Rechtbank Gelderland 25 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:715 (luchtvaartuig uit artikel 385b Sr, zijnde een vorm van luchtverkeer uit art. 164 Sr, is een Apache gevechtshelicopter); Gerechtshof Arnhem 1 juni 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW7255 (luchtvaartuig uit artikel 169 Sr is een Apache gevechtshelicopter) – bevestigd in Hoge Raad 28 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:223; Rechtbank Leeuwarden 15 november 2011, ECLI:NL:RBL EE:2011:BU4453 (luchtvaartuig uit artikelen 162a en 385b Sr is een militaire heli copter).

⁴⁵ Vergelijk bijvoorbeeld C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, aantekening 9c op artikel 231 Sr (J.M. Verheul).

4.4 Opzet en wederrechtelijkheid

In de memorie van toelichting (1879) bij de invoering van het Wetboek van Strafrecht werd over titel VII, gevaarzettingsdelicten, waar ook artikel 168 Sr in werd opgenomen, het volgende vermeld:

“zoodra de handelingen waarvan de wet gevaar voor de algemeene veiligheid voorziet, zijn verrigt, is het misdrijf voltooid. Het opzet behoeft slechts gerigt te zijn op de in de wet omschreven handelingen, afgescheiden van het gemeen gevaar en van de gevolgen voor bepaalde personen”.⁴⁶

Artikel 168 sr vereist dus alleen opzet bij de dader op de in de aanhef omschreven gedraging, in dit geval het ‘doen verongelukken’. De dader hoeft derhalve geen opzet te hebben op de wederrechtelijkheid van de gedraging.⁴⁷ Dat volgt uit de algemene regel dat opzet betrekking heeft op alle bestanddelen die ná het opzetvereiste in de delictomschrijving zijn opgenomen,⁴⁸ tenzij zij zijn nevensgeschikt.⁴⁹ Door het gebruik van het voegwoord ‘en’ tussen opzettelijk en wederrechtelijk in artikel 168 Sr is dit laatste bestanddeel aan het schuldverband onttrokken. De wederrechtelijkheid zal conform vaste jurisprudentie van de Hoge Raad ruim opgevat moeten worden als ‘in strijd met het recht’ of ‘strijdig met het objectieve recht’.⁵⁰ Het opzet van de dader behoeft evenmin te zijn gericht op het in onderdeel 1° en 2° opgenomen constitutieve gevolg (levensgevaar voor een ander), of op het in onderdeel 2° opgenomen strafverzwarende gevolg (de dood ten gevolge).⁵¹ Voor het bewijs van levensgevaar uit onderdeel

⁴⁶ H.J. Smidt (1891), *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, Haarlem, H.D. Tjeenk Willink, tweede deel, p.116. Vergelijk HR 5 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4230, m.nt. F.W. Bleichrodt, NJ 2012, 670, r.o. 5.2.

⁴⁷ C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, aantekening 10a bij artikel 168 Sr (A. de Lange): “De (aan het schuldverband onttrokken) wederrechtelijkheid is ingevoegd omdat er situaties konden zijn waarbij het doen stranden van schepen geschiedde om erger te voorkomen en derhalve niet strafbaar was (Smidt II, p. 154-155).” T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rummelink (voortgezet door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer, aantekening 5 op artikel 168 Sr (bijgewerkt tot en met 1 maart 2006 door J.W. Fokkens) en M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a. (red.), *Sdu Commentaar Strafrecht*, aantekening C.4.4 op artikel 168 Sr (bijgewerkt tot 22 maart 2015 door M. van Delft).

⁴⁸ Zie J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par IV.2.3.1.

⁴⁹ Zie J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par IV.2.3.2: “Samenvattend is dus de hoofdregel dat er geen opzet op het overtreden van de wet behoeft te worden bewezen. Op deze hoofdregel van het kleurloze opzet bestaan twee uitzonderingen. De belangrijkste daarvan is een delictomschrijving waarin de formulering ‘opzettelijk ... wederrechtelijk’ wordt gebezigd zonder dat beide bestanddelen zijn verbonden door het voegwoord ‘en’”.

⁵⁰ C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, aantekening 10a bij artikel 168 Sr (A. de Lange) en M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a. (red.), *Sdu Commentaar Strafrecht*, aantekening C.4,4 op artikel 168 Sr (bijgewerkt tot 22 maart 2015 door M. van Delft).

⁵¹ Zie C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht, Tekst en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2020, aantekening 9 (De Lange) “Het opzet behoeft evenmin gericht te zijn op de bijkomende voorwaarde voor strafbaarheid

1° en 2° is dus niet van belang of de dader het gevaar zelf daadwerkelijk heeft voorzien, maar alleen of dit naar algemene ervaringsregels voorzienbaar is geweest.⁵²

Volgens Fokkens beheerst het opzet blijkens de woordvoeging alleen het doen zinken enz., maar behoeft de dader niet de wetenschap te hebben gehad dat het voorwerp van zijn handeling een vaartuig, voertuig of luchtvaartuig was.⁵³ Ook De Lange wijst er op dat de dader geen wetenschap hoeft te hebben omtrent de bestemming van het voorwerp dat hij doet zinken enz.⁵⁴

4.5 Conclusie

Artikel 168 Sr stelt (onder meer) strafbaar het opzettelijk doen verongelukken van enig luchtvaartuig, hetgeen in gewoon Nederlands betekent het opzettelijk bewerkstelligen van een vliegtuigongeluk. Artikel 168 Sr ziet zowel op militaire vliegtuigen als op burgertoestellen. De manier waarop het vliegtuigongeluk wordt bewerkstelligd is niet relevant. Het doen verongelukken moet wederrechtelijk zijn, hetgeen betekent: in strijd met het recht. De strafbaarstelling vereist opzet op de handeling van het doen verongelukken, maar niet op de wederrechtelijkheid van de gedraging, het te duchten levensgevaar of het strafverzwarende gevolg, te weten de dood van de inzittende(n). Ook de aard of identiteit van het voorwerp van de handeling valt niet onder het bereik van het opzetvereiste. Hierop zal in het hoofdstuk over 'error in objecto' nog nader worden gegaan.

of het kwalificerende gevolg". M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a. (red.), *Sdu Commentaar Strafrecht*, aantekening C.2 op artikel 168 Sr (bijgewerkt op 22 maart 2015 door M. van Delft).

⁵² HR 17 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG1653.

⁵³ T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rummelink (voortgezet door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer, aantekening 4 op artikel 168 Sr (bijgewerkt tot en met 1 maart 2006 door J.W. Fokkens).

⁵⁴ C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, aantekening 10a bij artikel 168 Sr (A. de Lange)

5 Artikel 289 Wetboek van Strafrecht

Doodslag is opzettelijke levensberoving. Moord is doodslag met voorbedachte raad begaan. Een tenlastelegging van moord houdt impliciet subsidiair tevens een tenlastelegging van doodslag in.⁵⁵

5.1 Opzet

Zowel moord als doodslag kan samengaan met alle vormen van opzet, dus ook met voorwaardelijk opzet.⁵⁶ Sommige gedragingen kunnen naar hun uiterlijke gedragingsvorm worden aangemerkt als zozeer gericht op de dood van een slachtoffer dat het, behoudens contra-indicaties, niet anders kan zijn dan dat de verdachte die dood heeft beoogd of ten minste de aanmerkelijke kans op dat gevolg heeft aanvaard, hetgeen voorwaardelijk opzet oplevert.⁵⁷

5.2 Voorbedachte raad

Voor een bewezenverklaring van het bestanddeel 'voorbedachte raad' moet komen vast te staan dat de verdachte zich gedurende enige tijd heeft kunnen beraden op het te nemen of het genomen besluit en hij niet heeft gehandeld in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling, zodat hij de gelegenheid heeft gehad na te denken over de betekenis en de gevolgen van zijn voorgenomen daad en zich daarvan rekenschap te geven.

Bij de vraag of sprake is van voorbedachte raad gaat het bij uitstek om een weging en waardering van de omstandigheden van het concrete geval door de rechter, waarbij deze het gewicht moet bepalen van de aanwijzingen die voor of tegen het bewezen verklaren van voorbedachte raad pleiten. De vaststelling dat de verdachte voldoende tijd had om zich te beraden op het te nemen besluit vormt weliswaar een belangrijke objectieve aanwijzing dat met voorbedachte raad is gehandeld, maar behoeft de rechter niet ervan te weerhouden aan contra-indicaties een zwaarder gewicht toe te kennen.

Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de omstandigheid dat de besluitvorming en uitvoering in plotselinge hevige drift plaatsvinden, dat slechts sprake is van een korte tijdsperiode tussen besluit en uitvoering of dat de gelegenheid tot beraad eerst tijdens de uitvoering van het besluit ontstaat. Zo kunnen bepaalde omstandigheden (of een samenstel daarvan) de rechter uiteindelijk tot het oordeel brengen dat de verdachte in het gegeven geval niet met voorbedachte raad heeft gehandeld.

⁵⁵ HR 19 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1600, *NJ* 2000, 109 m.nt. De Hullu.

⁵⁶ H.A. Demeersseman, *Met voorbedachte rade*, Arnhem: Gouda Quint 1989; T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rimmeling (voortgezet door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer, aantekening 4 bij artikel 289 Sr (bijgewerkt tot en met 26 mei 2015 door A.J. Machielse) en HR 14 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2852.

⁵⁷ HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003, 552.

Mede met het oog op het strafverzwarende gevolg dat dit bestanddeel heeft, moeten aan de vaststelling dat de voor voorbedachte raad vereiste gelegenheid heeft bestaan, bepaaldelijk eisen worden gesteld en dient de rechter, in het bijzonder indien de voorbedachte raad niet rechtstreeks uit de bewijsmiddelen volgt, daaraan in zijn motivering van de bewezenverklaring nadere aandacht te geven.

Ingeval vaststaat dat de verdachte de gelegenheid heeft gehad na te denken over de betekenis en de gevolgen van zijn voorgenomen daad en zich daarvan rekenschap te geven, is het redelijk aan te nemen dat de verdachte gebruik heeft gemaakt van die gelegenheid en dus daadwerkelijk heeft nagedacht over de betekenis en de gevolgen van zijn voorgenomen daad en zich daarvan rekenschap heeft gegeven. Dat de verdachte daadwerkelijk heeft nagedacht en zich rekenschap heeft gegeven leent zich immers moeilijk voor strafrechtelijk bewijs, zeker in het geval dat de verklaringen van de verdachte en/of eventuele getuigen geen inzicht geven in hetgeen voor en ten tijde van het begaan van het feit in de verdachte is omgegaan. Of in een dergelijk geval voorbedachte raad bewezen kan worden hangt dan sterk af van de hierboven bedoelde gelegenheid en van de overige feitelijke omstandigheden van het geval zoals de aard van het feit, de omstandigheden waaronder het is begaan en de gedragingen van de verdachte voor en tijdens het begaan van het feit. Daarbij verdient opmerking dat de enkele omstandigheid dat niet is komen vast te staan dat is gehandeld in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling, niet toereikend is om daaraan de gevolgtrekking te verbinden dat sprake is van voorbedachte raad.⁵⁸

De voorbedachte raad hoeft geen betrekking te hebben op de tijd en plaats van het delict.⁵⁹ Evenmin hoeft de voorbedachte raad betrekking te hebben op het beoogde slachtoffer. Toenmalig advocaat-generaal Fokkens merkte daarover op:

“De omstandigheid dat die persoon niet [het slachtoffer] was op wie verzoeker het volgens de bewijsmiddelen had gemunt, neemt de voorbedachte raade niet weg.”⁶⁰

Aan het oordeel dat er sprake is van voorbedachte raad kunnen ook omstandigheden ná het doden bijdragen, bijvoorbeeld indien de verdachte kort na het strafbare feit informeert of het is gelukt. In een liquidatiezaak overwoog het Hof Arnhem-Leeuwarden daaromtrent als volgt:

“Redengevend (en illustratief) voor de voorbedachte raad van [medeverdachte 1] en de verdachte is tevens het telefoongesprek dat de medeverdachte [betrokkene 4] kort na de liquidatie heeft gevoerd met de medeverdachte [medeverdachte 2], waarin [medeverdachte 2] aan [betrokkene 4] heeft gevraagd: "Is het klaar?".⁶¹

⁵⁸ HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BR2342, HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:963, HR 23 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2761, HR 27 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3167 en HR 20 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2907.

⁵⁹ HR 15 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC4108, NJ 1986, 741.

⁶⁰ CAG Fokkens bij HR 8 april 1997, NJ 1997, 443.

⁶¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8949.

Voor een bewezenverklaring van moord (of doodslag) is het vaststellen van een motief niet relevant.⁶²

5.3 Conclusie

Opzet in de zin van de artikelen 289 en 287 Sr beslaat alle vormen van opzet. Bij bewijs van de voorbedachte raad gaat het er in beginsel om of er gelegenheid is geweest om na te denken over de betekenis en gevolgen van de voorgenomen daad en (dus) ook redelijkerwijs kan worden aangenomen dat er van die gelegenheid gebruik is gemaakt. Bij deze beoordeling kunnen omstandigheden worden betrokken die voor, tijdens en ná de moord hebben plaatsgevonden. De voorbedachte raad hoeft geen betrekking te hebben op tijd, plaats en de identiteit van het slachtoffer van de moord. Op dat laatste, de identiteit van het slachtoffer, zal nader in worden gegaan in het stuk over 'error in persona'. Het motief voor het delict van doodslag of moord is voor een bewezenverklaring niet relevant.

⁶² Zie PHR 8 januari 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC3744, randnummer 4.2 en Rb Midden-Nederland 28 oktober 2009, ECLI:NL:RBUT:2009:BK1485.

6 Functioneel daderschap

6.1 Inleiding

Functioneel daderschap wordt niet vaak ten laste gelegd of bewezen verklaard. De afgelopen jaren is er zowel in de literatuur⁶³ als door de Hoge Raad op gewezen dat een ruimer gebruik van functioneel daderschap, met name bij commune delicten, mogelijk en verstandig is. De Hoge Raad overweegt daarover het volgende:

“3.1 De art. 47 tot en met 51 Sr bieden diverse mogelijkheden om iemand, ook als hij niet zelf de gehele delictsomschrijving vervult — al dan niet in zogenoemd functionele vorm — onder specifieke voorwaarden strafrechtelijk aansprakelijk te stellen voor zijn betrokkenheid bij een strafbaar feit.

3.3.1 Het valt overigens op dat het openbaar ministerie bij het tenlasteleggen van commune en andere niet-economische strafbare feiten — in vergelijking met economische delicten — vaker gebruik lijkt te maken van (soms ingewikkelde) deelnemingsconstructies dan van het meer geëigend lijkende functionele daderschap. (Vgl. HR 24 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6581, NJ 2011/481 met betrekking tot de verkoop van hennepplanten door de eigenaar van een growshop).”⁶⁴

In dit onderdeel van het schriftelijke standpunt van het Openbaar Ministerie komen achtereenvolgens de volgende onderwerpen aan de orde:

- wat is functioneel daderschap?;
- de tenlastelegging;
- kunnen de ten laste gelegde delicten functioneel worden gepleegd?;
- het toetsingskader;
- verhouding tussen de functionele dader en de feitelijke uitvoerder;
- verhouding tot de ‘reguliere’ deelnemingsvormen.

Hierna wordt afgesloten met een conclusie.

⁶³ Zie o.a. J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par III.1.4.4; J.M. ten Voorde, ‘Van containers en growshops. Over functioneel daderschap als alternatief voor medeplegen’, *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht en handhaving* 3(1) p. 3-11; B.F. Keulen e.a., *Daderschap en deelneming doorgelicht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2010, p. 109-110; H. van der Wilt, *Het kwaad in functie*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2005, p. 20-25.

⁶⁴ Zie HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, r.o. 3.1.

6.2 Wat is functioneel daderschap?

De kern van functioneel daderschap is dat iemand die niet zelf in fysieke zin de delictsgedraging heeft verricht, niettemin strafbaar is omdat hij voor de gedraging *verantwoordelijk* is.⁶⁵ Hij wordt geacht het delict zelf te hebben gepleegd. Zo past het volgens De Hullu niet meer bij onze manier van redeneren om alleen de timmerman als bouwer van een in strijd met de regels gebouwd huis te kunnen aanduiden en de aannemer slechts als doen pleger of uitlokker. Het past beter om hen allebei als bouwer te betitelen en misschien de aannemer nog wel in de eerste plaats.⁶⁶ Keijzer spreekt van middellijk plegen of handelen door middel van anderen.⁶⁷

De aanzet voor het functioneel daderschap in de Nederlandse jurisprudentie wordt wel gevonden in het Boter-arrest uit 1887, waarin de Hoge Raad kort en krachtig oordeelde dat *'hetgeen iemand door een ander laat doen, hij moet geacht worden dat zelf te hebben gedaan'*.⁶⁸

Postma schrijft:

“De nadruk ligt tegenwoordig op de verantwoordelijke voor de verwezenlijking van de feitelijke delictshandeling. Doorslaggevend daarvoor is niet (langer) uitsluitend de vraag wie die handeling feitelijk heeft verricht. Die gedachte ligt aan de basis van functioneel daderschap.”⁶⁹

Functioneel daderschap is geen deelnemingsvorm, maar een wijze van interpretatie van de delictsgedraging. De vraag is of de ten laste gelegde gedraging zodanig aan de verdachte kan worden toegerekend,⁷⁰ dat gezegd kan worden dat die gedraging door hemzelf is gepleegd.

Hornman stelt:

“De vraag die bij functioneel daderschap voorligt is of het door tussenkomst van een ander verrichten van de delictsgedraging als het zelf vervullen van de delictsommschrijving, oftewel als plegen, kan worden aangemerkt. (...) Primair gaat het hier om een kwestie van delictinterpretatie: kan het bewerkstelligen dat een ander de delictsgedraging in fysieke zin verricht worden aangemerkt als het zelf (functioneel) verrichten van die gedraging? Is dat laatste het geval, dan is de functionele dader op gelijke voet aansprakelijk als degene die de gedragingen fysiek zou verrichten en is hij of zij dus 'gewoon' pleger. Zo bezien is functioneel daderschap geen afzonderlijke aansprakelijkheidsfiguur of daderschapsvorm,

⁶⁵ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par III.1.4.1.

⁶⁶ Ibid. Ook een architect kan 'bouwen', zie rechtbank Middelburg 6 maart 1964, NJ 1965, 317.

⁶⁷ Zie noot Keijzer onder HR 24 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6581, NJ 2011, 481, in het bijzonder pt. 4 en 5.

⁶⁸ HR 31 oktober 1887, W 5492. Zie ook A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 34.

⁶⁹ A. Postma, *Opzet en toerekening bij medeplegen. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, diss. Groningen, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 20.

⁷⁰ Ook de Hoge Raad spreekt in dit verband over 'toerekenen'. Zie HR 8 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3487, NJ 2016, 23.

maar een specifieke verschijningsvorm van het reguliere plegerschap die in de delictsomschrijving zelf besloten ligt.”⁷¹

Van Woensel stelt:

“Het functionele daderschap behelst in feite een toerekeningsconstructie: aan de verdachte wordt de feitelijke handeling van een ander toegerekend en via de functionele interpretatie resulteert die toerekening in daderschap.”⁷²

Uit verschillende arresten van de Hoge Raad blijkt dat niet alleen plegen maar ook medeplegen, uitlokken en medeplichtigheid functioneel geïnterpreteerd kunnen worden.⁷³ Een functioneel pleger is iemand die een misdrijf door een ander laat uitvoeren. Als hij dat doet in nauwe en bewuste samenwerking met anderen en het misdrijf laat uitvoeren door een of meer derden kan hij ook als functioneel medepleger worden aangemerkt.

6.3 Tenlastelegging

In dit strafproces is onder feit 1 primair ten laste gelegd dat de vier verdachten als functioneel pleger dan wel functioneel medepleger een vliegtuig hebben doen verongelukken door het afvuren van een Buk-raket. Onder feit 2 primair is opgenomen dat zij in die hoedanigheid de inzittenden van een vliegtuig (te weten vlucht MH17) met voorbedachte raad van het leven hebben beroofd door met een Buk-TELAR een Buk-raket op dat vliegtuig af te vuren.

Bij functionele interpretatie van deze feiten is het de vraag of deze verdachten, al dan niet in nauwe en bewuste samenwerking, een zodanige bijdrage hebben geleverd aan de ten laste gelegde misdrijven dat die aan hen kunnen worden toegerekend.

De vraag of er (ook) sprake was van nauwe en bewuste samenwerking tussen de verdachte enerzijds en degenen die de raket hebben afgevuurd anderzijds is dus - anders dan bij het onder de feiten 1 en 2 subsidiair ten laste gelegde ‘regulier’ medeplegen - niet per se van belang. Strafvorderlijk bezien is een uitsplitsing van functioneel (mede)plegen en ‘regulier’ (mede)plegen in de tenlastelegging niet noodzakelijk: functioneel medeplegen is immers geen aparte

⁷¹ M.J. Hornman, ‘Feitelijk leidinggeven: Hoe een weinig vernieuwend arrest toch veel nieuws kan brengen; een kritische beschouwing’, *TBS&H* 2016/3, p. 134.

⁷² A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 428.

⁷³ Zie o.a. HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1593, r.o. 2.3 (“De art. 47 tot en met 51 Sr bieden - al dan niet in zogenoemd functionele vorm - diverse mogelijkheden om iemand onder specifieke voorwaarden strafrechtelijk aansprakelijk te stellen voor zijn betrokkenheid bij een strafbaar feit.”) en HR 24 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6581, r.o. 2.3. Zie ook J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par III.1.4.1 (“functioneel daderschap ziet overigens niet alleen op plegen maar ook op (de gedraging uit) de deelnemingsvormen”) en J.M. ten Voorde, ‘Van containers en growshops. Over functioneel daderschap als alternatief voor medeplegen’, *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht en handhaving*, p. 3-11.

deelnemingsvorm. Door uitsplitsing in de tenlastelegging kan wel een rechterlijk oordeel worden gevraagd over de functionele variant van het (mede)plegen, voordat de rechter zich uitsprekt over de 'reguliere' variant van het (mede)plegen.⁷⁴ Daarom is gekozen voor het primair expliciet ten laste leggen van functioneel (mede)plegen van beide feiten.

6.4 Kan er sprake zijn van functioneel daderschap van artikelen 168 en 289 Sr?

Functioneel daderschap wordt vaak geassocieerd met economische delicten die worden gepleegd binnen een bepaald bedrijfsverband. Het functioneel daderschap is daar echter niet toe beperkt. Ook bij commune delicten kan sprake zijn van functioneel daderschap. Hierboven haalden we al aan dat de Hoge Raad in 2014 opmerkte dat ook bij '*commune en andere niet-economische strafbare feiten*' het gebruik van functioneel daderschap mogelijk is. Voorbeelden van zulk gebruik uit de jurisprudentie zijn onder meer oplichting,⁷⁵ valsheid in geschrift,⁷⁶ WWM-feiten,⁷⁷ drugsdelicten,⁷⁸ heling,⁷⁹ diefstal,⁸⁰ en uitingsdelicten.⁸¹ Ook geweldsdelicten⁸² en levensdelicten⁸³ kunnen functioneel worden gepleegd.⁸⁴ Voorbeelden in de jurisprudentie van delicten waarbij een functionele interpretatie wordt afgewezen zijn uitzonderlijk.⁸⁵

De Hullu meent dat voor de mogelijkheid van functioneel daderschap niet zozeer de aard van het delict beslissend is, maar juist de omschrijving van de gedraging in de delictsomschrijving. Vooral gedragingen waar een resultaat vooropstaat, zoals iets veroorzaken of produceren, kunnen

⁷⁵ Zie o.a. HR 1 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1454, m.nt. N. Jörg, r.o. 2.3 en de daar genoemde jurisprudentie; HR 18 juni 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB5202, NJ 1969, 70.

⁷⁶ Bakker, F.C., *Valsheid in geschrift*, s.n. 1985, p. 134: "het delict van art. 225 Sr kan ook in de vorm van functioneel daderschap worden gepleegd". Zie HR 14 november 1938, ECLI:NL:HR:1938:19, NJ 1939, 367, HR 12 juni 1934, W 12760, HR 26 februari 1934, NJ 1934, 788 en HR 10 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1358, NJ 2014, 512, m.nt. P.A.M. Mevis.

⁷⁷ PHR 7 april 2020, ECLI:NL:PHR:2020:333, randnummers 40-44.

⁷⁸ Zie HR 24 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6581, r.o. 2.4.

⁷⁹ HR 3 juli 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC8171, NJ 1990, 165.

⁸⁰ HR 19 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1251, NJ 2015, 259, zie ook D.H. de Jong, De klassieke vermogensdelicten: nieuwe wijn in oude zakken, *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving*, 2021 (1).

⁸¹ Zie bijvoorbeeld HR 13 maart 1933, NJ 1933, p. 1385 (De tribune (Atalanta)).

⁸² Zie PHR 4 november 2014, ECLI:NL:PHR:2014:2255, randnummer 29.

⁸³ HR 29 mei 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC8539, NJ 1991, 217, m.nt. Schalken. Zie ook E. Gritter, 'Functioneel plegen door een natuurlijke persoon' in: J.B.J. van der Leij (red.) (2007) *Plegen en deelnemen*, Deventer: Wolters Kluwer, p. 2-3 en A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven. Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*. Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 88.

⁸⁴ Zie ook B.J.V. Keupink, *Daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen*, Nijmegen: Wolf legal publishers 2011, p. 63-64 (opmerkingen over functioneel daderschap bij zedendelicten en rijden onder invloed).

⁸⁵ Als dat al gebeurt, zoals in het Sproeivliegtuig-arrest, lijkt dat eerder te gaan om een gebrek in de kwaliteit van de door de delictsomschrijving geadresseerden dan om een afwijzing van functionele interpretatie als zodanig. Zie HR 2 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC9042 (Sproeivliegtuig), NJ 1992, 754 m.nt. Knigge.

volgens hem ook functioneel worden gepleegd.⁸⁶ Uit het zogenoemde Abortus-arrest⁸⁷, waarin een arts werd veroordeeld voor het plegen van moord omdat hij zijn assistente had opgedragen een abortus uit te voeren terwijl de vrucht al te volgroeid was, blijkt volgens hem wel dat het functionele daderschap op zichzelf vermoedelijk geen beperkingen kent voor het soort delicten waarbij de constructie kan worden toegepast.

De aard van de delictsomschrijvingen in de tenlastegelegde artikelen 168 en 289 Sr vormt dus geen belemmering voor een functionele interpretatie van die artikelen. Deze strafbepalingen zijn hiervoor juist geschikt, omdat hierin in algemene termen het veroorzaken van een bepaald resultaat strafbaar wordt gesteld: 'doen verongelukken van een luchtvaartuig' en 'een ander van het leven beroven'.

In sommige situaties doet een functionele interpretatie van een delict ook juist meer recht aan de feitelijke gang van zaken. Zo vraagt Vellinga-Schootstra zich retorisch af waarom degene die een moord organiseert en die zeggenschap heeft over degene die het 'vuile werk' opknapt niet zou kunnen worden veroordeeld als *dader* [cursivering OM] van moord.⁸⁸

6.5 Toetsingskader

Functioneel daderschap kan volgens de Hoge Raad *in elk geval* worden aangenomen, indien de verdachte 'erover vermocht te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en indien zodanig of vergelijkbaar gedrag blijkens de feitelijke gang van zaken door de verdachte werd aanvaard of placht te worden aanvaard'. Dat aanvaarden omvat ook het 'niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de verdachte kon worden geleverd met het oog op de voorkoming van de gedraging'.⁸⁹

Deze zogenaamde IJzerdraadcriteria, verruimd in het Drijfmasterrest, zijn niet limitatief.⁹⁰ Zij zijn ontwikkeld met het oog op het bedrijfsleven en in het bijzonder voor situaties waarin de verdachte van de concrete, tenlastegelegde gedraging niet op de hoogte was maar wel soortgelijke feiten

⁸⁶ Zie J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par III.1.4.3.

⁸⁷ HR 29 mei 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC8539, NJ 1991, 217 m.nt. T.M. Schalken.

⁸⁸ Zie F. Vellinga-Schootstra, 'Het daderschap van de natuurlijke persoon', in: J.L. van der Neut (red.), *Daderschap en deelneming*, 4e druk, Deventer 1999, p. 21.

⁸⁹ HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938 (Drijfmaster) en HR 8 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3487.

⁹⁰ Vergelijk HR 10 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1358, NJ 2014, 512 m.nt. Mevis, met punt 10 van de bijbehorende CAG. Zie ook o.a J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par III.1.4.4; de noot van Mevis bij HR 10 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1358, NJ 2014, 512; H.D. Wolswijk, 'Functioneel daderschap en IJzerdraadcriteria', *DD* 2001/10, p. 1088-1114, p. 1106-1113 en H.D. Wolswijk, *Plegen en/of deelnemen*, Deventer: Wolters Kluwer, 2015 p. 3, 4 en 10-12; G. Knigge, *Doen en laten; enkele opmerkingen over daderschap*, *DD* 1992/2, p. 128-154, p. 140-146 en G. Knigge, 'De dader heeft het niet gedaan', in: A. Dijkstra, B.F. Keulen en G. Knigge. (red.), *Het roer recht: liber amicorum Feikje en Wim Vellinga* (pp. 221-230), Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 223; J.M. ten Voorde, 'Van containers en growshops. Over functioneel daderschap als alternatief voor medeplegen', *TBS&H* 2016, p. 3-11, p. 6.

placht te aanvaarden.⁹¹ Functioneel daderschap kan echter ook op andere wijze worden vastgesteld.⁹²

Knigge stelt:

“(…) dat de vraag of iemand als dader 'aangemerkt' kan worden een interpretatievraag is, waarbij de delictsomschrijving centraal staat en waarbij de redelijkheid van de toerekening richtsnoer is. In die benadering worden de criteria voor daderschap ontleend aan de concrete delictsomschrijving, zodat voor abstracte - voor ieder delict geldende - criteria geen plaats lijkt te zijn.”⁹³

Functioneel daderschap kan worden aangenomen bij nalaten, maar eenvoudiger worden vastgesteld bij actieve gedragingen. Zo kan een verboden gedraging sneller aan een verdachte worden toegerekend wanneer deze daarbij een actieve, initiërende of organiserende rol heeft gespeeld.

Keijzer zegt daarover:

“Door handelingen van de knecht te aanvaarden maakt de meester die tot de zijne, a fortiori kan men middellijk handelen door aan een ondergeschikte de desbetreffende feitelijke handeling in concreto op te dragen.”⁹⁴

Zo kan een verdachte zelf 'smokkelen' door anderen in te huren en achter hen aan de grens over te rijden,⁹⁵ zelf 'van het leven beroven' door een ander te instrueren hoe te handelen,⁹⁶ en zelf een vals geschrift 'opmaken' door de inhoud daarvan aan een ander te dicteren.⁹⁷ Ook de aannemer uit het voorbeeld van De Hullu die 'bouwt' heeft een actieve, organiserende rol.⁹⁸

In zulke situaties - waarin verdachten zelf een actieve, middellijke, intellectuele en/of materiële bijdrage leveren aan het delict - vormen de IJzerdraadcriteria niet het toetsingskader voor de vaststelling van functioneel daderschap.⁹⁹ Knigge merkt in dat verband op dat het maar de vraag is of de Hoge Raad in het IJzerdraad arrest dezelfde maatstaf zou hebben aangelegd als de eigenaar veel directer betrokken was geweest bij de door de ander verrichte gedragingen, bijvoorbeeld doordat hij het transport zelf had georganiseerd en niet de exportmanager. Hij vermoedt dat de eigenaar dan wel als (functioneel) pleger zou zijn aangemerkt, ook al was er geen

⁹¹ Zie G. Knigge, 'Doen en Laten; enkele opmerkingen over daderschap', *DD* 1992/2, p. 145 en 151.

⁹² H. Wolswijk, *Plegen en/of deelnemen*. Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 9.

⁹³ G. Knigge, 'Doen en Laten; enkele opmerkingen over daderschap', *DD* 1992/2, p. 141.

⁹⁴ Noot Keijzer onder HR 24 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6581, *NJ* 2011, 481, pt. 4.

⁹⁵ HR 22 juni 1947, ECLI:NL:HR:1947:144, *NJ* 1947, 469.

⁹⁶ HR 29 mei 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC8539, *NJ* 1991, 217, m.nt Schalken.

⁹⁷ HR 10 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1358, *NJ* 2014, 512 m.nt. P.A.M. Mevis.

⁹⁸ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par III.1.4.1.

⁹⁹ Zie bijvoorbeeld PHR 7 april 2020, ECLI:NL:PHR:2020:333, randnummers 40-44.

sprake van aanvaarden: in dat geval namelijk is 'zijn betrokkenheid bij het delictuele gebeuren (...) zodanig dat hij als eerst verantwoordelijke op het ontbreken van de juiste papieren kan worden aangesproken'.¹⁰⁰

Mevis schrijft:

"Het is niet zo dat het wat uitgewerkte normatieve beslissingsschema inzake het functioneel daderschap uit het IJzerdraadarrest de rechter in alle gevallen gebonden heeft aan de voorwaarde dat hij in gevallen van functionele interpretatie expliciet vaststelt dat aan de eisen voor functioneel daderschap uit het IJzerdraadarrest is voldaan. Vóór dat arrest golden die eisen al niet. 'De rechter onderhield bepaald geen monogame relatie met het fysieke handelingsbegrip', zoals Van Woensel (a.w., p. 43) schrijft, de jurisprudentie van voor 1930 overziende. Zij geeft de nodige voorbeelden van rechterlijke beslissingen waarin een functionele interpretatie van een delictsomschrijving te vinden is. Zie ook Van Toorenburg, *Medeplegen*, p. 11-16. Maar ook na het IJzerdraadarrest laat de Hoge Raad ruimte voor een functionele interpretatie die tot 'plegen' leidt, zonder de eis te stellen dat de rechter in het vonnis uitdrukkelijk vast moet stellen dat aan normatieve daderschapscriteria voldaan is, zoals bij het daderschap van de rechtspersoon."¹⁰¹

Evenmin is een vereiste voor functioneel daderschap dat er een hiërarchische relatie bestaat tussen de functionele dader en een fysieke uitvoerder in een ondergeschikte positie.¹⁰² Dit is wel een omstandigheid die kan bijdragen aan het vaststellen van functioneel daderschap en vaak voorkomt bij de passieve variant van het functioneel daderschap ('beschikken'), maar het is geen *conditio sine qua non*.¹⁰³ Er zijn vele voorbeelden uit de jurisprudentie waarin functioneel daderschap is aangenomen, zonder dat sprake was van een hiërarchische of ondergeschikte positie van de fysieke uitvoerder.¹⁰⁴

Functioneel daderschap is dus uitsluitend een interpretatiekwestie. Daarbij zijn het tenlastegelegde misdrijf en de tenlastegelegde deelnemingsvorm leidend. Vervolgens moet bezien worden of functionele interpretatie van de tenlastegelegde delictsgedraging in het specifieke geval redelijk is.

¹⁰⁰ G. Knigge, 'Doen en Laten; enkele opmerkingen over daderschap', *DD* 1992/2, p. 142.

¹⁰¹ Noot Mevis pt. 8 bij HR 10 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1358, *NJ* 2014, 512.

¹⁰² Zie bijvoorbeeld de noot van Rozemond bij HR 27 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:432, A. Postma, *Opzet en toerekening bij medeplegen. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, diss. Groningen, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 262 en K. Lindenberg en H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*. Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 340.

¹⁰³ Zie H. Wolswijk, *Plegen en/of deelnemen*. Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 8-9.

¹⁰⁴ Zie bijvoorbeeld HR 22 juli 1947, ECLI:NL:HR:1947:144, *NJ* 1947, 469, HR 13 december 1988, ECLI:NL:PHR:1988:AC3339, *NJ* 1989, 499, HR 28 augustus 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5659, HR 15 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI9326, HR 10 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1358, vergelijk HR 9 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3538 (jongensbesnijdenis) – geen functioneel maar wel middellijk daderschap zonder hiërarchische relatie verdachte en uitvoerder.

Zoals Knigge stelt:

“De vraag waarom het gaat is, of de concrete betrokkenheid bij het delictuele gebeuren zodanig is, dat daarop in redelijkheid strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden gebaseerd.”¹⁰⁵

6.6 Verhouding tussen de functionele dader en de feitelijke uitvoerder

De rechtsfiguur van het functioneel daderschap biedt de mogelijkheid om personen die (actief) bewerkstelligen dat het delict plaatsvindt en personen die (passief) over dat plaatsvinden van het delict kunnen beschikken en het aanvaarden, als (mede)pleger te veroordelen – zonder dat bewijs voor nauwe en bewuste samenwerking tussen de feitelijke uitvoerders en de functionele (mede)plegers nodig is.¹⁰⁶ Een reeks van coffeeshop-arresten heeft duidelijk gemaakt dat dit in de praktijk relevant is omdat de Hoge Raad hoge eisen stelt aan het bewijs voor de bewuste en nauwe samenwerking bij medeplegen, óók als de verantwoordelijkheid van een verdachte op grond van ander bewijs vastgesteld kan worden.¹⁰⁷ Waar wel bewijs is voor de verantwoordelijkheid van de verdachte voor een delict, maar niet voor zijn nauwe en bewuste samenwerking met de fysieke uitvoerder kan dat tot uitdrukking worden gebracht met functioneel daderschap. Zo werd de verdachte in het jongensbesnijdenisarrest vrijgesproken van medeplegen van mishandeling vanwege gebrek aan bewijs voor samenwerking tussen verdachte en de uitvoerend arts, maar veroordeeld voor de mishandeling van zijn zoontjes door het door de arts laten verwijderen van hun voorhuid.¹⁰⁸ Als het gaat om meerdere, nauw samenwerkende functionele daders volstaat de vaststelling dat de functionele medeplegers in nauwe en bewuste samenwerking een wezenlijke, organiserende rol hebben gespeeld. De precieze aard van hun relatie tot de fysieke uitvoerders is voor de bewezenverklaring niet van belang. Terwijl bij reguliere deelnemingsvormen de relatie tussen de verdachte en de fysieke uitvoerder een belangrijke plaats inneemt, staat bij functionele interpretatie de relatie tussen de verdachte en het gepleegde misdrijf centraal.

Indien wel blijkt van enige relatie tussen de verdachte en een van de fysieke uitvoerders, hoeft dat niet in de weg te staan aan het aannemen van functioneel medeplegen. De Hullu geeft als

¹⁰⁵ G. Knigge, ‘Doen en Laten; enkele opmerkingen over daderschap’, *DD* 1992/2, p. 142. Zie ook: M.J. Hornman, M.J., ‘Feitelijk leidinggeven: Hoe een weinig vernieuwend arrest toch veel nieuws kan brengen; een kritische beschouwing’, *TBS&H* 2016/3, p. 134-135; H.D. Wolswijk, ‘Functioneel daderschap en IJzerdraadcriteria’, *DD* 2001/10, p. 1090, J.M. ten Voorde, ‘Van containers en growshops. Over functioneel daderschap als alternatief voor medeplegen’, *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht en handhaving* 2016, p. 3-11, par 2.2.

¹⁰⁶ Zie HR 24 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6581, r.o. 2.4.

¹⁰⁷ Zie o.a. HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1593, *NJ* 2014, 513, m.nt. P.A.M. Mevis; HR 24 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6581, *NJ* 2011, 481; HR 23 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1689, *NJ* 2010, 196; HR 30 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2344, *NJ* 2006, 315.

¹⁰⁸ Gerechtshof Amsterdam 14 december 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY6521.

voorbeeld dat een directeur ook kan functioneel medeplegen wanneer bijvoorbeeld zijn ondergeschikte met zijn instemming of in zijn opdracht een feit medepleegt.¹⁰⁹

Of de fysieke uitvoerder wel of niet strafbaar is, is voor de strafbaarheid van de functionele dader niet van belang.¹¹⁰ In de jurisprudentie zien we zowel functioneel daderschap met straffeloze fysieke uitvoerders (zoals de arts-assistent die niet op de hoogte is van de overschrijding van de wettelijke abortustermijn) als met fysieke uitvoerders die ook vervolgd en bestraft kunnen worden (zoals de mededader in de Telecom-zaak¹¹¹). In dat laatste geval bestaan de strafrechtelijke aansprakelijkheden van functionele daders en fysieke uitvoerders naast elkaar, zonder onderlinge afhankelijkheid.¹¹² Rammelink schrijft daarover:

“Uw raad heeft zelfs de mogelijkheid erkend - en dit lijkt mij een zeer gelukkige oplossing - dat de invoernorm door verschillende mensen, ieder in eigen hoedanigheid kan worden geschonden. Vgl. HR 21 dec. 1954, a.b.: Expediteur en opdrachtgever kunnen beiden 'invoeren'. Men heeft in dit geval met medeplegen niet te maken: in wezen wordt de invoernorm zodanig uitgelegd, dat zij meerdere normen naast elkaar, elk gericht tot een apart geadresseerde, bevat.”¹¹³

6.7 Verhouding tot de ‘reguliere’ deelnemingsvormen

Uit de jurisprudentie blijkt een grote ruimte voor het Openbaar Ministerie en de rechter om daders die handelen middels anderen strafrechtelijk aansprakelijk te houden. In die ruimte bestaat geen scherpe afgrenzing tussen ‘regulier’ plegen, ‘regulier’ medeplegen en functioneel daderschap. Soms blijft bij een bewezenverklaring in het midden of de rechter ‘regulier’ plegen of functioneel plegen constateert.¹¹⁴ Functioneel plegen is vaak inwisselbaar met ‘regulier’ medeplegen, uitlokking of doen plegen. Meer dan eens lijkt bewezenverklaring van zowel plegen als deelneming mogelijk, en zowel met als zonder (expliciete) constatering van functioneel daderschap. Zo merkt Knigge over het Abortusarrest op dat “[a]ls de officier van justitie de arts uit [het abortusarrest] niet wegens (functioneel) plegen had vervolgd, maar wegens doen plegen (of [...] wegens uitlokking), zou dat stellig ook genade gevonden hebben in de ogen van de Hoge Raad”¹¹⁵ en stelt Wolswijk dat de pleger van valsheid in het Telecom-arrest ook voor medeplegen had kunnen

¹⁰⁹ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par III.1.4.1.

¹¹⁰ Zie ook M.A.M. Hoeks en J.T.C. Leliveld, Geen overzichtsarrest voor functioneel daderschap, *Strafblad* 2018/6, nr. 5.

¹¹¹ HR 10 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1358, *NJ* 2014, 512 m.nt. P.A.M. Mevis.

¹¹² J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par III.1.4.1.

¹¹³ Conclusie AG Rammelink bij HR 15 juni 1975, ECLI:NL:HR:1976:AD6927, *NJ* 1976, 565.

¹¹⁴ Zie H.D. Wolswijk, *plegen en/of deelnemen*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p.10-11 en J.M. ten Voorde, Van containers en growshops. Over functioneel daderschap als alternatief voor medeplegen, *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht en handhaving* 2016 p.3-11, p. 6.

¹¹⁵ G. Knigge, ‘Doen en laten; enkele opmerkingen over daderschap’, *DD* 1992/2, p. 152.

worden veroordeeld.¹¹⁶ Andersom had de medepleger uit het Containerdiefstalarrest ook kunnen worden gezien als iemand die in 'functionele' zin goederen wegnam, en dus voor functioneel plegen had kunnen worden veroordeeld.¹¹⁷ De grenzen van functioneel daderschap kunnen dus niet gezocht worden in een afbakening met reguliere deelnemingsvormen. Voor welke tenlasteleggingsconstructie ook wordt gekozen: voorop staat in gevallen van middellijk daderschap nog steeds de constatering van de Hoge Raad uit 1887 dat 'hetgeen iemand door een ander laat doen, hij moet geacht worden dat zelf te hebben gedaan'.¹¹⁸

6.8 Conclusie

Functioneel daderschap is een wijze van delictsinterpretatie die een bewezenverklaring mogelijk maakt van gedrag dat de verdachte niet zelf fysiek heeft uitgevoerd, maar waar hij wel verantwoordelijk voor is. Die verantwoordelijkheid kan zowel voortvloeien uit het actieve handelen van de verdachte als uit nalaten waar ingrijpen geboden was. Plegen, medeplegen, uitlokken en medeplichtigheid kunnen alle functioneel geïnterpreteerd worden. Zeker delictomschrijvingen waarin in algemene termen het veroorzaken van een bepaald resultaat strafbaar wordt gesteld - zoals de artikelen 168 en 289 Sr - lenen zich goed voor functionele interpretatie.

Er bestaat geen gesloten toetsingskader voor functioneel daderschap. Leidend is steeds het tenlastegelegde misdrijf en de tenlastegelegde deelnemingsvorm. Een hiërarchische relatie tussen de functionele dader en een fysieke uitvoerder in een ondergeschikte positie kan wel bijdragen aan het vaststellen van functioneel daderschap, maar is daarvoor geen vereiste. Of de fysieke uitvoerder wel of niet strafbaar is, is voor de strafbaarheid van de functionele dader niet van belang.

¹¹⁶ H.D. Wolswijk, *plegen en/of deelnemen*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 1 en K. Lindenberg en H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*. Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 341.

¹¹⁷ A. Postma, *Opzet en toerekening bij medeplegen. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, diss. Groningen, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p.20 en H.D. Wolswijk, *plegen en/of deelnemen*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 10.

¹¹⁸ Zie in dezelfde zin PHR 28 augustus 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA5659, randnummer 9.

7 Deelneming

7.1 Inleiding

Ingevolge artikel 47 Wetboek van Strafrecht worden als daders aan een strafbaar feit bestraft zij die het feit plegen, medeplegen of uitlokken. In artikel 48 Sr is geregeld wie als medeplechtigen van een misdrijf kunnen worden gestraft.

7.2 Medeplegen

7.2.1 Overzichtsarrest medeplegen

In het overzichtsarrest over medeplegen benadrukt de Hoge Raad dat voor een bewezenverklaring van medeplegen sprake moet zijn van een voldoende nauwe en bewuste samenwerking met een ander of anderen, waarbij het accent ligt op de samenwerking en minder op de vraag wie welke feitelijke handelingen heeft verricht (r.o. 3.1).¹¹⁹ De rechter moet daarbij vaststellen dat de intellectuele en/of materiële bijdrage van de verdachte van voldoende gewicht is geweest (r.o. 3.2.1). In het geval de bijdrage van de verdachte in de kern niet bestaat uit een gezamenlijke uitvoering, maar uit gedragingen die met medeplichtigheid in verband plegen te worden gebracht, behoeft het aannemen van medeplegen een nadere motivering. Hierbij heeft de Hoge Raad als niet-limitatieve factoren gewezen op de intensiteit van de samenwerking, de onderlinge taakverdeling, de rol in de voorbereiding, de uitvoering of de afhandeling van het delict en het belang van de rol van de verdachte, diens aanwezigheid op belangrijke momenten en het zich niet terugtrekken op een zich daartoe geëigend tijdstip (r.o. 3.2.2.). Wanneer de bijdrage van verdachte niet is geleverd tijdens het begaan van het strafbare feit in de vorm van een gezamenlijke uitvoering, maar in de vorm van verscheidene gedragingen voor en/of tijdens en/of na het strafbare feit, moet uit de bewijsvoering blijken waarom de bijdrage van voldoende gewicht is geweest (r.o. 3.2.3).

7.2.2 Bewuste en nauwe samenwerking

Het oordeel of de bijdrage van de verdachte van voldoende gewicht is geweest, is sterk casuïstisch. In ieder geval wordt met een bijdrage van *voldoende* gewicht niet bedoeld dat deze noodzakelijk of onmisbaar moet zijn geweest.¹²⁰ Ook hoeft de bijdrage van de verdachte niet van gelijk gewicht te zijn geweest als die van zijn mededaders.¹²¹ Uit genoemd (overzichts)arrest volgt immers dat ook bijdragen die met medeplichtigheid in verband plegen te worden gebracht tot de slotsom kunnen leiden dat sprake is van medeplegen, als dat maar gemotiveerd wordt.¹²² Die bijdragen kunnen vóór en/of tijdens en/of ná het delict zijn verricht. Voor gedragingen die

¹¹⁹ HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, gevolgd door HR 24 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:718 en HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1316.

¹²⁰ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. VII.2.2.2.

¹²¹ Ibid., zie ook HR 12 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:893.

¹²² HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, r.o. 3.2.2.

hoofdzakelijk ná het delict zijn verricht geldt dat zij in uitzonderlijke gevallen eigenstandig de gevolgtrekking kunnen dragen dat er sprake is van medeplegen,¹²³ maar in ieder geval de aannemelijkheid van een 'wezenlijke' bijdrage kunnen versterken.¹²⁴ Zij kunnen bijvoorbeeld licht werpen op de rol die een verdachte in het geheel speelde.¹²⁵ Ook het bestaan van en de inhoud van communicatie die heeft plaatsgevonden ná het delict kan bijdragen aan het oordeel dat er sprake is van medeplegen.

Zo werd in een liquidatiezaak voor de vaststelling van medeplegen belang gehecht aan de omstandigheid dat verdachte direct na een liquidatie daarvan op de hoogte werd gesteld.¹²⁶ En in een zaak over een wapentransport werden berichten die na een wapentransport werden gestuurd inhoudende 'the things we didn't receive' en 'can you fix the last pieces for me' redengevend geacht voor het oordeel dat er sprake is van medeplegen.¹²⁷

Een verdachte kan dus ook in strafrechtelijke zin aansprakelijk worden gehouden voor uitvoeringshandelingen die (uitsluitend) door de medeverdachten zijn verricht. De omstandigheid dat de verdachte zelf geen uitvoeringshandelingen heeft verricht, behoeft aan het bewijs van medeplegen niet in de weg te staan. Het achterwege blijven van een fysieke uitvoeringshandeling op de plaats delict kan worden gecompenseerd door andere factoren, zoals de rol van de verdachte in het kader van het beramen en voorbereiden van het feit.¹²⁸

Naast de door de Hoge Raad genoemde niet-limitatieve factoren, blijkt dat bij de vraag of sprake is van medeplegen ook groot belang wordt toegekend aan de *intentie* waarmee de verdachte heeft gehandeld met betrekking tot het tot stand brengen van het delict.¹²⁹ De medepleger ziet het strafbare feit als 'zijn eigen' delict, terwijl de medeplichtige weliswaar hulp biedt aan het strafbare feit, maar dit voornamelijk als het delict van de ander ziet en zich daarmee als het ware aan de wil van die ander of anderen onderwerpt.¹³⁰ Bij het beoordelen van medeplegen spelen dan ook zowel de objectieve bijdrage van de verdachte als zijn subjectieve intenties een rol: deze kunnen als

¹²³ HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, r.o. 3.2.3, HR 20 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:713, r.o. 3.2.3.

¹²⁴ PHR 20 januari 2015, ECLI:NL:PHR:2015:309, randnummer 25, zie ook J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par VII.1.3.1.

¹²⁵ PHR 9 maart 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BJ7275.

¹²⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ8949.

¹²⁷ Zie bijv. PHR 10 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1287 pt. 24 (the things we didn't received' en 'can you fix the last pieces for me').

¹²⁸ PHR 20 april 2021, ECLI:NL:PHR:2021:390, randnummer 26.

¹²⁹ W. Albers, T. Beekhuis en R. ter Haar, 'Medeplegen: van wezenlijke bijdrage naar planverwezenlijking?', *DD* 2020/23, Noot J.S. Nan onder HR 13 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1606, pt. 6, T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rimmelink (voortgezet door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer, aantekening 21 bij artikel 47 (bijgewerkt t/m 17 juli 2017 door A.M. Machielse), J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. VII.2.2.2.

¹³⁰ W. Albers, T. Beekhuis en R. ter Haar, 'Medeplegen: van wezenlijke bijdrage naar planverwezenlijking?', *DD* 2020/23, pt. 2.

communicerende vaten worden toegepast.¹³¹ Dit komt volgens advocaat-generaal Aben er op neer dat in geval van een 'directe en onmisbare bijdrage' van de verdachte aan een strafbaar feit, minder gewicht kan worden gehecht aan het gedeelde opzet. En andersom, dat een 'beperkte meer indirecte rol bij een strafbaar feit' alsnog als medeplegen gekarakteriseerd kan worden indien 'de verdachte zich heeft gecommitteerd aan een gezamenlijk plan gericht op het plegen van het betreffende strafbare feit', waarmee de essentie ligt in het subjectieve aspect.¹³² In zulke gevallen dienen de feitelijke gedragingen van de verdachten nadrukkelijk beoordeeld te worden in onderlinge samenhang en in verband met de groepsgewijs gedeelde intentie.¹³³ Rozemond concludeert over verdachten die deel uitmaken van een doelgerichte dadergroep: "De gemeenschappelijke intentie die uit de gezamenlijke gedragingen blijkt is in dergelijke gevallen belangrijker dan het gewicht van de bijdrage die de verdachte aan het feit levert."¹³⁴ Het gerechtshof Den Haag merkte recent - in lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad -¹³⁵ op bij de veroordeling van een verdachte van het medeplegen van poging tot moord die tot bij het pand van het slachtoffer met een medeverdachte was meegereisd, maar niet mee naar binnen was gegaan en niet bij het gepleegde geweld aanwezig was:

"Om als medepleger van deze poging tot moord te kunnen worden aangemerkt, moet sprake zijn geweest van een voldoende nauwe en bewuste samenwerking met een ander of anderen *ter verwezenlijking van het gezamenlijk criminele doel* [cursivering OM]. Het accent ligt daarbij op de samenwerking en minder op de vraag wie welke feitelijke handelingen heeft verricht."¹³⁶

Het belang van de intentie van de verdachte bij het oordeel of er sprake is van medeplegen is in de jurisprudentie breed geaccepteerd. Een *gemeenschappelijk plan* kan bijvoorbeeld houvast bieden bij de beantwoording van de vraag of een door de mededader begaan strafbaar feit onder het samenwerkingsverband kan worden gebracht.

Dat bleek al in een zaak uit 2003 waarin de moeder van een Afghaans meisje veroordeeld werd voor medeplegen van de moord op haar dochter die schande over de familie had gebracht. De moeder is met andere familieleden en haar dochter naar een woning gereden waarvan zij de sleutel had, wetende dat haar dochter daar om het leven zou worden gebracht.

¹³¹ M. Cupido, T. Kooijmans & L.D. Yanev, 'De grondslag en reikwijdte van medeplegen, hoe het Nederlandse strafrecht inspiratie kan putten uit het internationale strafrecht'. *DD* 2018/29. Ook De Hullu ziet in de geldende rechtspraak hier aanknopingspunten voor en vindt die benadering aansprekend: J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. VII.2.2.2.

¹³² PHR 10 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1286, randnummer 13.

¹³³ *Ibid.*, randnummer 16.

¹³⁴ Noot Rozemond bij HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1316, *NJ* 2016, 411, pt. 11. Zie ook: PHR 24 juni 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1680, randnummer 21, met verwijzing naar HR 9 juni 1992, ECLI:NL:HR:AC0934, *NJ* 1992, 772 m.nt Knigge.

¹³⁵ HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, r.o. 3.1.

¹³⁶ Hof Den Haag 17 maart 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:430.

De Hoge Raad overwoog dat het hof had kunnen oordelen dat er sprake was van bewuste en nauwe samenwerking.¹³⁷

Uit de recente jurisprudentie van de Hoge Raad over medeplegen kan worden afgeleid dat het bestaan van *een voor alle deelnemers duidelijk plan* de laatste jaren in toenemende mate een relevant aandachtspunt is geworden voor de beoordeling of sprake is van medeplegen. Ingeval sprake is van het gezamenlijk optrekken met het oog op het realiseren van een gezamenlijk plan kan sprake zijn van medeplegen, ook al zouden de gedragingen van een verdachte op zichzelf beschouwd niet als een bijdrage van voldoende gewicht aan het ten laste gelegde feit kunnen worden aangemerkt.¹³⁸

Ook het *eigen belang* dat de verdachte heeft bij het slagen van het feit kan worden betrokken bij het oordeel dat sprake is van medeplegen.¹³⁹ Zo kan bij diefstal een min of meer gelijke verdeling van de buit een belangrijke indicatie van medeplegen zijn.¹⁴⁰

De feitelijke macht of de *functionele positie* van een verdachte kan ook een rol van betekenis vormen bij het oordeel dat er sprake is van medeplegen.¹⁴¹ Dat bleek al uit het Containerdiefstalarrest,¹⁴² maar werd nog eens expliciet bevestigd in een arrest van de Hoge Raad uit 2012, waar in een afpersingszaak werd geoordeeld dat bij het oordeel over bewuste en nauwe samenwerking kon worden betrokken dat:

“de verdachte, gezien zijn positie in het aannemersbedrijf van zijn vader en zijn betrokkenheid bij de bedrijfsvoering, niet alleen “van meet af aan op de hoogte was van de beslissing van [medeverdachte 1] om de betwiste vorderingen (...) te laten innen door

¹³⁷ HR 14 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ1457, *NJ* 2005, 183 m.nt. Knigge.

¹³⁸ PHR 6 april 2021, ECLI:NL:PHR:2021:336 randnummer 36. Zie ook PHR 22 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:609, randnummer 16, PHR 10 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1286, PHR 11 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:124, randnummer 15 en PHR 19 mei 2020, ECLI:NL:PHR:2020:472, randnummer 10, HR 4 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:187, *NJ* 2020, 140 m.nt. W.H. Vellinga (“een vooraf voor alle deelnemers duidelijk plan om inbraken te plegen”), HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1321, *NJ* 2016/416 m.nt. Rozemond onder *NJ* 2016, 420 (“we wilden geld maken”), W. Albers, T. Beekhuis en R. ter Haar, ‘Medeplegen: van wezenlijke bijdrage naar planverwezenlijking?’, *DD* 2020/23, HR 22 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR2355, HR 31 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2799, HR 24 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:662 en 967, HR 18 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:967, *NJ* 2019, 264, HR 13 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1606 en PHR 1 april 2014, ECLI:NL:PHR:2014:480, randnummer 12.

¹³⁹ R. ter Haar, ‘Opzet op het grondfeit bij medeplegen en medeplichtigheid: wanneer is sprake van een exces?’, *TPWS* 2019/52.

¹⁴⁰ PHR 19 mei 2020, ECLI:NL:PHR:2020:472, randnummer 14, met verwijzing naar CAG Knigge voorafgaand aan HR 9 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ7275, *NJ* 2010, 194 m.nt. Mevis, HR 3 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:494, *NJ* 2018, 255 m.nt. Rozemond, PHR 24 juni 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1680, randnummer 21.

¹⁴¹ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par VII.2.2.2 (voetnoot 9). Hij schaaft dit onder ‘belang van de rol van de verdachte’.

¹⁴² HR 17 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC7387, *NJ* 1983, 84.

[betrokkene 6]”, maar dat hij zich ook van meet af aan achter die beslissing had gesteld”.¹⁴³

Het voorgaande betekent ook dat voor strafbaar medeplegen niet hoeft vast te staan wie de andere betrokkene(n) bij het strafbare feit is of zijn geweest. Een onbekend gebleven uitvoerder van een poging moord staat niet in de weg aan een veroordeling voor medeplegen van de andere betrokkenen.¹⁴⁴ Hiermee hangt nauw samen dat een verdachte niet bekend hoeft te zijn met de identiteit van al zijn medeplegers, en evenmin (direct) contact met alle andere medeplegers hoeft te hebben gehad. Zo levert het naar aanleiding van een oproep daartoe op Facebook versperren van een snelweg met een groep onbekenden ook medeplegen op.¹⁴⁵

Evenmin hoeft te blijken in hoeverre een mededader vervolgbaar en strafbaar is als medepleger.¹⁴⁶ In een op medeplegen toegespitste tenlastelegging hoeft ook niet te worden vermeld of en zo ja welke feitelijke handelingen verdachte zelf dan wel zijn mededaders hebben verricht.¹⁴⁷ Verder is niet vereist dat medeplegers allen dezelfde gedragingen hebben verricht of dat komt vast te staan wie wat heeft gedaan.¹⁴⁸ Bij een tenlastelegging van medeplegen van moord is het niet nodig vast te stellen wie het dodelijke geweld heeft toegebracht en staat aan een bewezenverklaring niet in de weg dat naast de in de tenlastelegging genoemde personen, ook nog een ander persoon betrokken is geweest bij het feit.¹⁴⁹ Voldoende is dat het beoogde strafbare feit door een nauwe en bewuste samenwerking met de verdachte tot stand is gekomen, ongeacht hoe, waar en door wie dat precies is uitgevoerd.¹⁵⁰

Bij de beoordeling van medeplegen geldt ook dat de *procesopstelling* van de verdachte een rol kan spelen. In het bewijsoordeel kan in aanmerking worden genomen dat de verdachte voor een omstandigheid die op zichzelf of in samenhang met de verdere inhoud van bewijsmiddelen beschouwd redengevend kan worden geacht voor bewijs van het aan hem tenlastegelegd feit, geen aannemelijke, die redengevendheid ontzenuwende, verklaring heeft gegeven.¹⁵¹ In de praktijk speelt dit vaak een rol in de situatie waarin de verdachte kort na een diefstal met de gestolen goederen wordt aangetroffen, maar de regel dat het uitblijven van een aannemelijke verklaring kan worden betrokken bij de bewijsvraag is ook bij levensdelicten onverkort van toepassing.¹⁵² Zelfs in zaken waarin met betrekking tot de toedracht niet is vastgesteld dat deze

¹⁴³ HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW8766, r.o. 2.3.

¹⁴⁴ Rb 's-Gravenhage 28 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6416.

¹⁴⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9292 (project P).

¹⁴⁶ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. VII.2.2.3.

¹⁴⁷ HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474 en vgl. HR 6 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9905.

¹⁴⁸ PHR 20 januari 2015, ECLI:NL:PHR:2015:309, randnummer 10.

¹⁴⁹ HR 13 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1606.

¹⁵⁰ Noot J.S. Nan onder HR 13 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1606 (Enschedese voogdijmoord), randnummer 5.

¹⁵¹ HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1315 en ECLI:NL:HR:2016:1323, zie ook HR 30 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1162.

¹⁵² HR 5 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:796.

door medeplegers is begaan, kan het uitblijven van zo'n verklaring worden betrokken bij de vraag of de verdachte als medepleger kan worden aangemerkt.¹⁵³

7.2.3 Dubbel opzet

Advocaat-generaal Paridaens omschrijft de voorwaarden voor opzet bij medeplegen als volgt:¹⁵⁴

“Voor medeplegen geldt een dubbel opzetvereiste, opzet op de onderlinge samenwerking en opzet op de verwezenlijking van het grondfeit.¹⁵⁵ Dat ligt reeds besloten in de voor medeplegen vereiste nauwe en bewuste samenwerking met betrekking tot het begaan van het grondfeit. Indien de verschillende betrokkenen geen identiek opzet hebben gehad, wanneer zij met hun samenwerking verschillende delicten op het oog hadden, kan het voorwaardelijk opzet dit probleem vaak aanmerkelijk relativeren, zeker ten aanzien van details van de gang van zaken.¹⁵⁶ Daarbij is niet vereist dat de verdachte op de hoogte is geweest van de precieze gedragingen van zijn mededader(s).¹⁵⁷ Indien het opzet onderling echter teveel of wezenlijk uiteenloopt en de feitelijke pleger substantieel verder gaat dan waarop het opzet van de medepleger is gericht, kan de medepleger daarvoor niet strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld en moet de medepleger naar zijn eigen opzet worden beoordeeld en gekwalificeerd. Alsdan kan geen ‘bewuste en nauwe samenwerking’ worden aangenomen en bepaalt het eigen opzet van de medepleger, en niet het opzet van de ander, de eigen aansprakelijkheid.”¹⁵⁸

Toenmalig advocaat-generaal Wortel vat het als volgt samen:

“In rond Nederlands: voor een bewezenverklaring van ‘medeplegen’ moet bewijs voorhanden zijn waaruit kan blijken dat de verdachte voor ogen heeft gehad dat de verboden situatie tot stand kon worden gebracht, ook heeft gewild dat dit zou gebeuren, en bovendien voor ogen heeft gehad dat hij met één of meer anderen broeder in het kwaad zou worden.”¹⁵⁹

Bij het opzet op het grondfeit volgt de deelnemer de pleger in die zin dat ook de deelnemer opzet moet hebben op de door opzet bestreken delictsbestanddelen van het grondfeit. Hierbij volstaat voorwaardelijk opzet. Dat opzet moet zijn gericht op de *bestanddelen* van de tenlastelegging. In het Vuurwerkbom arrest¹⁶⁰ hielp de verdachte bij het fabriceren van een vuurwerkbom die 's nachts in een winkelcentrum tot ontploffing zou worden gebracht. De bom vernielde een telefooncel. Het (voorwaardelijk) opzet op de *bestanddelen* van de tenlastelegging kon worden

¹⁵³ HR 28 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3022, NJ 2018, 310, m.nt. Wolswijk.

¹⁵⁴ PHR 19 januari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:47, randnummer 13.

¹⁵⁵ HR 6 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2246, NJ 2007, 455.

¹⁵⁶ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par VII.2.2.4.

¹⁵⁷ HR 10 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ5713, NJ 2007, 224.

¹⁵⁸ PHR 20 november 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BY0267, randnummer 8.

¹⁵⁹ PHR 18 maart 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC6157 (Rijswijkse stoeptegel) randnummer 14.

¹⁶⁰ HR 13 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4372, NJ 2002, 245.

afgeleid uit onder meer de aard van de bom. Hoewel het opzet van de verdachte daarmee was betrokken op *een* vernieling, was dat opzet niet gericht op juist *deze* vernieling, dat wil zeggen: de telefooncel als genoemd in de tenlastelegging. De Hoge Raad maakte in dit arrest echter helder dat het opzet-object niet zo precies bepaald hoeft te zijn. Dat de verdachte niet wist dat deze specifieke telefooncel zou worden vernield, is geen vereiste voor de aanwezigheid van opzet op de tenlastegelegde vernieling.¹⁶¹ Nan verwoordt het in een annotatie als volgt:

“Nog duidelijker is geworden dat het voor het aannemen van medeplegen echt niet nodig is dat de precieze vorm van de feitelijke uitvoering van het grondmisdrijf vooraf vaststaat en voor alle medeplegers bekend was c.q. bekend geworden is. Voldoende is dat het beoogde strafbare feit door -en in- een nauwe en bewuste samenwerking tot stand is gekomen, ongeacht hoe, waar en door wie dat precies is uitgevoerd. Met (voorwaardelijk) opzet als begrenzing, leidt dat tot een redelijke strafrechtelijke aansprakelijkheidstelling. Het zou ook tot te veel bewijsproblemen leiden denk ik, als voor medeplegen ook de wijze van uitvoering *in concreto* aan iedereen bekend moet zijn geweest. Dat elke medepleger bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard *dat* het strafbare feit zou plaatsvinden (en dat dus heeft gewild) en daarvoor zelf voldoende intellectuele en/of feitelijke handelingen heeft verricht, is toereikend (ook bewijsrechtelijk)”.¹⁶²

Het voorwaardelijk opzet heeft een relativerende werking in gevallen waarin de uitvoering van het plan afwijkt van wat de medepleger voor ogen stond. Dat bleek bijvoorbeeld in een zaak over een schietpartij op een school in Veghel.¹⁶³ In die zaak was het plan van de verdachte om zijn zoon de ex-vriend van zijn dochter te laten doden. De zoon raakte echter vier andere scholieren, die zich in de buurt van die ex-vriend bevonden. De vader werd -als initiator en organisator van de schietpartij- als medepleger van het neerschieten van deze personen veroordeeld. Toenmalig advocaat-generaal Knigge overweegt in zijn conclusie onder de Nijmeegse scooterzaak¹⁶⁴ over de Veghel-casus dat de kogels waardoor de scholieren waren getroffen ter uitvoering van een gemeenschappelijk plan waren afgevuurd en omdat de kans dat anderen zouden worden getroffen in dat plan besloten lag, had de verdachte daar voorwaardelijk opzet op. Het was voldoende dat verdachte opzet had op het feit dat ‘andere personen’ werden getroffen. Op het precieze aantal personen hoefde hij geen opzet te hebben,¹⁶⁵ laat staan op de identiteit van die personen. Knigge wijst er op dat niet alle criminele plannen even goed doordacht zijn, terwijl ook of juist in goed doordachte plannen rekening moet worden gehouden met onvoorziene omstandigheden. Dat doet niet af aan het opzet van de medepleger.¹⁶⁶ Een medepleger hoeft dan ook niet op de hoogte te

¹⁶¹ Ibid. r.o. 3.4, zie ook Postma, A. (2014), opzet en toerekening bij medeplegen: een rechtsvergelijkend onderzoek. Nijmegen: Wolf Legal Publisher, p. 98-99.

¹⁶² J.Nan, annotatie bij HR 13 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1606, SR 2020-0324.

¹⁶³ HR 17 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE6118.

¹⁶⁴ PHR 29 oktober 2013, ECLI:NL:PHR:2013:1080, randnummer 3.16.

¹⁶⁵ Vgl HR 14 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ1396, NJ 2004, 103 (één extra dode).

¹⁶⁶ PHR 29 oktober 2013, ECLI:NL:PHR:2013:1080, randnummer 3.17.

zijn geweest van de precieze gedragingen van zijn mededader(s).¹⁶⁷ Evenmin behoeft het opzet van de andere medeplegers bewijs in de zaak van degene die terechtstaat.¹⁶⁸

Wanneer een bestanddeel voor de pleger aan het opzetvereiste is onttrokken, zoals bij objectief strafverzwarende omstandigheden, geldt dat voor de medepleger uiteraard ook.¹⁶⁹

Naast opzet op de verwezenlijking van het grondfeit moet de verdachte ook opzet hebben op de samenwerking. Die bewuste samenwerking zal vaak op afspraken en (eventueel kortstondig) overleg zijn gebaseerd, maar kan ook stilzwijgend geschieden.¹⁷⁰ Ook het niet-distantiëren van gedrag van anderen kan een aanwijzing zijn voor opzet op de samenwerking.¹⁷¹ Vaak volgt het bewijs voor opzet op de bewuste samenwerking al uit het bewijs voor de objectieve zijde van de samenwerking.¹⁷² Men gaat immers niet per ongeluk samen inbreken.

7.3 Dader door uitlokking

Uitlokking komt in de kern neer op iemand door een uitlokkingsmiddel opzettelijk bewegen tot het begaan van een strafbaar feit. Eerst wilde de uitgelokte nog niet, althans in ieder geval nog niet definitief; na het optreden van de uitlokker met bepaalde middelen wilde hij wel én handelde hij daar vervolgens ook naar.¹⁷³

Het is niet zo dat de uitgelokte nog helemaal niet aan het feit mag hebben gedacht totdat de uitlokker in beeld komt. Machielse beschrijft het als volgt:

“Een neiging, een nog ongerijpt voornemen, een voorwaardelijke wil kan te voren aanwezig zijn geweest. Wanneer iemand aan een ander aanbiedt tegen geldelijke beloning enig strafbaar feit te plegen, dan is die andere de uitlokker als het aanbod aangenomen wordt en het strafbare feit volgt. Immers, de wil, het besliste voornemen tot het plegen is door de gift gewekt. De materiële dader was te voren niet voornemens zonder beloning het feit te plegen, zijn wil was daarop niet gericht. Was het aanbod niet gedaan, de gift niet

¹⁶⁷ HR 10 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ5713, NJ 2007, 224.

¹⁶⁸ HR 6 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ8596, NJ 2012, 176.

¹⁶⁹ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par VII.2.2.4. Zie expliciet Modderman (Smidt, I, p.439) en impliciet HR 20 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:BX5506, NJ 1998, 426 en voorts HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2105, NJ 2007, 263 m.nt. Reijntjes.

¹⁷⁰ HR 18 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC6157, NJ 2008, 209 en PHR 20 april 2021, ECLI:NL:PHR:2021:390, randnummer 39.

¹⁷¹ HR 11 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:ZD1700, NJ 2000, 228.

¹⁷² J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par VII.2.2.2.

¹⁷³ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par VII.4.4

gegeven, dan zou het feit niet gepleegd zijn. Door het optreden van de uitlokker kan een zekere, bij de ander reeds bestaande, bereidheid tot vaste vorm zijn gekomen."¹⁷⁴

Voor een bewezenverklaring van uitlokking is rechtstreeks contact tussen uitlokker en uitgelokte niet noodzakelijk. De Hullu geeft het voorbeeld van advertenties in de krant die als uitlokkingsmiddel kunnen fungeren.¹⁷⁵ Het is (daarom) ook niet vereist dat de verdachte wist wie er uiteindelijk is overgehaald om het beoogde misdrijf te plegen.¹⁷⁶ Ook hoeft de uitgelokte zelf niet strafbaar te zijn.¹⁷⁷ De uitlokker beoogt een strafbaar feit en het maakt hem niet uit hoe of door wie dat feit wordt uitgevoerd. Het gaat er om dat het feit is uitgelokt. Wanneer dat feit door twee medeplegers wordt gepleegd, behoeft de uitlokker niet beiden te hebben uitgelokt, als maar vaststaat dat hij het uiteindelijke delict heeft uitgelokt.¹⁷⁸

Uitlokking moet gebeuren door aanwending van een van de in artikel 47 Sr limitatief genoemde uitlokkingsmiddelen. Dit betreft: giften, beloften, misbruik van gezag, geweld, bedreiging, misleiding en het verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen. Onder het uitlokkingsmiddel misbruik van gezag wordt verstaan 'ieder gebruik van gezag om een strafbaar feit te provoceren'.¹⁷⁹ Het bestaan van een (juridische of feitelijke) gezagsverhouding is daarvoor voldoende.¹⁸⁰ Hierbij moet in de regel worden gedacht aan het geven van opdracht tot strafbare

¹⁷⁴ T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rimmelink (voortgezet door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer, aantekening 32 bij artikel 47 (bijgewerkt t/m 17 juli 2017 door A.M. Machielse), met verwijzing naar HR 29 september 1992, *NJB* 1992, 193; HR 8 juli 1992, *NJB* 1992, 148 p. 385. Aldus ook HR 1 januari 1934, *NJ* 1934, 549, w 12 725.

¹⁷⁵ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par VII.4.1. en HR 12 oktober 1982, ECLI:NL:HR:1982:AC2660, *NJ* 1983, 799 en H.G.M. Krabbe, Uitlokking, in: J.B.J. van der Leij, *Plegen en deelnemen* (facetten van strafrechtspleging: vol 17), Deventer: Kluwer 2007, p.136 en 137.

¹⁷⁶ T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rimmelink (voortgezet door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer, aantekening 33 bij artikel 47 (bijgewerkt t/m 17 juli 2017 door A.M. Machielse) en A.M. van Woensel, A.M., *In de daderstand verheven: Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p.150-151.

¹⁷⁷ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par VII.4.1 en HR 29 januari 1917, *NJ* 1917, p.209.

¹⁷⁸ HR 2 maart 1982, ECLI:NL:HR:1982:AB7914, *NJ* 1983, 492.

¹⁷⁹ HR 6 juni 1910, w.9045, HR 28 februari 1921, ECLI:NL:HR:1921:54, *NJ* 1921, p.524, HR 12 januari 1942, ECLI:NL:HR:1921:54, *NJ* 1921, p.524 en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rimmelink (voortgezet door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer, aantekening 40.2 bij artikel 47 (bijgewerkt t/m 17 juli 2017 door A.M. Machielse).

¹⁸⁰ Van Woensel, A.M., *In de daderstand verheven: Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht*. Arnhem: Gouda Quint 1993, p.155, vgl HR 14 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991, *NJ* 1991, 769.

gedragingen,¹⁸¹ maar ook aansporen en onder omstandigheden zelfs verzoeken kan als 'misbruik' van gezag worden aangemerkt.¹⁸²

Machielse wijst er op dat als de uitgelokte een strafbaar feit pleegt dat enigszins afwijkt van het doel van de uitlokker, dit niet afdoet aan diens strafbaarheid, omdat de handelingen van de uitgelokte van zodanige strekking zijn als de uitlokker had gewenst, alleen is het gewenste resultaat niet gevolgd.¹⁸³ Het (voorwaardelijk) opzet van de uitlokker moet in de kern gericht zijn op de bestanddelen van het misdrijf. Omdat de uitlokker kiest voor een teruggetrokken positie en het begaan van het strafbare feit aan anderen over laat, zitten mogelijke afwijkingen vrij snel in zijn opzet besloten.¹⁸⁴ Zo kan opzet op de diefstal van een niet begeerd goed worden aangenomen omdat de uitlokker bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de dief een ander dan het begeerde goed zou stelen.¹⁸⁵ Of zoals Knigge opmerkt: "meer dan in het algemeen geldt dat wie anderen voor zijn criminele karretje spant, een zeker risico neemt (...) Wie niet voor de vergissingen van anderen wil opdraaien, moet zelf de klus klaren."¹⁸⁶

Bij uiteenlopend opzet tussen uitlokker en uitgelokte, volgt uit artikel 47, tweede lid, Sr dat de uitlokker slechts aansprakelijk kan worden gesteld voor zover zijn eigen opzet reikt.¹⁸⁷ De geobjectiveerde bestanddelen van een (doleus) delict zijn ook voor een uitlokker aan de opzeteis onttrokken.¹⁸⁸ Strafverzwarende gevolgen komen op grond van artikel 47, tweede lid, Sr voor rekening voor de uitlokker, ook al was zijn opzet daarop niet gericht; dergelijke gevolgen zijn immers geobjectiveerd.

7.4 Medeplichtigheid

In artikel 48 Sr is de medeplichtigheid aan een misdrijf opgenomen. Medeplichtigheid kan bestaan voorafgaand aan het misdrijf, door het opzettelijk verschaffen van gelegenheid, middelen of

¹⁸¹ Vgl. conclusie R Emmelink onder HR 29 juni 1971, NJ 1972, 116 (Postwissel).

¹⁸² HR 29 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC8436, NJ 1985, 6 m.nt. Van Veen, Hof 's-Hertogenbosch 20 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5111 en vgl. H.G.M. Krabbe, Uitlokking, in: J.B.J. van der Leij (2007) *plegen en deelnemen* (facetten van strafrechtspleging: vol 17), Deventer: Wolters Kluwer, p.148.

¹⁸³ T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. R Emmelink (voortgezet door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer, aantekening 30 bij artikel 47 (bijgewerkt t/m 17 juli 2017 door A.M. Machielse) en zie bijvoorbeeld HR 17 december 1917, NJ 1918, 79.

¹⁸⁴ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par VII.4.2.

¹⁸⁵ HR 29 april 1997, NJ 1997, 654 (kleurenkopieerapparaat) en vgl rb Limburg 13 november 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:10220 (vergismoord).

¹⁸⁶ G. Knigge, 'Het opzet van de deelnemer', in: Groenhuisen M.S. en Simmelink J.B.H.M. (red.) *Glijdende schalen* (De Hullu-bundel), Nijmegen: Wolf legal publishers, p. 291-321.

¹⁸⁷ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par VII.4.2.

¹⁸⁸ HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BL:8997, vgl. HR 29 maart 1966, ECLI:NL:HR:1966:AB6309 NJ 1966, 395 over 'gemeen gevaar voor goederen' in artikel 157 Sr.

inlichtingen. Of ten tijde van het begaan van het misdrijf door daarbij opzettelijk behulpzaam te zijn. Gedragingen ná het misdrijf, kunnen als zodanig geen medeplichtigheid opleveren, maar wel duiden op voorafgaande of gelijktijdige betrokkenheid.¹⁸⁹

Het kernverwijt bij medeplichtigheid is 'het bevorderen en/of vergemakkelijken van een door een ander begaan misdrijf'.¹⁹⁰ Waar de medepleger het strafbare feit ziet als 'zijn eigen' delict, ziet de medeplichtige het strafbare feit voornamelijk als het delict van de ander en onderwerpt zich daarmee als het ware aan de wil van die ander.¹⁹¹ Het (voorwaardelijk)¹⁹² opzet van de medeplichtige moet zijn gericht op het misdrijf dat hij ondersteunt en tevens op die ondersteuning.¹⁹³ Het opzetvereiste bij de medeplichtige omvat niet 'de precieze wijze waarop het misdrijf wordt begaan',¹⁹⁴ ook niet of dat in vereniging wordt begaan.¹⁹⁵ De medeplichtige wil behulpzaam zijn bij het begaan van een misdrijf; hoe dat misdrijf tot stand komt is van ondergeschikt belang. De door de medeplichtige verleende hulp hoeft niet onmisbaar te zijn, noch hoeft er sprake te zijn van een 'adequate causale bijdrage' voor de totstandkoming van het grondfeit.¹⁹⁶ De enkele ondersteuning (in de zin van bevordering of vergemakkelijking) is voldoende.

De medeplichtige hoeft ook niet op de hoogte te zijn van de identiteit van de feitelijke uitvoerder die hij heeft ondersteund.¹⁹⁷ Machielse geeft het volgende voorbeeld:

"wie, wetende dat er bij een ander een voornemen tot inklimming bestaat, een ladder neerlegt kan zich daardoor met voorwaardelijk opzet medeplichtig maken aan diefstal met inklimming ook al heeft geen afstemming plaatsgevonden met de inklimmer."¹⁹⁸

Bij het gegeven dat de medeplichtige vanwege zijn ondergeschikte rol de gang van zaken niet bepaalt, past dat de medeplichtige de kwalificatie van de dader volgt. Die kwalificatie naar de dader gebeurt wel onder de voorwaarde dat het (al dan niet voorwaardelijke) opzet van de medeplichtige ten minste gedeeltelijk past bij het gepleegde grondfeit. Volgens advocaat-generaal Hofstee is 'een zekere *discongruentie (...) in dat opzicht aanvaardbaar*'.¹⁹⁹ De enige voorwaarde is

¹⁸⁹ C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, aantekening 1 op artikel 48 Sr (Dolman).

¹⁹⁰ Vgl HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO2629, NJ 2011, 341.

¹⁹¹ W. Albers, T. Beekhuis en R. ter Haar (2020), 'Medeplegen: van wezenlijke bijdrage naar planverwezenlijking?', *DD* 2020/23, punt 2.

¹⁹² HR 18 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:385.

¹⁹³ HR 18 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:964.

¹⁹⁴ HR 4 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0780, NJ 2008, 156.

¹⁹⁵ HR 23 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:67.

¹⁹⁶ HR 8 januari 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AC0142, NJ 1988, 6, m.nt. Th.W. van Veen.

¹⁹⁷ HR 4 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0780, NJ 2008, 156, r.o. 3.6.

¹⁹⁸ T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rimmelink (voortgezet door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer, aantekening 7 bij artikel 48 (bijgewerkt t/m 17 juli 2017 door A.M. Machielse).

¹⁹⁹ PHR 12 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ3622.

dat het misdrijf waarop opzet van de medeplichtige wél is gericht, voldoende verband houdt met het uiteindelijke gronddelict.

Zo werd in een zaak waarin verdachte een mes verstrekke met het opzet op bedreiging, maar dat mes uiteindelijk werd gebruikt om anderen te steken, toch medeplichtigheid aan poging doodslag en poging zware mishandeling aangenomen.²⁰⁰ Als het opzet van de dader en medeplichtige niet helemaal overeenkomen, dan wordt vervolgens het voor de medeplichtige toepasselijke strafmaximum niet door de kwalificatie bepaald maar door het opzet van de medeplichtige.²⁰¹ Anders gezegd: Een medeplichtige aan moord behoeft dus zelf geen voorbedachte raad te hebben, en het eventueel ontbreken daarvan wordt bij de strafoplegging verrekend.²⁰² Gevolgen en omstandigheden die aan het opzetvereiste zijn onttrokken mogen dan wel weer bij die strafoplegging een rol spelen (artikel 49 lid 4 Sr).²⁰³

Gaat de pleger minder ver dan datgene waarop het opzet van de medeplichtige was gericht, kan de medeplichtige alleen voor dat mindere worden bestraft. Bijvoorbeeld als de pleger een eenvoudige diefstal pleegt in plaats van een diefstal met braak.²⁰⁴

Daarnaast geldt ook voor medeplichtigheid (evenals voor medeplegen en uitlokking) dat de vervolgbaarheid van de medeplichtige niet afhangt van de vervolgbaarheid van de pleger van het gronddelict.²⁰⁵

7.5 Samengestelde deelnemingsvormen

Naast de enkelvoudige deelneming, waarbij slechts twee personen betrokken zijn, bestaat ook de samengestelde deelneming. De rechtspraak heeft de strafbaarheid van deelneming aan deelneming aan een strafbaar feit zonder wezenlijke beperkingen aanvaard. Bijvoorbeeld medeplegen van medeplichtigheid aan medeplegen van poging tot moord.²⁰⁶

²⁰⁰ HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO4471, r.o. 2.5.3.

²⁰¹ HR 27 oktober 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AD0021, NJ 1988, 492, HR 2 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7932, NJ 2007, 553, HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO4471 en HR 6 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:304.

²⁰² HR 2 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7932.

²⁰³ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par VII.5.3.

²⁰⁴ C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, aantekening 4b. op artikel 48 Sr (Dolman).

²⁰⁵ HR 29 januari 1894, W 6467; vgl HR 22 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1761, NJ 2001, 698 Alleen bij algemene vervolgingsuitsluitingsgronden (zoals ontbreken klacht bij een klachtdelict) kan de medeplichtige ook niet worden vervolgd.

²⁰⁶ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par VII.7.1. HR 24 januari 1950, ECLI:NL:HR:1950:220, NJ 1950, 287, HR 24 maart 1959, ECLI:NL:HR:1959:29, NJ 1959, 559 (uitlokking van uitlokking van een strafbaar feit), HR 13 maart 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC8505, NJ 1991, 56 (medeplichtigheid aan medeplichtigheid aan valsheid in geschrift), HR 22 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1761, NJ 2001, 698 (feitelijk leidinggeven aan medeplichtigheid van een rechtspersoon),

7.6 Overlap tussen deelnemingsvormen

Een haarfijne afgrenzing tussen medeplegen en andere deelnemingsvormen bestaat niet.²⁰⁷ Voor de deelnemingsvormen medeplegen en uitlokking geldt dat zeker, nu het medeplegen niet hoeft te hebben bestaan in een gezamenlijke uitvoering en zelfs geen lijfelijke aanwezigheid daarbij verlangt.²⁰⁸ Zo kunnen het verzoek of een opdracht om bepaalde handelingen te verrichten en bijvoorbeeld het daarvoor aan de ander een beloning in het vooruitzicht stellen, zowel uitlokking als medeplegen opleveren.²⁰⁹

Ook kan meervoudige deelneming voorkomen, te weten dat een bij een strafbaar feit betrokkene zelf meerdere deelnemingshandelingen verricht. Zo is een van de belangrijkste betrokkenen bij de schilderijenroof uit het Van Gogh-museum veroordeeld voor het medeplegen, maar ook voor het uitlokken van die roof.²¹⁰

HR 13 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ5461 (medeplegen van medeplichtigheid aan medeplegen van poging tot moord).

²⁰⁷ HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, *NJ* 2015, 390 m.nt. Mevis, r.o. 3.3.1. Zie ook HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:AB7635, *NJ* 1994,55, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de stelling dat medeplegen en uitlokking vormen van daderschap zijn die elkaar uitsluiten, geen steun vindt in het recht.

²⁰⁸ HR 17 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC7388, *NJ* 1983, 84 m.nt. ThWvV; HR 17 december 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AC9145, *NJ* 1986, 427; HR 15 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC4107, *NJ* 1986, 740.

²⁰⁹ HR 27 januari 1998, *DD* 98.155, r.o. 7.1. Zie ook HR 24 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:375, *NJ* 2017, 375 m.nt. Keulen, waarin het medeplegen van een poging tot doodslag, waarin verdachte's bijdrage hoofdzakelijk bestond in het aansporen van en het aanwijzingen en opdrachten geven aan de medeverdachte.

²¹⁰ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par VII.7.4, HR 1 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AB7635, *NJ* 1994, 55.

8 Error in objecto/persona

8.1 Inleiding

Gelet op de aanwijzingen in het dossier dat verdachten mogelijk een ander vliegtuig hebben willen treffen dan vlucht MH17 is het aangewezen bij de bespreking van het juridisch kader in te gaan op de vraag of een mogelijke vergissing in doel van invloed is op de door de rechtbank in deze zaak te nemen beslissingen. We beperken ons hierbij tot de vergissing in doel: het Openbaar Ministerie ziet in het dossier geen aanwijzingen dat de verdachten een ander misdrijf hebben willen plegen of een andere uitvoeringswijze hebben beoogd dan heeft plaatsgevonden.

8.2 *Error in objecto/persona* en strafbaarheid van de pleger

Bij de *error in objecto* wordt het verkeerde object getroffen, bij de *error in persona* wordt de verkeerde persoon (als 'object') getroffen.²¹¹

Minister Modderman is bij de invoering van het Wetboek van Strafrecht kort ingegaan op de gevolgen van *error in persona* voor de strafbaarheid van de pleger. Op 1 november 1880 merkte hij tijdens beraadslagingen in de Tweede Kamer het volgende op:

“Wanneer *wil* en *daad*, hoewel ieder op zich zelf naar den eisch aanwezig, elkander niet geheel dekken, dan wordt mijns inziens daardoor het opzet alleen dan weggenomen, wanneer de dwaling, de vergissing, het tusschentredend toeval, kortom het verschil tusschen wil en daad betrekking heeft op de *essentialia*, niet wanneer zij betrekking hebben op de *accidentalialia*. Stel dat iemand in de schemering in hinderlaag ligt om een ander te doden, en dat hij niet den bedoelden maar een ander doodelijk treft. Nu is er mijns inziens niet poging tot moord *plus* doodslag door onvoorzigtigheid, maar één enkel misdrijf - *moord*. Of al de mensch dien hij wilde doden A heette en de mensch dien hij heeft gedood B, dat doet mijns inziens niets hoegenaamd af. Want moord is niet het doden van A of van B, maar van een mensch. Een mensch heeft hij willen doden; een mensch heeft hij gedood”.²¹²

Deze benadering van minister Modderman met betrekking tot de strafbaarheid van de pleger heeft algemeen navolging gevonden in de rechtspraak.

De Hoge Raad kreeg in 1997 te oordelen over een zaak waarin een vergissing in de persoon van het slachtoffer was begaan bij het plegen van een moord. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba had uit de bewijsmiddelen afgeleid dat de verdachte opzettelijk, na kalm beraad en overleg, een geladen pistool had gericht op de persoon die hij

²¹¹ Dit “treffen” moet in ruime zin worden verstaan. Ook het stelen van het verkeerde object bijvoorbeeld valt eronder.

²¹² H.J. Smidt (herziening en aanvulling door J.W. Smidt), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, deel II, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 130.

aanzag voor R.G.F., dat hij vervolgens op die persoon had geschoten en dat hij die persoon — die later C.I.S. bleek te zijn — dodelijk had getroffen. Volgens de Hoge Raad had het Hof kennelijk en niet onbegrijpelijk de tenlastelegging aldus opgevat dat daarin aan de beklaagde werd verweten dat hij opzettelijk en met voorbedachten rade een persoon, die later C.I.S. bleek te zijn, van het leven had beroofd door na kalm beraad en rustig overleg uit een geladen pistool een kogel op die persoon af te vuren. Aldus opgevat kon het ten laste gelegde en bewezenverklaarde feit volgens de Hoge Raad uit de inhoud van de gebezigde bewijsmiddelen worden afgeleid. De veroordeling wegens moord bleef in stand.²¹³

In een zaak van latere datum die diende voor de rechtbank Den Bosch in 2007 had de verdachte naar haar zeggen haar psychiater willen vermoorden. Ze had bewust met een mes in de richting van de hals gestoken van de persoon — een opsporingsambtenaar — die de betreffende spreekkamer binnenkwam. De rechtbank veroordeelde de verdachte onder meer wegens poging tot moord. De rechtbank oordeelde het irrelevant was dat verdachte had verklaard dat zij dacht dat haar psychiater de spreekkamer binnenstapte, omdat volgens de rechtbank naar geldend recht een mogelijke verwisseling van personen niet in de weg staat aan bewezenverklaring van voorbedachte raad.²¹⁴

In 2012 diende bij de rechtbank Dordrecht een zaak waarin de verdachte onder meer voor een 'vergismoord' terecht moest staan. Hij had — in zijn optiek: wegens ondergane vernederingen — zijn ex-vriendin om het leven willen brengen maar schoot bij vergissing haar oudere zus dood. Veroordeling wegens moord volgde waarbij de rechtbank overwoog dat aan het aannemen van voorbedachte raad niet in de weg staat dat er een vergissing heeft plaatsgevonden ten aanzien van de persoon van het slachtoffer.²¹⁵ Het Hof Den Haag was het in hoger beroep hiermee eens.²¹⁶

De rechtbank Amsterdam overwoog in 2018 in een zaak van een vergismoord dat 'de omstandigheid dat er sprake is van een verwisseling van het beoogde slachtoffer, de beoordeling van het opzet op de dood niet anders maakt' en dat 'een verwisseling van het beoogde slachtoffer niet in de weg staat aan het aannemen van voorbedachte raad'.²¹⁷

Voorts valt hier te noemen de zaak waarin de verdachte met een explosief schade had willen toebrengen aan de woonboot van een ander omdat deze tien jaar daarvóór zijn zusje zou hebben misbruikt. Hij had gehoopt dat de ander zou verhuizen als deze geen boot meer zou hebben. De verdachte vergiste zich echter bij de uitvoering. Hij verwarde de beoogde woonboot met een nabijgelegen woonboot van een man en diens vriendin, maakte het explosief aan laatstgenoemde

²¹³ HR 8 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0681, *NJ* 1997, 443. Ook dit arrest komt (onder nr. 62) kort ter sprake in PHR 17 november 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BI2315, zijnde de conclusie van A-G Jörg vóór HR 17 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI2315, *NJ* 2010, 143 m.nt. T.M. Schalken.

²¹⁴ Rb Den Bosch 24 december 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BC1039.

²¹⁵ Rb Dordrecht 11 oktober 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BX9919.

²¹⁶ Hof Den Haag 19 januari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:37. Het cassatieberoep in deze zaak werd verworpen in HR 19 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3185 na het tussenarrest HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1325, *NJ* 2016, 348 m.nt. T. Kooijmans. In de procedure bij de Hoge Raad kwam de error in persona-problematiek niet aan de orde.

²¹⁷ Rb Amsterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3223.

woonboot vast en bracht dit tot ontploffing. Door deze ontploffing overleed de bewoner en raakte diens vriendin ernstig gewond. De vergissing stond niet in de weg aan een veroordeling door het Hof Amsterdam in 2017 van de verdachte wegens het opzettelijk een ontploffing teweegbrengen, terwijl daarvan gemeen gevaar voor goederen te duchten is en terwijl daarvan levensgevaar en gevaar voor zwaar lichamelijk letsel voor een ander te duchten is en het feit iemands dood ten gevolge heeft.²¹⁸

In de rechtsliteratuur over *error in objecto* en/of *error in persona* zien we dezelfde benadering als in de rechtspraak. Zeker bij abstract geredigeerde delictomschrijvingen (waarin het object of de persoon waarop de gedraging zich richt, in algemene bewoordingen is aangeduid) tast *error in objecto* of *error in persona* het opzet niet aan en staat het niet in de weg aan strafbaarheid van de pleger. Anders gezegd: de vervullingswijze van een delict onttrekt zich aan de opzeteis voor de pleger indien de relevante bestanddelen een abstracte inhoud hebben.

De Hullu spreekt in dit verband van *dolus generalis* oftewel generaal opzet: des te generaler het opzetbegrip is, des te minder correspondentie is vereist tussen hetgeen is beoogd en hetgeen feitelijk is gedaan.²¹⁹

Postma schrijft:

“Materieelrechtelijk wordt in de literatuur geen hoge eis gesteld aan de mate van bepaaldheid van het opzet van de pleger. De dominante opvatting lijkt te zijn dat het voldoende is dat zijn opzet is betrokken op de door opzet bestreken delictbestanddelen (‘delictsessentialia’). Die bestanddelen hebben vaak een algemene inhoud: het wegnemen van ‘een goed’ (art. 310 Sr), de levensberoving van ‘een ander’ (art. 287 Sr). Het opzet hoeft in die gevallen enkel te zijn gericht op die algemene inhoud.

Dit heeft als consequentie dat het opzet bijvoorbeeld niet gericht hoeft te zijn op het doden van een *bepaald* slachtoffer. Ook een feitelijke dwaling – een ‘onjuiste voorstelling’ van een feitelijke toestand die (mede)beslissend is geweest op de handeling’ – sluit dat opzet in de regel niet uit, omdat het opzet immers in het geheel niet hoeft te zijn gericht op de concrete vervullingswijze van de bestanddelen. Het dodingsopzet wordt bijvoorbeeld niet aangetast door een feitelijke dwaling ten aanzien van de *causale totstandkomingswijze* van doodslag of een *error in persona/objecto* in dat kader.”²²⁰

Als iemand in een opwelling A wilde doden maar achteraf blijkt B gedood te hebben, heeft hij zich dus ‘gewoon’ schuldig gemaakt aan doodslag. Hij heeft weliswaar een andere persoon gedood dan hem voor ogen stond maar wat hij heeft gedaan, valt ‘gewoon’ onder de in artikel 287 Sr neergelegde delictomschrijving. De persoon die hij op het moment van de daad voor zich zag en doodde, is immers ‘een ander’ in de zin van die bepaling en, gelet op de algemene aanduiding ‘een ander’, was opzet gericht op het doden van (een persoon die kan worden aangemerkt als) ‘een

²¹⁸ Hof Amsterdam 20 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3783.

²¹⁹ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par IV.2.5.

²²⁰ Zie A. Postma, *Opzet en toerekening bij medeplegen. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, diss. Groningen, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 91.

ander' voldoende. Juridisch is er, wat doodslag betreft, geen verschil tussen A en B. Zij zijn in juridisch opzicht gelijkwaardig aan elkaar.

Zowel artikel 168 Sr als artikel 289 Sr is abstract geredigeerd. Artikel 168 Sr stelt het doen verongelukken van 'enig luchtvaartuig' strafbaar. De delictsomschrijving van moord stelt het met voorbedachte raad van het leven beroven van 'een ander' strafbaar. Deze artikelen brengen tot uitdrukking dat het doen verongelukken van een vliegtuig en het doden van een ander in beginsel wederrechtelijk is. De aard van het vliegtuig en de identiteit van de slachtoffers doen daarbij niet ter zake. Hetzelfde geldt voor het tijdstip, de plaats en de wijze van het doen verongelukken en de levensberoving.²²¹

8.3 *Error in objecto/persona* en strafbaarheid van de deelnemer

Uit de rechtspraak blijkt dat ook voor deelnemers geldt dat verschillen tussen een beraamd misdrijf en de uitvoering daarvan niet snel leiden tot straffeloosheid, of het nu gaat om de wijze van uitvoering of de identiteit van de slachtoffers.

Dat blijkt onder meer uit een arrest van de Hoge Raad uit 2018. De verdachte in die zaak had andere personen overgehaald, onder meer door toezegging van een geldbedrag, om de vader van zijn ex-vriendin 'kapot' te slaan. De uitvoerders van dit plan hadden vervolgens iemand die zij bij vergissing voor het beoogde slachtoffer hielden, met een mes ernstig letsel toegebracht. Dit gebeurde in januari in het donker 's avonds en de verdachte was niet zelf ter plaatse geweest om het beoogde slachtoffer te identificeren. Verder kenden de uitvoerders het beoogde slachtoffer niet en had de verdachte maar zeer beperkte gegevens aan de uitvoerders verschaft over de uiterlijke kenmerken van het beoogde slachtoffer. Er was in deze zaak dus sprake van een andere mishandelingswijze dan afgesproken en tevens van een ander slachtoffer. De verdachte was door het Hof veroordeeld wegens het medeplegen van zware mishandeling met voorbedachten rade.²²² Volgens de Hoge Raad kon het Hof oordelen dat de verdachte voorwaardelijk opzet had gehad op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel aan een persoon die later het (verkeerde) slachtoffer bleek te zijn. De omstandigheid dat de verdachte met zijn mededaders had afgesproken dat zij het beoogde slachtoffer 'kapot' zouden slaan, doet hieraan volgens de Hoge Raad niet af.²²³

Een ander voorbeeld is het al genoemde arrest van de Hoge Raad uit 2002 over een vader die zijn zoon met een vuurwapen een school in Veghel liet binnengaan om de ex-vriend van zijn dochter te

²²¹ Zie A. van Dijk, *Opzet, Kans en Keuzes : Een Analyse van Doodslag in het Verkeer*, Zutphen: uitgeverij Paris 2017, p. 240.

²²² De rechtbank was gekomen tot de kwalificatie uitlokken van het medeplegen van zware mishandeling, met voorbedachte raad begaan.

²²³ HR 12 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:895, NJ 2018, 273. A-G Machielse wijst in zijn conclusie voor dit arrest op twee uitspraken van het Duitse Bundesgerichtshof (BGH 25 oktober 1990, 4 StR 371/90 en BGH 7 oktober 1997, 1 StR 635/96) volgens welke, in de omstandigheden van die zaken, error in persona bij de uitvoerders niet aan uitlokking in de weg staat. Vergelijk ook RB Limburg 13 november 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:10220.

doden.²²⁴ Bij de schietpartij die volgde werden meerdere slachtoffers geraakt. De vader werd veroordeeld voor het medeplegen van poging moord op één slachtoffer en medeplegen van poging doodslag op alle (andere) slachtoffers. Van Dijk schrijft over die zaak:

“In dit geval is het duidelijk dat de vader niet kon weten wie mogelijk slachtoffer zouden worden van de door zijn zoon in zijn afwezigheid te verrichten gedragingen. De onbepaaldheid van dit object – het door zijn zoon doden van “andere personen” – staat niet in de weg aan het aannemen van opzet in strafrechtelijke zin. De aanwezigheid van een strafrechtelijk relevant opzet is op zichzelf beschouwd onvoldoende voor strafrechtelijke aansprakelijkheid voor een voltooid delict. Een dergelijk opzet leidt alleen tot aansprakelijkheid indien voldoende correspondentie bestaat tussen het opzet-object en de actus reus. In dit soort gevallen is het de vraag of het vage opzet-object (de dood van een ander) in voldoende mate correspondeert met de zeer concrete actus reus (de dood van dit slachtoffer). Dat levert evenmin dogmatische problemen op. In de eerste plaats kan opgemerkt worden dat in het Nederlandse recht betrekkelijk lage eisen aan correspondentie worden gesteld. Een van de voorstelling afwijkende causale gang van zaken of de error in persona staat niet snel aan het aannemen van correspondentie in de weg. In deze gevallen gaat het om de vergelijking tussen een concreet opzet-object en een concrete actus reus. Als het gaat om een onbepaald opzet-object, dan levert de vergelijking nog minder problemen op. De concrete actus reus kan immers gemakkelijk onder het vage opzet-object gebracht worden. In de bovenbesproken zaak geldt dat ieder mens dat door de zoon in de school zou worden gedood te beschouwen is als ‘een ander persoon’. Bij een onbepaald opzet zal de correspondentievraag zelden problematisch zijn.”²²⁵

Het hierboven, bij de pleger, benoemde 'generale karakter' van het opzet is ook belangrijk bij strafbare deelneming. Door de betrokkenheid van anderen gebeurt het regelmatig dat zich min of meer onverwachte gebeurtenissen voordoen, dat de gang van zaken net wat anders is dan men zelf voor ogen had. De Hullu schrijft hierover:

"Opzet is een juridisch begrip, zo blijkt weer uit het bovenstaande, en is vooral ruimer dan 'bedoeling'. In het bewezen verklaren van opzet ligt ook een aspect van toerekening besloten: opzet kan zich uitstrekken tot omstandigheden die het gevolg zijn van het in gang zetten van gebeurtenissen, ook al is niet direct beoogd wat daarbij uiteindelijk precies is gebeurd. Nogal wat acties laten zich niet helemaal in de hand houden, maar een iets andere gang van zaken wordt dan, juridisch gezien, toch 'aanvaard' door de dader.”²²⁶

Ook voor deelnemers geldt daarom dat een feitelijk afwijkende vervullingswijze niet snel in de weg staat aan hun aansprakelijkheid.

²²⁴ HR 17 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE6118.

²²⁵ A. van Dijk, *Opzet, Kans en Keuzes : Een Analyse van Doodslag in het Verkeer*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 240-241.

²²⁶ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par IV.2.5.

In de jurisprudentie zien we, ook voor de deelnemer, uitsluitend de (abstracte) benadering van Van Dijk en De Hullu terug. In het Kleurenkopieerapparaatarrest werd tot uitdrukking gebracht dat degene die anderen aanzet tot stelen daarvoor verantwoordelijk is, óók als de feitelijke uitvoerders zich vergissen en het verkeerde object stelen.²²⁷ In meerdere strafzaken zijn personen op de achtergrond strafrechtelijk verantwoordelijk gehouden voor moorden op meerdere personen, of pogingen daartoe, óók als zij de dood van slechts één (en soms een geheel ander) persoon beoogden.²²⁸

Zoals eerder benoemd zijn de artikelen 168 Sr en 289 Sr abstract geredigeerd. Omdat zij geen specifieke eisen stellen aan de identiteit van het verongelukte vliegtuig of de 'ander' die is gedood, is opzet op die identiteit niet vereist en een vergissing in de identiteit van het doel ook voor de deelnemer niet van belang voor de bewezenverklaring.

8.4 Conclusie

Het Openbaar Ministerie constateert dat voor plegers en deelnemers een vergissing in doel niet in de weg staat aan een bewezenverklaring van de artikelen 168 Sr, 287 Sr en 289 Sr. Voor plegers en deelnemers is 'slechts' bewijs vereist voor hun opzet op het doen verongelukken van *een vliegtuig*, respectievelijk het doden van *een ander*. Voor de toepasselijke delictsomschrijvingen zijn de aard van het vliegtuig (burger of militair) en de identiteit van de slachtoffers niet relevant.

²²⁷ HR 29 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0148, *NJ* 1997, 654.

²²⁸ Zie o.a. Rb Limburg 13 november 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:10220, r.o. 4.3-4.4. Hoge Raad 17 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE6118 (Schietpartij school Veghel) en HR 14 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ1396 (Snookercentrum), Rb Amsterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3196 (Djordy Latumahina).