



Het begrip van poging

<https://hdl.handle.net/1874/241909>

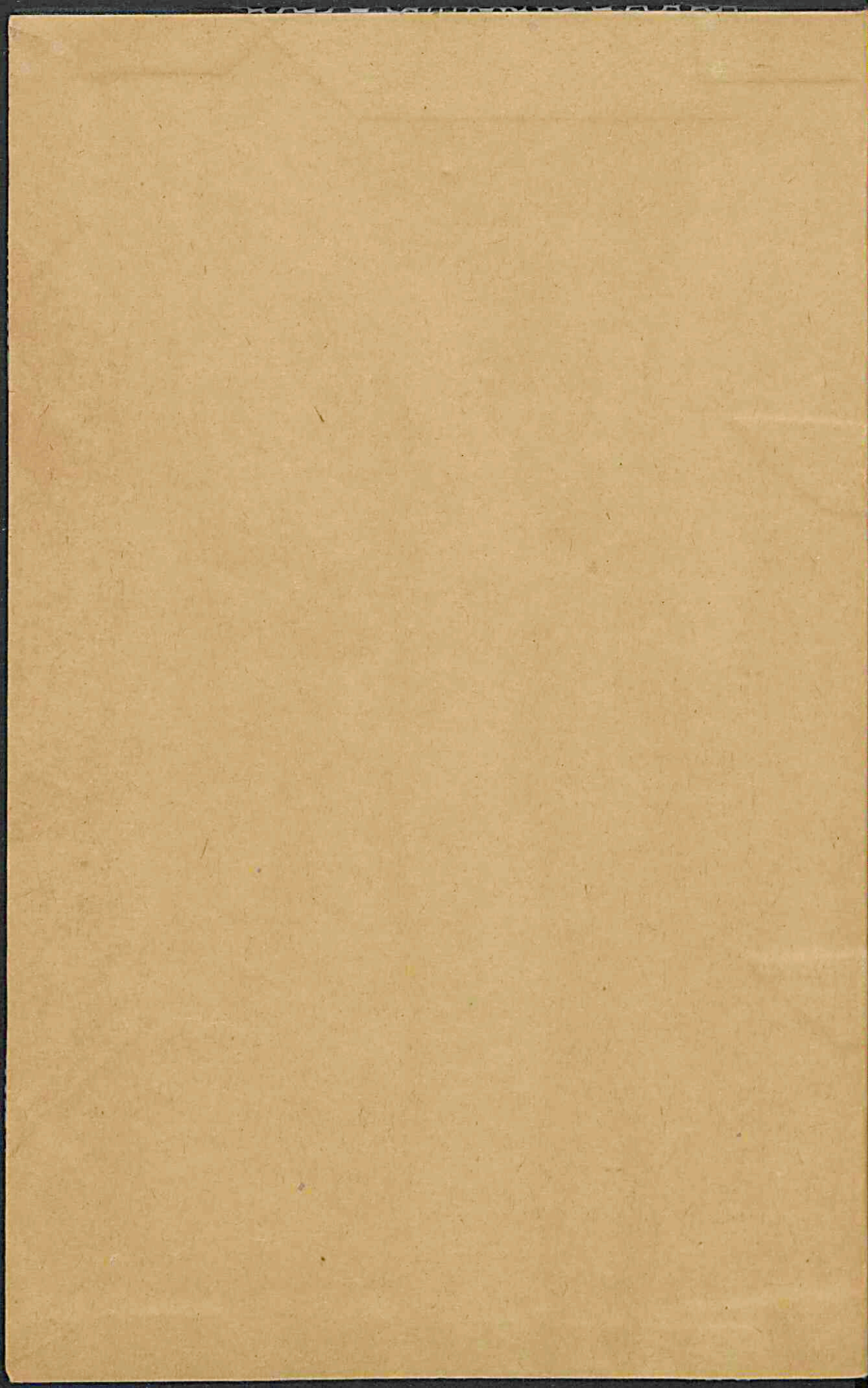
1882

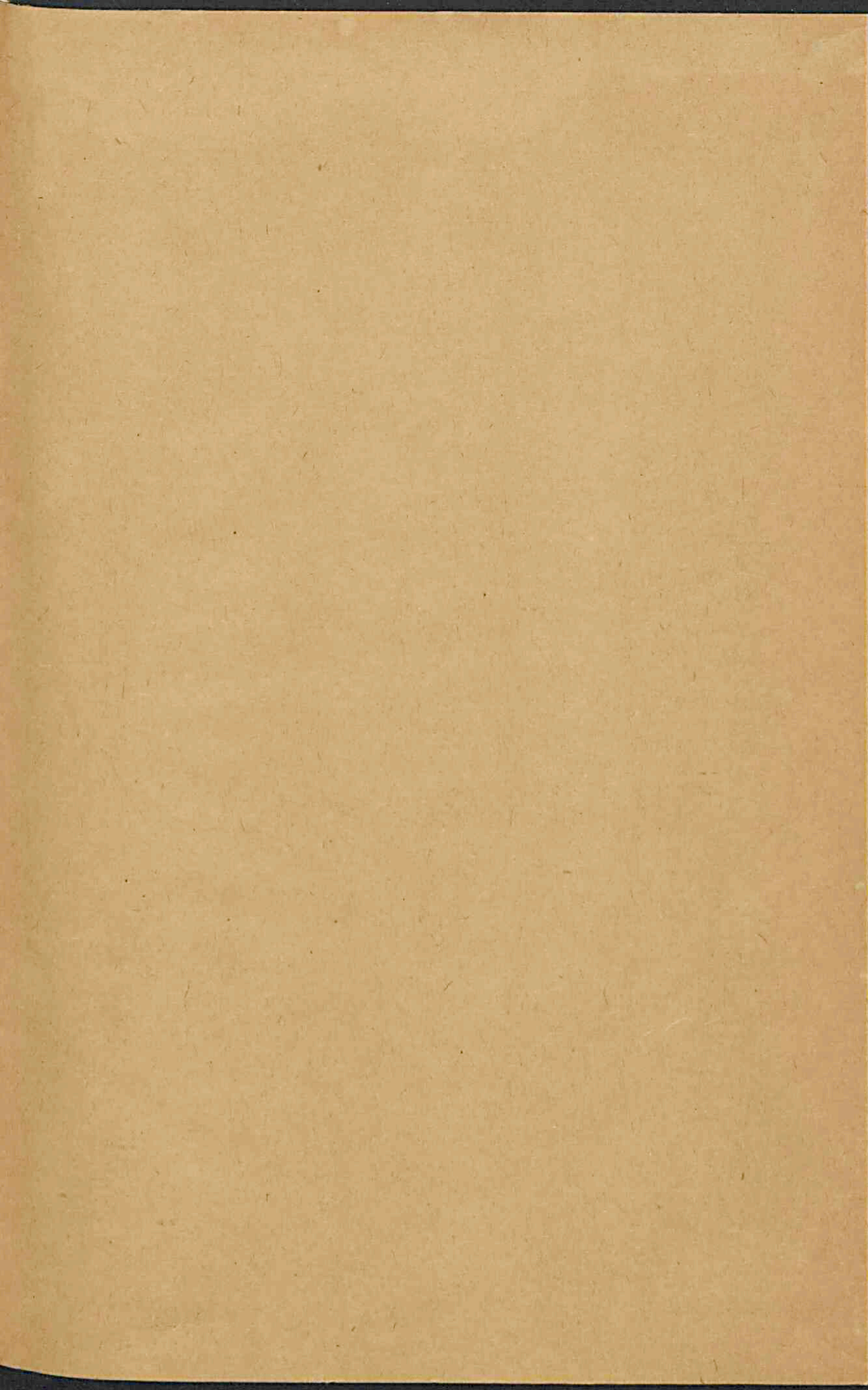
A. CAPADOSE.

HET BEGRIP VAN POGING.

u.

2





Agm 192 1882

HET BEGRIP VAN POGING.

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD

VAN

Doctor in de Rechtswetenschap;

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT,

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

D^R. S. TALMA,

Hoogleeraar in de Faculteit der Geneeskunde,

VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAT DER UNIVERSITEIT,

EN OP VOORDRACHT DER

RECHTSGELEERDE FACULTEIT,

TE VERDEDIGEN

op MAANDAG den 1^{sten} MEI 1882, des namiddags ten 3 ure,

DOOR

ABRAHAM CAPADOSE,

geboren te 's GRAVENHAGE.

UTRECHT — P. J. DIEHL — 1882.

BIBLIOTHEEK
RIJKSUNIVERSITEIT
UTRECHT

AAN MIJNE OUDERS.

HET BEGRIP VAN POGING.

~~~~~  
Stoomdruk van J. VAN BOEKHOVEN. — Utrecht.



## HOOFDSTUK I.

### HET BEGRIP VAN POGING VOLGENS DE VERSCHILLENDE THEORIEËN.

---

#### § 1. Objectieve theorieën.

##### A. *Leer van Zachariae.*

De strafbaarstelling der poging is reeds van zeer oude tijden.

Welke echter de bepalingen zijn geweest bij de Romeinen hieromtrent, schijnt niet vast te staan. De Glossatoren en anderen (Cropps in zijn: de praecept. juris Rom. circa puniendum conatum) nemen aan dat alleen bij de crimina atrociora poging strafbaar was gesteld. Zachariae (Versuch I pg. 106 sqq) echter heeft aangetoond dat bij de Rom. geen bepaalde regel gold. Waren er al eenige handelingen, die wij nu onder pogings-handelingen zouden brengen, door de latere leges publicorum judiciorum strafbaar gesteld evenals het misdrijf zelf, daaruit mag geen conclusie getrokken worden, dat bij de Romeinen, poging altijd evenals het misdrijf zelf werd gestraft.

Volgens de Glossatoren waren *voluntas sceleris* en *conatus delinquendi* identiek; het begrip van poging strekte zich bij hen uit van de *primi motus non in potestate nostra* tot aan de voltooiing.

De *primi motus* waren niet strafbaar als zijnde „non in potestate nostra” maar het *procedere ad actum*, hetgeen zij als pogings-handeling beschouwden, was strafbaar.

De Italiaansche *practici* hielden aan dit principe vast en beschouwden *cogitare*, *agere* et *non perficere* als poging.

Daar men echter begreep deze geheele uitgestrektheid van het gebied des poging begrijs niet onder het bereik der strafwet te moeten stellen, zoo onderscheidde men: straffelooze en strafbare poging. Voor de laatste werd door de meesten gevorderd: *actus ordinati ad principale delictum*.

Ook op Schwarzenberg's werk de C.C.C. is de Italiaansche leer van grooten invloed geweest.

Historisch hebben zich een menigte theorieën op deze fundamenteen gebouwd, de een is er meer de andere minder van afgeweken, de subjectieve theorieën b. v. zoeken den grond der strafbaarheid uitsluitend in het strafwaardige van het opzet, dat zich in de handeling openbaart, de objectieve in het strafwaardige van de handeling, waarin zich het opzet openbaart, weer anderen hebben die beide meeningen trachten te vereenigen — de subjectief-objectieve theorieën.

Eenige stelsels der voornaamste vertegenwoordigers van de verschillende theorieën, willen wij kortelijks nagaan om dan onze meening voor zoover zij er van afwijkt te uiten.

Onder de vertegenwoordigers der objectieve theorieën



bekleedt Zachariae zeer zeker een eerste plaats; het is daarom dat wij met hem deze verhandeling beginnen en in het kort zullen trachten zijn meening weer te geven zoo als hij die in zijn werk: „Die Lehre vom Versuche der Verbrechen” heeft neergelegd.

Welk is het begrip van poging? ziedaar de eerste vraag die ieder zich stellen zal. Wat is poging? Welke zijn hare grenzen?

Reeds dadelijk moet er op gewezen worden dat het begrip ruimer of enger wordt naarmate het in een spraakgebruikelijken dan wel in een strafrechtelijken zin wordt gebezigd.

In § 1 van zijn werk geeft Zachariae de volgende algemeene definitie van poging in den ruimsten zin van het woord:

„Unter Versuch denken wir uns im Allgemeinen eine absichtliche Handlung, welche darauf gerichtet ist eine gewisse Erscheinung in der Sinnenwelt hervorzubringen.”

Maar zelfs in een strafrechtelijken zin kan men tweeërlei bedoelen: het begrip de iure constituendo, maar ook de iure constituto vast te stellen, zooals Zachariae het uitdrukt § 6:

1. „Was ist Versuch und was Vollendung zufolge der Natur der Sache oder nach allgemeinen Rechts-ansichten.

2. Wie muss der Begriff des Versuchs mit Rücksicht auf eine bestimmte positive Legislation, insbesondere nach gemeinem Rechte, bestimmt werden, wenn der Gesetzgeber es unterlassen hat einen allgemeinen Begriff einen generellen Grundsatz darüber aufzustellen.”

Gedeeltelijk zal men beide vragen gelijktijdig kunnen beantwoorden, daar wij mogen vooronderstellen dat de wetgever wel rekening zal hebben gehouden met „die Natur der Sache,” en de „allgemeine Rechtsansichten.”



Over het algemeen stelt de wetgever de poging strafbaar, zoo gaat Zachariae verder, weten wij nu welke handelingen strafbaar gesteld zijn door den wetgever, dan moeten wij het begrip poging zoo vaststellen dat dezelfde grond der strafbaarheid voor haar kan gelden als voor de overige strafbare handelingen.

Ter vaststelling van het algemeen strafrechtelijke begrip van poging acht Z. het noodig een onderzoek te doen naar

I. De beginselen der wetgeving omtrent de burgerlijke strafbaarheid.

II. Het gevoelen des wetgevers omtrent aard en grond van de strafbaarheid der speciale strafbare handelingen.

III. De uitdrukkingswijze bij de bedreiging met straf.

De derde vraag laten wij hier rusten als meer speciaal voor de Deutsche wet dienend.

Alvorens tot de beantwoording van dit drietal vragen over te gaan, bestrijdt Z. een meening omtrent de begrippen poging en voltooiing.

In hoever namelijk moet het oogmerk van den handelenden in rekening gebracht worden bij de beoordeeling.

Z. noemt het oogmerk van secundaire beteekenis, het zal alleen bij de beoordeeling van het concrete geval bepalen *welk* misdrijf gepoogd is, of de gepleegde daad het einddoel des daders was dan wel of die slechts als middel moest dienen om een ander misdrijf te plegen. Maar nooit kan het oogmerk van den dader bepalen of er poging dan voltooid misdrijf is, wanneer het einddoel des daders, niet bereikt zijnde, door den wetgever van geene strafrechtelijke beteekenis wordt geacht.

Het verschil tusschen poging en voltooiing kan dus niet daarin gezocht worden dat in het eerste geval het gewilde



gevolg niet is tot stand gekomen. Het verschil tusschen poging en voltooiing moet daarin gezocht worden dat bij poging het gevolg niet is tot stand gekomen dat naar de voorstelling des wetgevers als uitvloeisel van het wezen der handeling daaruit zou voortspruiten, maar niet daarin dat het gewilde gevolg niet is tot stand gekomen dat de dader beoogde.

Dit ietwat onduidelijk betoog schijnt ons dit te bedoe-  
len: is er een opzettelijke handeling die echter niet dat  
gevolg heeft tot stand gebracht dat de dader er zich van  
heeft voorgesteld, dan zal hij dit een poging noemen, maar  
nu kan het zeer goed zijn, dat die poging door den wetge-  
ver als een misdrijf, dus als een voltooid, als een geheel  
gedacht, strafbaar is gesteld, dan is er dus een voltooid  
*misdrijf* en geen poging, tenzij juist het verder reikend  
doel door den wetgever wel als relevant wordt beschouwd,  
b. v. een neef wil zijn oom vergiftigen met het doel  
daardoor als erfgenaam ab intestato de erfenis te zullen  
beuren, heeft nu die neef zijn oom vergiftigd en de  
erfenis niet gebeurd door dat er een testament was dat  
een ander als erfgenaam instelde, dan is er *voor den neef*  
een *poging* geweest om de erfenis te krijgen door middel  
van vergiftiging, maar *tegenover de strafwet* is er een  
*voltooid misdrijf*, daar de wetgever vergiftiging straft,  
zonder op het verderreikend doel acht te slaan. Kent  
nu echter de wet vergiftiging met het oogmerk zich  
te verrijken als een speciaal misdrijf, dan wordt deze  
zelfde handeling een poging tot dit misdrijf en in zoover  
heeft Zachariae volkomen recht te zeggen: „dasz das  
unterscheidende Princip über Versuch und Vollendung nicht  
dahin bestimmt werden könne, Versuch sey anzunehmen,



wenn der vom Thäter bezweckte Erfolg nicht eingetreten sey." Maar hieruit volgt tevens dat zijn voorbeelden niet gelukkig gekozen zijn, want daar is alleen van „Absicht" niet van „Zweck" sprake; deze beide begrippen verwacht hij dan ook, zoo b. v. in den zin volgende op den geciteerden zegt hij: denn dan würde ja gerade die Entscheidung der Frage ob ein versuchtes oder vollendetes Verbrechen vorliege, lediglich von der *Absicht* des Thäters abhängig gemacht, dit moet nu zijn „von dem *Zweck*", want hij geraakt hier in tegenspraak met hetgeen hij eenige regels te voren zegt:

„Sollen wir aber die *Absicht* des Handelnden was und wieviel sie umfasste, ganz bei Seite liegen lassen, abgesehen von der Frage, ob zu jedem Versuch verbrecherischer vorsatz erforderlich sey? Ohne Zweifel kann sie nicht unbeachtet bleiben. Sie hat aber nur eine secundäre Bedeutung, die sich bei der Beurtheilung eines Falles in Concreto äussert, in sofern nämlich aus der Richtung des verbrecherischen Willens die Frage zu beantworten ist, *welches* Verbrechen von dem Handelnden versucht sey und ob die vorliegende That der Endzweck des Thäters oder nur das Mittel zur Verübung eines anderen Verbrechens war." Hier dus zegt hij dat door het oogmerk bepaald wordt welk misdrijf is gepoogd, d. w. z. is het oogmerk des daders een gevolg der materieele daad, dat aan de handeling het karakter van misdrijf geeft, dan is er poging tot misdrijf, maar is het oogmerk een gevolg der materieele daad, dat voor het strafrecht onverschillig is, dan is er geen poging tot *misdrijf*, maar tot iets dat den strafrechter niet aangaat, m. a. w. strafrechtelijk geen poging. — Maar zoo juist als hij hier oogmerk opvat zoo



verkeerd is het weer wat hij verder in dien zin zegt, want dat slaat niet op het oogmerk maar op het doel, het „Zweck” van den dader.

In een noot (pag. 10 n<sup>o</sup>. 2) haalt Z. eenige voorbeelden aan en zegt: „Dasselbe — nml. — dat het oogmerk van den dader niet kan beslissen of er poging dan wel voltooiing is, — musz aber auch andererseits gelten, wenn das Gesetz verschiedene Grade des *nämlichen* Verbrechens nach der Grösse des äusseren Schadens festsetzt. Wenn Jemand z. B. 18 Rthlr. stehlen wollte aber nur 12 Rthlr. entwendet, so wird man nicht sagen können es liege ein Versuch des grossen Diebstahls vor.”

Vooreerst is hier weer sprake van het oogmerk niet van het doel des daders, zoodat volgens Z. hier juist zijn oogmerk zou moeten uitmaken tot welk misdrijf er poging was tot dat van 18 Rthlr. te stelen of dat van 12 Rthlr. te stelen, want dit zijn dan toch wettelijk twee verschillende misdrijven met een verschillende strafbedreiging. Maar nu denkt Zachariae weer aan Zweck en zegt: neen de man steelt er slechts 12 en de wet straft dit als een voltooid misdrijf, dus kan er geen sprake zijn van poging om 18 Rthlr. te stelen. Hier is echter van geen doel maar alleen van het oogmerk sprake. Zoo ook: „Der Staatsverrätther hatt eine Absicht, die Staatsverfassung zu ändern, nicht erreicht; hier is nu waarschijnlijk weer sprake van Zweck en niet van Absicht.” Heeft de dader door den moord des Konings gemeend een geheele omwenteling te weeg te brengen, dan is de dood des Konings zijn oogmerk, zijn doel verandering der constitutie. Heeft nu de wet echter het moorden des Konings met het doel een verandering in de constitutie te brengen als een

speciaal misdrijf aangemerkt dan is er een voltooid misdrijf zoodra de Koning vermoord is, ofschoon de dader zijn oogmerk bereikt hebbend, zijn doel niet heeft bereikt.

Uit de voorbeelden blijkt, dat Z. voor oogmerk iets absoluut, ook quantitatief bepaalds vordert. Dit is volstrekt niet noodig. Men kan zich zelfs geheel vergissen in de identiteit, b. v. bij de zoogenaamde verwisselings gevallen: Ik dood iemand dien ik ontmoet en dien ik voor mijn vijand A. houd, maar het blijkt B. een ander te zijn.

Hier is een opzettelijke doodslag van den persoon, zijnde B. dien ik zag. Mijn handeling kan hier alleen in strijd geacht worden te zijn met mijn motief of met mijn verwijderd doel, maar niet met mijn oogmerk, mijn wil gericht op den dood van den persoon dien ik voor mij zag.

Maar wat verstaat men nu onder gevolg eener handeling, zoo gaat Z. verder. Is het materieele schade, zoo ja, dan moet dit de strafbaarheidsgrond van alle misdrijven uitmaken. Dit is echter niet het geval. — Is er dan misschien alleen sprake van poging bij misdrijven die schade te weeg brengen? Ook dit beantwoordt Z. ontkennend.

Gevolg, is volgens hem, elke verandering in de zinnelijke wereld.

Evenals elke uitwendige handeling moet ook de poging die veroorzaken.

Na deze bestrijding der meer subjectieve leer omtrent het begrip poging, wil Zachariae door de beantwoording der drie bovengemelde vragen trachten tot het ware begrip door te dringen.



Op de eerste vraag: welke zijn de beginselen der wetgeving omtrent de burgerlijke strafbaarheid, komt hij in § 53 tot de overtuiging, dat de grond der strafbaarheid in het algemeen moet gevonden worden in de, door het verstand erkende noodzakelijkheid van handhaving der rechtsorde, waarmede tevens het doel der burgerlijke straf samenvalt. Grond en doel der straf is instandhouding der rechtsorde, daarom kunnen alleen die handelingen als strafwaardig beschouwd worden welke de gemeenschap in gevaar brengen.

Hiertoe is niet juist noodig dat één recht geschonden zij, daaronder kunnen reeds begrepen worden de handelingen gericht op storing der publieke veiligheid.

Ware poging niet strafbaar gesteld zeer zeker zouden zich de gevallen van poging vermeerderen, en daarvoor, zoo meent Zachariae, is de staat niet alleen gerechtvaardigd maar zelfs verplicht poging met straf te bedreigen. Dat poging als zoodanig en niet als zelfstandig misdrijf moet strafbaar gesteld worden vindt eveneens zijn grond in het in gevaar brengen der gemeenschap, zooals Z. dit op pag. 89 uitdrukt:

„Die Versuchshandlungen müssen mit Strafe bedroht werden, nicht weil sie schon Uebertretungen anderer bestimmten Gesetzen enthielten; sonder weil der aus der begonnenen Gesetzübertretung erkennbare verbrecherische Wille den rechtlichen Zustand auch schon gefährdet.”

Daarna gaat hij over tot de beantwoording der tweede vraag: Welk is het gevoelen des wetgevers omtrent aard en grond der strafbaarheid der speciale misdrijven.

Bij sommige is de grond: het schenden der rechten van een bepaald individu, het vernietigen of feitelijk



opheffen van een noodzakelijk vereischte tot uitoefening van andere rechten. Bij deze misdrijven kan van poging gesproken worden tot zoolang die vernietiging of opheffing nog niet heeft plaats gehad. Deze misdrijven zijn die welke reeds volgens het spraakgebruik een bepaald gevolg eischen, wil men van voltooid misdrijf kunnen spreken.

Bij anderen is de grond: het in gevaar brengen van den ganschen rechtstoestand of van enkele rechten of het in strijd daarmede zijn.

Hier kan slechts van poging sprake zijn totdat de hoofdhandeling, noodzakelijk ter bereiking van het misdadig doel en de onmiddellijk daarmede verbonden werking, zijn geschied en dus werkelijk reeds iemand kan geacht worden in zijn rechten te zijn gekrenkt of bedreigd.

Hij noemt dus eerst de zoogenaamde materieele, in de tweede plaats de formeele misdrijven op.

Bij de formeele misdrijven zegt Z. is het gevolg meer een eigenschap der handeling zelf, dan wel een physische verandering ten opzichte van het object. § 13.

Kan men nu bij materieele misdrijven steeds van poging spreken zoodra er een of meer kenmerken ontbreken aan de strafbare handeling? § 16. Op deze vraag antwoordt Zach. ontkennend. Maar wanneer is de handeling waaraan een of meer kenmerken van het misdrijf ontbreken (Mangel im Thatbestand, zooals hij het noemt) wèl, wanneer geen poging?

Geen poging is die handeling wanneer het ontbrekende niet betreft het tot stand komen van het misdrijf in zijn geheel, of wanneer het niet het gevolg veroorzaakt het welk dient tot vaststelling van het begrip des misdrijfs.



Er moet dus zijn opzet en een handeling tot uitvoering hiervan, wil er sprake sprake zijn van poging.

Wij zien dus dat Voltooïing en Poging niet altijd zuiver tegenovergestelde begrippen zijn; zoo ook moeten de begrippen Begin en wat de Duitschers noemen „Thatbestand” — de som der kenmerken van het wettelijk begrip van het speciale misdrijf — niet met Poging en Voltooïing verward worden.

Het verschil tusschen Begin en Poging komt het duidelijkst uit bij culpooze misdrijven waar wel van een begonnen culpoos misdrijf kan gesproken worden maar niet van poging, vermits deze dolus vooropstelt.

Wat Thatbestand is zagen wij hierboven. Voltooïing is er zoodra alles gebeurd of bewerkt is wat tot het begrip van het speciale misdrijf behoort. § 18.

Het zijn correllate begrippen, maar bij het Thatbestand wordt meer op het objectieve deel van het begrip de aandacht gevestigd, bij voltooiing meer op het subjectieve, het handelen of het gebeuren dientengevolge. Wij weten dus nu reeds 3 vereischten voor poging, 1<sup>e</sup> dolus, 2<sup>e</sup> een handeling tot uitvoering van het opzet 3<sup>e</sup> dat nog niet alles geschied of bewerkt is wat tot het begrip van het misdrijf behoort.

Voorloopig geeft Z. dus deze definitie: „Versuch eines Verbrechens ist eine absichtliche auf Begehung eines Verbrechens gerichtete äuszere Handlung oder Unterlassung mit welcher oder durch welche noch nicht Alles geschehen oder bewirkt worden ist was sur Beendigung des Verbrechens vermögen seines gesetzlichen Begriffes gehört.”

Wanneer begint nu de poging?

Dat er ten minste een uitwendig waarneembare daad



moet verricht zijn is een beding voor de burgerlijke strafbaarheid in het algemeen § 98; trouwens door den enkelen wil of het eenvoudig besluit iets te doen kan de rechtsorde nog niet worden gestoord.

Cogitationis poenam nemo patitur, erkende reeds Justinianus. L 18 D (XLVIII: 19); L I § 1 D de furt.

Maar die uitwendig zinnelijk waarneembare daad moet een met het recht strijdende zijn d. i. niet gerechtvaardigd door een bizonderen rechtsgrond en gevaarlijk voor den rechtstoestand.

Is nu echter de bloote mededeeling van het besluit een strafbare handeling te plegen reeds strafbaar als poging? Neen, zegt Z., want „in einer solchen Aeusserung ligt noch keinen auf Hervorbringung des Verbrechens gerichtete Handlung, welche doch vorhanden sein muss, wenn überhaupt von einem Versuche soll gesprochen werden können, weil man von demjenigen welcher blos den Willen hatte, ein Verbrechen zubegehen, nicht sagen kann, er habe dasselbe versucht.” Wanneer in Asmodee b. v. staat dat het den schrijver waarschijnlijk reeds in een volgend nummer mogelijk zal zijn mededeelingen te doen over vermoedelijke diefstal uit de schatkist door ministers en andere hooggeplaatste personen, en al komt er nooit een bevestiging van hetgeen hij nu mededeelt, zal dit dan niet een poging tot belediging, verdacht-making etc. genoemd worden, zoodra blijkt dat deze mededeeling in het blad gedaan is met het oogmerk die personen in verdenking te brengen? Maar er is hier sprake van meer dan van „blos den Willen haben,” er is hier ten minste iets gedaan, er is gesproken, geschreven etc. Ofschoon dit geen poging is, daarmede wil Z. niet



zeggen dat een bedreiging nooit poging zou kunnen zijn, maar hij bestrijdt alleen dat het nooit poging is van dat misdrijf waarmede gedreigd is; het kan echter een poging zijn van dat misdrijf waartoe die bedreiging als uitvoeringsmiddel is aangevoerd. Als laatste vereischte, behalve dolus, uitwendige zinnelijk waarneembare daad, dat nog niet alles geschied of bewerkt is geworden, wat tot het begrip van het misdrijf behoort en de strijdigheid der verhandeling met het recht, — als laatste vereischte moet die handeling een uitvoeringshandeling zijn.

Wat zijn nu echter uitvoeringshandelingen in tegenstelling met voorbereidingshandelingen?

In § 108 geeft Zachariae dit criterium: „Anfang der Ausführung ist dann vorhanden, wenn mit einer Handlung begonnen worden ist, welche als wirklicher Bestandtheil der im Gesetze bedrohte That betrachtet werden kann, wenn also mit der Gesetzübertretung selbst schon der Anfang gemacht worden ist.”

Over het ontoereikende dezer definitie laat J. G. S. Bevers, in zijne Dissertatie getiteld: Over poging tot misdrijf met ondeugdelijke middelen of op een ondeugdelijk voorwerp, te Leiden den 27 Juni 1877 verdedigd, zich aldus uit:

„Hoe schoon dit ook moge zijn uitgedrukt, het is niet volledig en alleen juist voor formeele misdrijven. Bij deze toch, juist omdat voor de voltooiing geen bepaald resultaat geeischt wordt, heeft de wet de handeling zelve die tot het wezen van het misdrijf behoort, nauwkeurig omschreven. Bij materieele misdrijven daarentegen noemt de wet geen bepaalde handeling, maar elke handeling die een bepaald resultaat kan te weeg brengen . . . . .”  
Voor de materieele misdrijven wijzige men alzoo de for-



mule v. Zachariae als volgt: „Zoodra is aangevangen met een daad die op de uitkomst, in welks bewerking het misdrijf bestaat, rechtstreeks is gericht.” Maar ons inziens zegt dit niets; van iemand die met vastberaden wil zijn vijand dood te schieten, een pistool laadt, den haan spant, aanlegt, en eindelijk aftrekt, mag men zeggen dat al zijn daden rechtstreeks gericht waren op de uitkomst.

Trouwens het begrip, rechtstreeks, waar de geheele definitie op berust, is vaag; wat staat daar tegenover?

Nog een laatste vraag stelt Z. zich nl.: wordt objectief gevaar der handeling vereischt tot strafbaarheid der poging?

Objectief gevaarlijk is (zie Feuerbach, Lehrbuch § 250) een handeling, wanneer die naar haar uitwendigen aard (middellijk of onmiddellijk, meer of min) met het bedoelde misdrijf in causaal verband staat, omdat de burgerlijke strafbaarheid zonder een handeling die uitwendig met het recht in strijd is, onmogelijk kan aangenomen worden en een handeling eerst dan uitwendig met het recht strijdt, wanneer zij het recht schendt of bedreigt (gefährdet).

De vraag omtrent het objectief gevaarlijke splitst zich in tweeën:

a. moet het middel deugdelijk zijn.

b. „ „ object „ „

Z. neemt strafbaarheid aan bij poging met zoogenaamd relatief ondeugdelijke middelen, daarentegen straffeloosheid bij de absoluut ondeugdelijke.

Hetzelfde geldt voor poging op relatief of absoluut ondeugdelijk object.

Zachariae neemt daarom bij poging met relatief ondeugdelijk middel of object strafbaarheid aan, daar er



werkelijk een tot voltooiing dienstig middel is aangewend, maar door een toeval zijn werkzaamheid verijdeld is. De handeling is ook naar haren uiterlijken aard min of meer met de wet in strijd en daarom kan ook uit haar tot den *dolus* besloten worden, terwijl bij een poging met absoluut ondeugdelijk middel geheel de mogelijkheid buiten gesloten wordt, om uit den uitwendigen aard der handeling tot den *dolus* te concludeeren. Zach. pg. 241 en Rossi, Livre II Chap. 31.

Is dit waar, kan men bij absoluut ondeugdelijk middel uit de handeling niet tot den *dolus* concludeeren? Stelle men: A wil B doodschieten, hij laadt zijn pistool en legt het ter zijde om als B morgen ochtend vroeg voorbij komt, hem neer te schieten. 's Nachts haalt C den kogel uit het pistool. 's Morgens van niets wetende, schiet A op B, maar natuurlijk zonder gevolg; is nu de *dolus* niet volkomen duidelijk uit de handeling? Zegt men zooals Rossi: hij heeft niet alles gedaan om te kunnen slagen, dan bewijst dit te veel; want 1<sup>o</sup> zou hij dan in casu het pistool weder eerst moeten ontladen, om zich te overtuigen, of kogel en kruit er nog wel inzaten, en 2<sup>o</sup> dan heeft de dader bij relatief ondeugdelijk middel of object dat wel strafbaar is, volgens Zachariae en Rossi, ook niet *alles* gedaan om te slagen, want dan had hij een toevallig geharnasten man, eerst van zijn harnas moeten ontdoen en zou het „repeter du même acte” hem niet doen slagen, en in het geval A het pistool goed geladen had maar C 's nachts alleen de dosis kruit verminderd had, had A dan eerst moeten ontladen om zich te vergewissen of dezelfde hoeveelheid kruit nog in den loop aanwezig was.



Resumeeren wij nu kortelijks het bovengemelde, dan hebben wij gevonden dat Z. poging over het algemeen strafbaar acht, en wel om dezelfde redenen als die de strafbaarheid in het algemeen uitmaken, nl. het schenden of het in gevaar brengen der rechtsorde.

En dat hij als vereischte voor het strafrechtelijk begrip van poging de volgende vereischten stelt:

- 1<sup>o</sup>. opzettelijke handeling;
- 2<sup>o</sup>. zijnde een uitvoeringshandeling;
- 3<sup>o</sup>. objectief gevaar met zich slepend.

#### *B. Leer van Berner.*

Berner in zijn Lehrbuch des Deutschen strafrechtes, geeft op pag. 174 (11<sup>e</sup> uitgave) de volgende definitie van poging:

„Versuch heiszt die begonnene, aber nicht zum Ziele gelangte Ausführung des Verbrechens.”

Tusschen den wil een strafbare handeling te plegen en de voltooide daad, kan echter een reeks van graden liggen, waartoe ten eerste de voorbereidingshandelingen moeten gebracht worden. Als zoodanig kan men slechts een handeling beschouwen in betrekking met een ander en wel met de uitvoering. Wordt een handeling — die, wanneer men haar in betrekking met de uitvoering beschouwt, als voorbereidingshandeling zou gelden — in de wet strafbaar gesteld, zonder haar in betrekking met een andere te stellen, dan moet zij als delictum sui generis beschouwd worden. Over het algemeen zijn de voorbereidingshandelingen niet strafbaar, de uitzonderingen vinden hare rechtvaardiging in het bijzonder gevaarlijke dier handelingen. Een grens tusschen voorbereidings-



en uitvoeringshandelingen kan echter niet scherp worden getrokken. Ook Berner is van meening dat poging wel strafbaar is wanneer met relatief ondeugdelijk middel of op zoodanig object gericht, maar straffeloos wanneer met absoluut ondeugdelijk middel of op dusdanig object gemunt, omdat in de eerste beide gevallen er iets werkelijk tot de voltooiing dienstigs is gebezigd, er werkelijk een begin van uitvoering is, welke beide kenmerken men in de beide laatste gevallen mist (Lehrb. pg. 180 sqq). En dit moet wel zoo zijn, zoo redeneert hij verder: „Denn wenn alles auch *gemäsz der Natur, des vorliegenden Falles* zur Vollbringung geeignet sein müsste: so müsste auch immer die Vollbringung selbst aus den völlig dazu geeigneten Bedingungen hervorgehen. Dies rechtfertigt den Satz, dass bei relativ untauglichen Objekten und Mitteln der Begriff des strafbaren Versuches nicht ausgeschlossen sei.”

Zijn redeneering is dus de volgende: moest alles, volgens den aard van het onderhavige concrete geval, geschikt zijn om tot de voltooiing te geraken, dan zou ook altijd die voltooiing zelve uit de daartoe noodzakelijke voorwaarden voortvloeien; ergo zou poging niet strafbaar kunnen gesteld worden, poging *is* echter strafbaar gesteld, *daarom* is men volkomen gerechtvaardigd te zeggen: Bij relatief ondeugdelijk middel of object is poging als strafbaar, bij absoluut ondeugdelijk middel of object is het tegenovergestelde aan te nemen.

Daarenboven geeft hij hoegenaamd geen grenzen tusschen voorbereidings- en uitvoeringshandelingen, tusschen relatief en absolute ondeugdelijkheid, noch veel minder een definitie er van, ofschoon juist die begrippen moeten



uitmaken of er strafbare dan straffelooze poging is; ja, Berner erkent zelf dat de grens niet te trekken is.

Of er poging is ja dan neen, zal dus volgens Berner moeten bepaald worden naar begrippen, wier al of niet aanwezigheid in de concrete gevallen niet alleen dikwijls moeielijk valt te onderscheiden, maar die in abstracto niet te begrenzen zijn.

Zou zulk een leer den rechter veel baten?

## § 2. Subjectieve theorieën.

### A. *Leer van Schwarze.*

Schwarze in von Holtzendorff's Handbuch des Deutschen Strafrechts, Band II pag. 270 sqq. — zegt: Poging in den dagelijkschen zin van het woord drukt steeds iets onvoltooids uit, maar van een anderen kant, de richting eener handeling naar een bepaald, gewild, maar niet bereikt gevolg, m. a. w. de wil reikte verder dan de gevolgen der gepleegde handeling.

Is het gevolg dat de dader zich voorstelde ingetreden, dan is er voltooiing.

Het juridisch begrip is volgens Schwarze gelijk aan dat van het dagelijksch leven. Zijn definitie van poging luidt aldus:

„Der Versuch ist die Handlung, durch welche der Thäter den Eintritt des von ihm beabsichtigten, als strafbar bezeichneten Erfolgs zu bewirken beabsichtigt; die Vollendung ist dieser Erfolg; — bei dem Versuche ist das Absichts-moment durch die That nicht gedeckt, der Erfolg derselben bleibt hinter jenem zurück, bei der Vollendung decken sich Absicht und Vollendung.” t. a. p. pag. 271.

De wil een strafbare handeling te plegen, zegt hij,



kan door elke handeling aan het licht gebracht worden en de vraag of een handeling volgens haren aard, het bewijs kan leveren, dat de dader bij de pleging der handeling een bepaald, en reeds welk doel op het oog heeft gehad komt hier niet ter sprake, dit betreft alleen het bewijs van de betrekking tusschen handeling en den wil des daders, maar niet die betrekking zelve.

Wanneer uit een handeling blijkt welk doel de dader beoogde en waarop zijn wil gericht was, ja, de handeling dit bewijst, dan staat die handeling toch wel degelijk in betrekking met den wil des daders; het is ons niet duidelijk hoe Schwarze die scheiden wil; met het bewijs is de betrekking der handeling tot den wil perse aangetoond; waarschijnlijk bedoelt Schwarze dat, ofschoon een handeling niet het bewijs oplevert dat zij in betrekking staat met het oogmerk, toch wel degelijk een pogingshandeling kan zijn m. a. w. wel degelijk met het oogmerk in betrekking kan staan.

Als aanvangspunt der poging beschouwt Schwarze (t. a. p. pag. 277) elke handeling die de uitvoering van het misdrijf beoogt.

Voor den aanvang der strafbaarheid acht hij dit begrip echter te ruim en maakt daarom een onderscheiding tusschen voorbereidings- en uitvoeringshandelingen, welke onderscheiding gerechtvaardigd wordt daardoor, dat bij de eerstgenoemde de wil zich nog niet bestemd, bepaald heeft geuit, daar men dikwijls ziet dat menigeen op het oogenblik der uitvoering terugdeinst, bij uitvoeringshandelingen daarentegen heeft de wil zich als vast besloten doen kennen. — De grens tusschen voorbereidings- en uitvoeringshandelingen laat zich in geen algemeen geldende



formule brengen. De voorbereidingshandelingen acht hij niet strafbaar, juist omdat de wil een misdrijf te plegen, zich nog niet duidelijk toont (t. a. p. pag. 277). Sommigen worden strafbaar gesteld om . . . men zou meenen dat er moest volgen: omdat ze bij uitzondering den wil een misdrijf te plegen wel toonen, neen . . . om het bijzonder gevaarlijke (t. a. p. pag. 278).

Hij schijnt dus twee gronden der strafbaarheid aan te nemen, bij misdrijven, en poging met uitvoeringshandelingen — de wil zich toonende in de handeling; bij poging met voorbereidingshandelingen — het bijzonder gevaarlijke.

Waarom hij echter een onderscheid aanneemt tusschen voorbereidings- en uitvoeringshandelingen zegt hij ons niet; uit zijn woorden zou men opmaken dat het er alleen op aankwam of de wil een misdrijf te plegen zich weerspiegelde in de gedane handeling, ja dan neen, om het onder de eene of andere categorie te brengen, te meer daar hij verklaart pag. 296: . . . „weil die Handlung, ohne Kenntniss von der Absicht des Handelnden, eine rechtlich indifferente ist”; toch blijkt uit den verschillende grond der strafbaarheid dien hij voor beiden stelt, dat hij nog een ander kenmerk ter onderscheiding der begrippen voorbereidings- en uitvoeringshandelingen aanneemt.

Poging zoowel met absoluut als relatief ondeugdelijk middel of object acht hij strafbaar, ofschoon hij de onderscheiding van absolute en relatieve ondeugdelijkheid verwerpt.

Als kenmerk der poging stelt hij dus: de wil een strafbare handeling te plegen, geobjectiveerd in een daad. — Op pag. 293 zegt hij: „diese böse, manifestirte Absicht ist das Merkmal des Versuchs.”



En hiermede heeft hij zich aan de subjectieve zijde geschaard, gelijk hij zelf trouwens erkent op pag. 295... „So ist nicht in abrede zu stellen, dass wir hiermit die objective Theorie völlig verlassen und den Schwerpunkt in den Willen des Thäters legen.”

Als kenmerken voor strafbare poging vordert Schwarze dus:

Opzet, en openbaring van dat opzet in een uitwendige daad, die echter een uitvoeringshandeling moet zijn.

#### B. *Leer van Köstlin.*

Köstlin vindt het karakteristieke der poging in het gebrek aan overeenstemming tusschen wil en daad; daarin dus dat de daad „nicht die Extensivität hat, welche im Willen lag, und dass sie eben darum ihre wahre Bedeutung nur durch ihre Zurückbeziehung auf den letzteren erhält.” — Köstlin. Neue Revision § 118 pag. 339. De wil reikt dus verder dan de gepleegde daad.

Hiertegen geldt echter deze bedenking, dat men moeilijk kan zeggen dat hij, die met één dolksteek zijn vijand bewusteloos ter aarde deed zijgen, meenende hem gedood te hebben, minder *gedaan* heeft dan hij wilde. Zijn daad is in volkomen overeenstemming met zijn willen, maar hij had zich een ander gevolg van zijn daad verwacht. — Juis-ter lijkt ons daarom wat Schwarze zegt, pag. 270, bij v. Holtzendorff: „die Absicht ging weiter als der *Erfolg* der zur Erreichung derselben vorgenommenen Thätigkeit.” — Er is dus meer gewild dan geschied. Bij schuld (culpa) is meer geschied dan gewild. t. a. p. pag. 443.

Wil men nu, evenals Köstlin, enkel den wil treffen dan zou men bij culpa het gevolg als niet gewild niet kunnen

straffen en de handeling, waaruit het gevolg voortspoot, moest als een doleus misdrijf gestraft worden.

Binding in zijn werk getiteld: *Die Normen und ihre Uebertretung*. Bd. II pag. 166, 167 zegt dat dan een culpoos misdrijf zwaarder moest gestraft worden dan de poging, omdat bij het eerste een gevolg is tot stand gekomen. Maar het is dunkt ons niet juist om dit tegen Köstlin aan te halen, daar volgens hem een daad en haar gevolg alleen beteekenis verkrijgen door „das in ihr hervortretende Wesen” nml. de wil, en, daar juist het gevolg bij een culpoos misdrijf niet gewild is, is dit voor Köstlin geheel irrelevant voor de strafbaarheid.

Op twee wijzen, zoo redeneert Köstlin verder, is „das Thatmoment die unangemessene Erscheinung des Willensmomentes” en wel:

1<sup>o</sup>. door dwaling van den dader in de objectieve omstandigheden; omstandigheden die het gevolg niet in zijn geheel kunnen verwezenlijken;

2<sup>o</sup>. door verhindering van den wil bij zijn objectiveering.

Wij krijgen dus twee soorten van poging met verschillende kenmerken.

Bij poging met ondeugdelijk middel of object is het kenmerkende dwaling.

Bij andere poging — verhindering. (t. a. p. 224).

Die dwaling kan weer tweeërlei zijn:

Een verkeerde voorstelling.

Een verkeerde berekening van het causaal verband.

Maar hiertegen geldt dat zonder een juiste berekening van het causaal verband er wel degelijk uitvoering, en dus het gewilde gevolg kan intreden, en dit dus geen kenmerk van poging kan zijn, want stelle men dat ik



berekend heb dat een mensch sterft aan een schrap op den arm, dan is deze berekening onjuist, daar een schrap zonder meer op den arm toegebracht geen doodelijk gevolg met zich zal slepen; komt er nu echter door slechte verzorging koud vuur in den arm en sterft dientengevolge de patient, dan is het gewilde gevolg, ondanks de onjuiste berekening van het causaal verband tusschen die lichte verwonding en het daaraan vastgeknoopt doodelijk gevolg, tot stand gekomen.

Köstlin heeft zijn begrip van poging daarenboven gewijzigd, daar hij eerst heeft gesproken van: „die Absicht welche auf die vollendung eines Verbrechens gerichtet war”, maar later van die welke „sich auf dessen Begehung bezieht”. — t. a. p. § 121, pag. 376 vlg.

Hier is een groot onderscheid: in het eerste geval beweegt de wil zich reeds op het gebied der uitvoering, terwijl in het andere de wil eerst gekomen is tot het begin der uitvoering en juist daar op houdt.

Cohn in zijn werk: *Zur Lehre von Versuchen und unvollendeten Verbrechen*, pag. 183 zegt: „Wer beispielsweise von der Absicht, (dat Cohn hier, ofschoon Absicht gebruikend, *Vorsatz* — opzet — bedoeld is duidelijk), einen Mord zu verüben, redet, lässt den Willen sich auf die Handlung richten, aus der der Tod eines Menschen als deren Wirkung hervorgehen soll, wer dagegen den Unterschied zwischen versuchtem und vollendetem Mord abhandelt, operirt mit einem Willen, der sich bereits in einer solchen Handlung verkörpert hat. Der Wille, ein Verbrechen zu begehen differirt somit von dem, es zu vollenden, darin, dass in jenem Falle seine Objektivierung noch einer zweiten Handlung bedarf, um zum begonnenen, versuchten



oder vollendeten Verbrechen zu werden, während in diesem eine solche Vermittlung nicht mehr erforderlich ist."

Het begrip poging is dus door Köstlin niet alleen uitgebreid, ook veranderd; uitgebreid, daar nu reeds jede Handlung in der Absicht ein bestimmtes Verbrechen zu begehen, poging is; veranderd, daar hij op pag. 358 t. a. p. zegt, dat de feitelijke dwaling geen invloed heeft op den wil, waarmede het begrip poging, waar het gebrek aan overeenstemming tusschen voorstelling en werkelijkheid een kenmerk was, geheel is gewijzigd.

Köstlin neemt bij alle doleuse delicten poging aan, zelfs bij beleediging, en wel om twee redenen:

1<sup>e</sup>. kan de wil in zijn successievelijk naar buiten treden gestoord worden;

2<sup>e</sup>. kan de wil zich reeds verraden hebben in andere voorafgaande handelingen. t. a. p. pag. 440—442.

Het binnentreden in een huis om te beleedigen is, volgens Köstlin, een poging tot beleediging, het is een: „Handlung in der Absicht ein bestimmtes Verbrechen zu begehen." Hij zegt dan ook men kan van poging spreken wanneer men „die äussere Handlung als die Erscheinung des in ihr hervorgetretenen subjectiven Wesen auffast" pag. 356 t. a. p.

De handeling op zich zelve is volgens Köstlin geheel onverschillig en krijgt alleen beteekenis door „das in ihr hervortretende Wesen" namelijk: de wil een misdrijf te plegen.

Op pag. 394 zegt hij: „Die Handlung erhält ihre verbrecherische Bedeutung allein durch den Willen, der in ihr erscheint."

De wil moet zich door *dadén* kenbaar maken, *woorden* zijn niet genoeg om poging aan te nemen.



Is de wil echter alleen het strafbare element, en is de handeling geheel onverschillig dan zou poging gelijk gestraft moeten worden als het voltooide misdrijf, tenzij men kan aantonen dat de wil bij poging niet zoo intens was. Het laatste kiest Köstlin en zegt: de wil wordt intensernaarmate hij zich meer verwezenlijkt, pag. 428—434 t. a. p. Dit leidt tot de vreemde conclusie dat men b. v. bij meened het aantal uitgesproken woorden zou moeten tellen, bij elk woord meer is de wil intenser. Bij een soldaat, die uit de gelederen ontvlucht, zou moeten nagegaan worden hoeveel kilometers hij had afgelegd.

Maar een inconsequentie van Köstlin is om poging met ondeugdelijk middel of object minder te willen straffen. De reden door Köstlin opgegeven is ons dan ook niet verklaarbaar hij zegt: „das Wissen entspricht nicht das Wollen,” pag. 433 t. a. p. Maar het weten doet toch niets tot de intensiteit van den wil af en, wil de dader iets doen dat hij weet dat niet kan, dan kan men moeielijk van een ernstigen wil spreken, hier is toch zijn willen dat iets wel zou kunnen in tegenspraak met zijn weten dat het niet kan.

#### C. *Leer van von Buri.*

Volgens von Buri heeft de poging geen objectief samenstel van kenmerken, alleen het voltooide misdrijf heeft dit. Het voltooide misdrijf bestaat uit een subjectief en objectief samenstel van kenmerken, gene is de wil op duidelijke wijze in de buitenwaereld getreden, deze het samenstel van kenmerken waarmede de wet de objectieve zijde der rechtschennis karakteriseert (v. Buri Abhandlungen pg. 55).



Poging kan nu niet alle kenmerken van het voltooide misdrijf hebben, vervalt een dier kenmerken, zoo is zijn conclusie, dan wordt het geheel zonder beteekenis, er is dus geen objectief samenstel van kenmerken van poging.

Uit de praemis volgt echter ons inziens alleen, dat de poging niet het geheele objectief „Thatbestand” van het voltooid misdrijf kan hebben m. a. w. een eigen objectief Thatbestand heeft. Waarom nu echter het objectieve Thatbestand bij het voltooide misdrijf, afgescheiden dus van den subjectiven aansprakelijken wil, wel van strafrechtelijke beteekenis is en niet bij de poging, verklaart hij niet. De consequenties uit deze leer leiden dan ook tot verrassende resultaten. Wordt iemand gedood door een bliksemslag dan heeft men met een hoogst belangrijk strafrechtelijk feit te doen, er is echter geen aansprakelijk persoon.

Uit dit voorbeeld blijkt reeds het onmogelijke om het objectieve Thatbestand geheel afgescheiden van den wil te beschouwen, voor het strafrecht ten minste.

Schiet men daarentegen op een persoon met oogmerk hem te dooden, maar mist, dan is er uit een strafrechtelijk oogpunt een geheel onverschillige daad gepleegd, maar er is een strafbaar, aansprakelijk subject.

Meermalen is von Buri tegengeworpen dat hij de nuda cogitatio wil treffen. Hij beroept zich echter daarop dat hij een handeling verlangt. Maar welke kracht dit heeft is onnaspeurbaar, daar de handeling uit een strafrechtelijk oogpunt van hoegenaamd geene beteekenis is bij poging. (Gerichtssaal pro 1880. Band XXXII pag 332).

Zijn leer is gegrondvest op een bijzondere leer omtrent causaliteit; hij toch meent dat alles wat een werkelijk



vereischte is geweest om een bepaald gevolg tot stand te brengen, van gelijke werking is. Hieruit besluit hij dat het gebeurde eerst beteekenis verkrijgt door het tot stand komen van het gevolg, terwijl juist door het uitblijven daarvan het gebeurde van nul en geener waarde is.

Als definitie van poging geeft v. Buri t. a. p. pag. 323 de volgende:

„Versuch liegt also vor, wenn der geäuserte Wille von solcher Beschaffenheit ist, dass ihm die Vollendung zugechnet werden könnte, und es bedeutet sonach der Versuch das subjectiv vollendete Verbrechen, welchem in der stattgefundenen Concretisirung des Verbrechensbegriffs das von dem Gesetze in Aussicht genommene objective Merkmal des vollendeten Verbrechens hinzutrifft.“ De wil moet van dezelfde qualiteit en intensiteit zijn als die welke tot de voltooiing van een misdrijf noodig is, daarenboven moet hij zich geobjectiveerd hebben.

Natuurlijker wijze vraagt men zich af, wanneer is die wil van dezelfde qualiteit en intensiteit als die welke tot de voltooiing noodig is. v. Buri zegt ons dit, t. a. p. 323: „Dieser ernste Wille aber ist gleichmässig in der Vollendung sowohl wie in dem Versuche anzunehmen, sobald die in dem geschehenen ausgedrückte Energie des subjectiven Handelns die Annahme ausschlieszt, dass der Thäter einen definitiven freien Entschluss sich noch vorbehalten gehabt habe. Ein ernster Wille ist demnach geäusert worden, sobald der Thäter bei Vornahme seiner Handlung auch nur zweifelhaft war, ob ihm nach Vornahme derselber ein freies Wollen und Nichtwollen noch möglich sein werde, jedoch auch dann nicht zu leugnen, wenn zwar der Handelnde bei der Vornahme seiner Hand-



lung sich bewusst war, dass die Herbeiführung des Erfolges fernerhin noch von seinem freien Wollen und Nichtwollen abhängt, er sich aber fest entschlossen hatte, auch demnächst Bedenken gegen die Ausführung seines Vorhabens nicht in sich aufkommen zu lassen."

Hoe waar dit misschien in beginsel moge zijn, is het toch ons inziens voor den rechter ondoenlijk definitief te kunnen uitmaken, welke de gedachtengang is geweest van den dader.

De handeling moet daarenboven zich kenmerken als „die äuszere Gestalt des Willens". — Dus uit de handeling zelve moet blijken dat de wil intens genoeg is het misdrijf te voltooien.

Maar hoe v. Buri dan kan zeggen dat het objectieve Thatbestand bij poging van geen waarde is voor den strafrechter, en zelfs geen meerdere waarde verkrijgt door het opzet (Goltdammers archiv pro 1877 pag. 265) is ons onverklaarbaar; trouwens hetzelfde geldt voor zijn bewering, dat het objectieve Thatbestand bij voltooid misdrijf geheel afgescheiden van schuld of opzet van strafrechtelijke beteekenis is.

En wat zijn causaliteitsleer betreft: dat alles wat een werkelijk vereischte is geweest om een bepaald gevolg tot stand te brengen van gelijke beteekenis zou zijn, ook dit kunnen wij niet toegeven. Volgens v. Buri zou de ontmoeting van twee jonge mensen op een bal en een daaruit voortspruitend huwelijk even goed de oorzaak zijn van de geboorte hunner kinderen als de coïtus zelve. Dat deze leer tot vreemde resultaten komt is duidelijk; zoo zou water de oorzaak van brand kunnen zijn, wanneer de zon op een met water gevulde glazen bol schijnend een brandpunt vormt waardoor de gordijn in brand geraakte.



### § 3. Subjectief-objectieve theorieën.

#### A. *Leer van Geyer.*

Geyer in zijn verhandeling: „Ueber Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen” in den Gerichtssaal pro 1866 begint met algemeene beschouwingen over strafrecht en ethika om tot een gewenscht resultaat van het vraagstuk der poging te komen.

De straf, zegt hij, welke de staat oplegt is de vergelding van een daad; een daad die weder op den wil van een mensch is terug te brengen en daarom het toerekenbaar gevolg is van een handeling.

Al dadelijk moeten wij hier opmerken, dat hij het woord daad in een bijzondere beteekenis gebruikt, namelijk niet als een uitwendige verrichting, maar als het gebeurde, het feit.

Die daad, zoo gaat hij verder, moet echter het karakter van een kwaad voor de gemeenschap hebben, want anders ware een reactie daartegen door middel van een kwaad niet denkbaar.

Het zedelijk begrip der vergelding vordert, dat hem, die goed doet naar diezelfde mate waarin hij goed heeft gewild en gedaan, goed, — den kwaad doende, naarmate van zijn kwaad, kwaad wedervare.

Echter is het niet de plicht van den staat overal die vergelding toe te passen. Zoo is b. v. de nuda cogitatio niet strafbaar, ofschoon men kwaad heeft gewild. — Wat moet er dus bij de nuda cogitatio komen om strafbaar te worden?

Twee momenten bepalen het doleus delict:

1<sup>e</sup>. de wil gericht op schending van een door het strafrecht verdedigd goed;

2<sup>e</sup>. verwezenlijking van het opzet.

Is nu een gedeelte van den weg tusschen opzet en verwezenlijking afgelegd, m. a. w. is het opzet gedeeltelijk verwezenlijkt, dan is de staat gerechtvaardigd te straffen. — De voorbereidingshandelingen zijn dus principieel strafbaar en worden alleen niet strafbaar gesteld uit een utiliteitsbeginsel. Uit zijn voorbeelden schijnt men te mogen besluiten, dat hij het streven naar een bepaald gevolg als poging aanneemt en dus het cogitare, agere et non perficere de requisiten zijn, waaruit het begrip poging wordt samengesteld. — Op pag. 59 t. a. p. zegt hij toch: „da man unter Versuch im Allgemeinen nichts weiter verstehe als eine auf Hervorbringung eines gewissen Erfolges gerichtete Thätigkeit.”

Niet alleen een gedeeltelijke verwezenlijking van het opzet is echter voldoende om de daad strafbaar te stellen er moet ook een causaal verband bestaan van het opzet, door alle daden heen, als zoovele trappen tot verwezenlijking van het opzet, tot aan de voltooiing, t. a. p. pag. 47.

Breekt dit causaalverband af, dan is de dader hierna niet meer voor de gevolgen aansprakelijk, al zijn die in overeenstemming met zijn wil. Naarmate de handeling voortschrijdt klimt de strafwaardigheid van een minimum tot een maximum, en daar waar de handeling daad begint te worden begint de strafbaarheid. Nu heeft echter niet, wil een daad voltooid zijn, het opzet geheel verwezenlijkt zijn, daar er juist misdrijven strafbaar en als voltooid in de wet worden aangemerkt tot



wier wezen het behoort dat het opzet niet geheel verwezenlijkt is.

In een concreet geval kan men het voltooide misdrijf van begin tot het einde in deelen splitsen, welke te samen het voltooide misdrijf uitmaken, b. v.: iemand koopt een geweer met het plan een ander daar mede te schieten, welk opzet hij volvoert; nu, zegt Geyer, zou de man niet doodgeschoten zijn indien de dader niet gekocht, geladen, aangelegd en geschoten had. Het doel, waarmede hij al die daden verricht heeft, is dus het causaal verband van het opzet tot aan de verwezenlijking.

Die deelen, waarin men het misdrijf kan splitsen, zijn echter geen deelen van het Thatbestand, namelijk in casu van het begrip moord wel van het concreet geval. Strafbare poging definieert Geyer aldus: „Eine theilweise Verwirklichung der Absicht, welche den Thatbestand des beabsichtigten Verbrechens in erkennbarer Weise darstellt”. — t. a. p. pag. 59.

Als vereischten voor poging stelt Geyer dus: 1<sup>e</sup> Dolus, 2<sup>e</sup>. Gedeeltelijke verwezenlijking van het opzet, 3<sup>e</sup>. Causaalverband tusschen de daden.

Wegens het gemis aan het tweede vereischte, acht hij ondeugdelijke poging niet strafbaar: er kan nooit sprake zijn van een gedeeltelijke verwezenlijking van het opzet, m. a. w. de wil kan geen kwaad hebben gesticht — t. a. p. pag. 47. Maar ook van den anderen kant der zaak beschouwd, namelijk van den kant van het Thatbestand, is het onmogelijk om poging met ondeugdelijk middel of object te straffen. Geyer zegt: een daad wordt van strafrechtelijke beteekenis omdat ze als *middel* dient een bepaald gevolg te weeg te brengen; t. a. p. pag. 57 sqq.



is er dus een handeling, die geen middel is om een strafwaardig gevolg tot stand te brengen, dan kan zulk een handeling niet strafbaar gesteld worden. Want zulke handelingen maken geen deel uit van het Thatbestand en vallen dus of onder de voorbereidingshandelingen of onder ondeugdelijke pogingshandelingen.

Wij zagen echter juist dat hij principieel de voorbereidingshandelingen strafbaar acht, — boven pag. 30 — maar die uit utiliteitsgronden niet wil gestraft zien; zoo ook hier bij de ondeugdelijke poging blijkt het weer dat hij alleen uit een utiliteitsgrond, maar niet uit het wezen der zaak, straffeloosheid aanneemt, want juist heeft hij, om het gevaar „Unschuldigen zu verurtheilen” pag. 50 t. a. p. te ontloopen, een begin van het Thatbestand, een gedeeltelijke verwezenlijking van het opzet gevorderd om de grens der positieve strafbaarheid daar te stellen; maar daarmede toont hij ten duidelijkste aan dat de grond der strafbaarheid van een daad niet is: dat zij een middel is om tot het gevolg te komen; zijn geheele redeneering berust op een nuttigheids theorie.

Toch wil Geyer het doen voorkomen alsof zijn bewering op een zuiver strafrechtelijke principe berust. Op pag. 66 t. a. p. haalt hij het volgende voorbeeld aan: „A will dem B Gift reichen und in Wirklichkeit reicht er ihm Zucker, also er thut gerade das was er *nicht will*. Die Regeln der Zurechnung verbieten es hier, dem Thäter was er geradezu gegen seinen Willen that zu zurechnen.”

Deze redeneering is niet juist, want de zaak is niet zuiver gesteld. A wil B dooden door gif; A wil B dooden door datgeen wat hij hem toedient, meenende dat het gif is; dit alles doet hij en handelt dus volkomen volgens



zijn wil en doet niets tegen zijn wil. Zijn daad is, als volkomen overeenstemmende met zijn wil, toerekenbaar. Het gevolg echter dat hij gewild heeft, blijft uit; dit ligt echter niet in zijn doen wat hij niet wilde, maar in de qualiteit van het toegediende, iets dat geheel onafhankelijk is van zijn wil. Er is dus een dwaling; maar, zegt Geyer t. a. p. pag. 68: „Von jenem Augenblick an in welchem der Irrthum eintrat, gingen Dolus und Handlung aus einander.” Het bewijs dat bij dwaling Dolus en Handeling uit elkander gaan heeft hij ons niet gegeven en is ons geheel onbegrijpelijk: men kan toch niet van een handeling spreken, tenzij een willend wezen haar verricht. Zoo zegt hij op pag. 69: „Man kann nicht sagen wer Zucker in eine Speise mischt, thut dann nicht etwas Erlaubtes, wenn er dabei die Absicht zu tödten hat, sonst fällt man in dem rein subjectiven Standpunkt zurück und musz zugeben, dass auch derjenige, welcher animo occidendi Zucker in die Speise mischt weil er glaubt Zucker sei Gift, etwas Unerlaubtes thut.” Maar deze gevolgtrekking is volkomen onjuist; want hij meent niet dat suiker vergift is, hij meent dat wat hij toedient *geen* suiker is, maar vergift.

Geyer begint zijn leer dus uit een subjectief standpunt, maar geraakt, door het vereischte van gedeeltelijke verwezenlijking van het opzet, op het objectief terrein. En eigenlijk komt, volgens zijn leer, juist alles op dit Thatbestand, in den zin zooals Geyer het opvat, aan. Het feit, dat een man een geweer koopt met het doel een ander er mede dood te schieten, is in beginsel een strafbare poging, er is dolus; causaal verband tusschen den dolus, het loopen van den man naar den gewermaker en het koopen; er is een gedeeltelijke verwezenlijking van het opzet, d. i., er



is een deel van het concrete Thatbestand, want zonder het koopen, had de man geen geweer gehad, had het dus niet kunnen laden en den ander er mede doodschieten. Maar, heeft dezelfde man het geweer gekocht, het 's avonds geladen, om den volgenden morgen zijn vijand er mede dood te schieten, en, is door zijn vriend die zijn plannen kende het geweer buiten zijn weten van den scherpen patroon ontdaan zoodat hij den volgenden morgen zijn vijand met los kruit schiet, dan is er geen strafbare poging; want al is er dolus, al is er causaal verband tusschen alle handelingen van den dader, er is geen deel van het Thatbestand, geen verwezenlijking van het opzet, want het met los kruit geladen geweer kan nooit een middel zijn om iemand te dooden.

In één geval acht Geyer echter poging met ondeugdelijk middel of object strafbaar, wanneer namelijk het ondeugdelijk middel eerst dan aangewend wordt als reeds een strafbare verwezenlijking van het misdadig opzet dáár is; het voorafgaande blijft strafbaar. (Erörterungen II Deel pag. 239). Dit is echter geen strafbaarheid van ondeugdelijke poging maar een zeer eenvoudige consequentie uit zijn leer voortvloeiend.

#### B. *Leer van Hälschner.*

Hälschner in zijn werk: „Das gemeine Deutsche Strafrecht” opent zijn leer der poging met een definitie:

„Ein versuchtes Verbrechen ist die That, in sofern in ihr das gewollte nur unvollständig geschehen, die verbrecherische Absicht nicht zur vollen Verwirklichung gelangt ist.” Het begrip is dus enger begrensd in den strafrechtelijken zin dan in dien van het dagelijksch



leven. Want de dader zal een handeling als een mislukte, een poging, beschouwen niet alleen wanneer het gewilde gevolg niet is tot stand gekomen, maar ook, al is het wel degelijk tot stand gekomen, zich toont als niet geschikt om het doel, hetzij geheel of gedeeltelijk, te bereiken dat hij zich als uitvloeisel van het gevolg heeft voorgesteld. Heeft b. v. een neef zijn erfoom opzettelijk vergiftigd met het motief de erfenis dan te beuren, maar blijkt het dat zijn oom een ander als erfgenaam heeft ingesteld, dan is deze handeling voor den neef een mislukte, een poging geweest, niet echter in strafrechtelijken zin, want hiertoe wordt alleen de betrekking tusschen oogmerk en het gebeurde in oogenschouw genomen. Zal er dus sprake zijn van poging, dan moet er opzet zijn een strafbare handeling te plegen, verder moet er zijn een handeling die duidelijk het opzet in een uitwendigen vorm doet kennen t. a. p. pag. 335. In zoover beslist alleen het opzet des daders of er poging is voor zoover het gewilde gevolg kwalitatief, niet quantitatief er van verschilt, b. v. wil hij  $f$  10 stelen en kan hij er slechts  $f$  8 stelen, dan is dit niet poging om  $f$  10 te stelen; dit is een voltooid misdrijf. „Das was bei dem Versuche,” zoo gaat hij verder, „allein geschieht und geschehen kann ist dies, dass der Handelnde die vorsätzliche Thätigkeit vermittelt welcher er den beäbsichtigten Erfolg glaubt verursachen zu können vollständig oder unvollständig, ganz oder theilweise ausübt. Dasz aber diese Thätigkeit am gegebenen Falle nicht geeignet ist den beabsichtigten Erfolg herbeizuführen, schlieszt nicht aus, dass in ihr selbst dieser Erfolg auf den sie nach der Vorstellung des Handelnden ursächlich bezogen ist, in die Erscheinung tritt,



dasz zu geeignet isden nicht realisirten Erfolg als den zu realisirenden zu erkennbarer Darstellung zu bringen."

Er is dus een handeling noodig die het opzet kenbaar maakt, maar die volstrekt geen deel behoeft uit te maken van het wettelijke samenstel van kenmerken des misdrijfs (het Thatbestand), ofschoon in het concrete geval het in zoover wel een deel zal zijn van het Thatbestand (in concreten zin), als zonder die handeling het gevolg niet ware tot stand gekomen. — Trouwens het wettelijke Thatbestand is juist daarom zoo vastgesteld omdat de ervaring heeft geleerd, dat in de meeste gevallen die momenten vereischten waren om het gewilde gevolg te verkrijgen.

Het verschil tusschen voorbereiding en de werkelijke strafbare poging is niet iets willekeurigs en moet niet daarin gezocht worden of men verder dan wel dicht bij de voltooiing is, ook niet in de bij voorbereiding nog ontbrekende en eerst bij uitvoering zich openbarende standvastigheid van besluit, ook niet daarin dat de voorbereiding nog niet, de poging zich wel als een objectief gevaarlijke handeling voordoet, want wil men tusschen gevaarlijke en niet gevaarlijke poging onderscheiden, dan is dit toch een onzeker gradueel onderscheid. Ook moet het niet daarin gezocht worden, dat poging de daad is waardoor *dat* gevolg zonder verdere onderbreking voltooid wordt, hetgeen de handelende zich heeft voorgesteld als voortdurende betrekking van middel en doel. Stelt men van de subjectieve wilsbestemming des handelenden afhankelijk of het voorbereiding dan wel uitvoering is, dan kan men geen beginsel vinden volgens welk te beoordeelen ware, of een handeling naar haren uitwendigen aard als voorbereiding dan wel als uitvoering moest worden



aangenomen, en kan men het daarop terugbrengen: dat uitvoering in onderscheid van voorbereiding, die handeling is die een bestanddeel van het objectieve Thatbestand uitmaakt, zooals Zachariae leert.

Maar die grens is gebaseerd op een bloot gradueel onderscheid, nml. of men verder dan wel dichter bij de voleinding is en daarom kan er geen algemeen beginsel voor gegeven worden.

„Ein wesentlicher Unterscheid der durch eine verbrecherische Absicht bestimmten Thätigkeit kann sich nur aus ihrem Verhältnisse zur Absicht selbst ergeben, und in dieser Beziehung ist sie entweder eine solche, vermittelt welcher die verbrecherische Absicht sich zur That gestaltete, oder sie ist nicht eine solche. Als strafbare Handlung kann nur diejenige Thätigkeit erscheinen, durch welche die auf das strafbare gerichtete Absicht ein äusseres, selbständiges, vom Willen des Handelnden fernerhin unabhängiges Dasein erlangt, sich zu verwirklichen nicht mehr zu tilgenden Thatsache gestaltet hat. Die Absicht ist zur unwiderrufflichen That geworden, nicht nur dann, wenn es dem Handelnden gelang die beabsichtigte That zu vollenden, sondern auch dann wenn trotz des mangelnden Erfolges die auf seine Realisirung gerichtete Absicht in der That zur vollkommenen, erkennbaren Darstellung gelangt ist, wenn aus der That selbst sich das Ziel ergiebt auf das sie nach der Absicht des Thäters gerichtet war“. — Het opzet, in een handeling geobjectiveerd en duidelijk uit de handeling *zelve* blijkend, sluit uit dat de daad kan herroepen worden, en is anderzijds de grond der strafbaarheid van de poging, t. a. p. pag. 343.

Poging is dus een opzettelijke handeling waaruit de richting van den wil en het oogmerk waarop het gevestigd is ten duidelijkste blijkt, maar tevens een handeling die ondeugdelijk is het gewenschte gevolg in het leven te roepen. Dwaling, hetzij de dader zich vergist heeft in feitelijke veronderstellingen, hetzij hij zich bedrogen ziet in zijn verwachtingen, dwaling is een kenmerk der poging; zelfs bij vrijwillig nalaten is het middel ondeugdelijk te noemen.

Het woord ondeugdelijk wordt zeer zeker in een bizonderen, oneigenlijken zin gebruikt, hetgeen ten duidelijkste blijkt uit de verklaring die Hälschner geeft waarom hij bij vrijwillig terugtreden spreekt van een ondeugdelijke poging „weil sie zur Vollendung nur unter der nicht zutreffender Voraussetzung tauglich war, dasz der Entschluss zur That fest blieb.” t. a. p. pag. 244.

Zoo dunkt ons dat men ook niet van dwaling kan spreken wanneer men door een feit buiten zijn wil verhinderd wordt, of van een bedrogen zijn in zijn verwachtingen, indien hij zelf te goeder ure uitscheidt.

Volgens Hälschner is alles wat het causaalverband tusschen wilsbepaling en gevolg vormt, middel, het object valt dus ook onder het begrip middel.

Het verschil tusschen relatieve en absolute ondeugdelijkheid verwerpt ook Hälschner.

Daar bij poging het gewilde gevolg uitblijft concludeert Hälschner tot de ondeugdelijkheid van het middel, m. a. w. bij poging is steeds een ondeugdelijk middel gebezigd en daarom kan men niet spreken van gevaar der handeling en nog veel minder dit als grond der strafbaarheid aannemen.



Het schijnt ons alsof Hälschner bijna in alle woorden een van het gebruik afwijkend begrip legt, zoo b. v. de woorden middel, dwaling, ondeugdelijkheid en nu weer gevaar. Volgens zijn leer zou er eigenlijk nooit gevaar bestaan, want op het oogenblik dat hij het zou toelaten, moet het feit dat dreigde, plaats grijpen. Schiet ik b. v. op A met oogmerk hem te dooden, maar terwijl ik aanleg beweegt mijn hand zoodat de kogel rakelings langs A gaat, dan is er, volgens Hälschner geen gevaar, *want* ik heb hem niet geraakt, m. a. w. het gevolg is uitgebleven, maar hij ziet voorbij dat zoodra ik A raakte het gevaar *van raken* geweken was en het feit dáár was. Gevaar is kleiner of grooter naarmate er minder of meer kansen zijn dat het bedreigde voorwerp zal getroffen worden door een kwaad. Gevaar is dus de toestand waarin meer of minder kansen zijn dat iets door een kwaad worde getroffen.

### C. *Leer van Cohn.*

Dr. Ludwig Cohn in zijn lijvig boekdeel getiteld: „Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen,” breekt geheel met de historische richting en doet zijn gebouw op fundamenten rusten waarvan hij zelf getuigt dat men er zich niet op verlaten kan, namelijk het spraakgebruik. Op pag. 116 van zijn werk zegt hij sprekende over het begrip poging: „Ich würde mich hierbei lediglich auf den Sprachgebrauch berufen, würden mich nicht die Interpretationen unserer Quellen belehren, wie wenig man sich hierauf verlassen kan.”

Het moge vreemd schijnen dat men een zoo weinig hechten bodem uitkiest ter bebouwing, vooral als men met den arbeid van eeuwen breekt, toch is het zoo.

Cohn maakt een streng onderscheid tusschen poging en begin. Op pag. 51 van zijn werk zegt hij: het verschil tusschen poging en begin van uitvoering ligt daarin, dat bij poging het misdrijf waarop het gemunt is ook zelfs niet gedeeltelijk tot stand komt. De zwaarste verwonding maakt nog geen bestanddeel uit van moord. Een delict wordt niet uitgevoerd, zoodra iemand die werking ontwikkelt, die in de wet als strafbare handeling is gekarakteriseerd.

Maar indien de zwaarste verwonding, indien het met voorbedachten rade handelen, of het geleiderlage begaan geen deel uitmaakt van moord in geen geval van poging en een delict niet wordt uitgevoerd zoodra die werking ontwikkeld is die in de wet als een strafbare handeling is gekarakteriseerd, waartoe herleidt men dan het begrip moord? Het wordt dan bijna een formeel misdrijf en juist bij de formeele misdrijven kent Cohn geen poging.

Alleen bij de materieele misdrijven neemt Cohn poging aan; dit wordt door het *Duitsche* spraakgebruik gerechtigd en daarom moet die regel gelden als een *strafrechtelijk* beginsel voor *alle* landen.

De meeste schrijvers, zegt hij, erkennen dat er slechts bij zulke misdrijven van poging sprake kan zijn die een bepaald gevolg eischen; wordt een misdrijf echter door één enkele handeling reeds begaan dan kan er alleen van een niet-voltooid misdrijf sprake zijn. — De formeele misdrijven zijn strafbaar wegens het kenmerkende in de handeling zelve, bij de materieele krijgt de op zich zelf onbeduidende handeling door het buiten haar gelegen gevolg, het kenmerk der strafbaarheid, t. a. p. pag. 23.



Vooreerst moeten wij opmerken, dat het onderscheid tusschen poging en begin van uitvoering te streng genomen is. Poging wordt toch in het spraakgebruik, waarop Cohn zich beroept in tweeërlei zin gebruikt:

1<sup>e</sup>. als begonnen misdrijf tegenover voltooid;

2<sup>e</sup>. als mislukt misdrijf tegenover gelukt.

Het eerste is meer uit een objectief, het andere meer uit een subjectief oogpunt beschouwd. — Nu noemt Cohn enkel het mislukte misdrijf poging.

Bij formeele misdrijven is geen poging, dus kan daar ook van geen mislukken sprake zijn volgens hem. Is dit zoo?

Prof. von Liszt in het „Zeitschrift für die gesammte strafrechtswissenschaft“ Erster Band, Erstes Heft — haalt het volgende voorbeeld aan (pag. 96).

„Wenn zwei Personen durch eine Telephonleitung mit einander korrespondiren, und diese plötzlich unterbrochen wird, so kann doch gewisz der schönste Schulfall einer miszlungenen Beleidiging konstruiert werden. — Bezüglich des Meineides brauchen wir uns nur daran zu erinnern, dasz der Eid unter Umständen durch Unterschreiben der Eidesformel zu leisten ist, um einzu sehen, dasz auch hier — die Feder versagt ganz oder teilweise ihren Dienst, oder ich verwechsele die zu unterschreibenden Schriftstücke — die doppelte Möglichkeit des Gelingens oder Miszlingens vorhanden ist.“

Maar nog meer, volgens Cohn zou bij formeele misdrijven van geen gevolg sprake kunnen zijn, ook dit kunnen wij niet beamen, waarom kan men bij die formeele delicten niet even goed daad en gevolg onderscheiden al zijn ze niet te *scheiden*. — Bij de daad van be-

leedigen, het uitspreken der woorden, is het strafbaar gevolg het beleedigd hebben.

Niet alleen bij de formeele misdrijven ook bij die waarvan het gevolg feitelijk dadelijk met de daad zelve intreedt, kan van geen poging gesproken worden, want zegt hij, er zijn delicten die, in hunne uitvoeringswijze, zoowel het begrip van begin als van poging toelaten. Hij haalt daartoe de volgende voorbeelden aan: Beschadiging bestaande in het afsnijden van jonge vruchtboomen, en beschadiging bestaande in het stuk gooien van een ruit door een steen. In het eerste geval is er sprake van een niet voltooid misdrijf, in het tweede van poging, want hier wordt een *grond* gevormd die het gevolg mogelijk maakt — pag. 343 — terwijl in het eerste geval een *oorzaak* wordt geschapen die het gevolg noodzakelijk met zich sleept. Daar men nu bij de formeele misdrijven alleen een *oorzaak* kan scheppen, bij de materieele een *grond* (pag. 335, 355, 697) zoo is bij de eersten de poging geheel buiten gesloten.

Wat is nu echter volgens Cohn het verschil tusschen de begrippen *Grond* en *Oorzaak*.

„Den Unterschied zwischen beide Begriffen sehe ich darin, t. a. p. pag. 343 sqq., dass die *Ursache* eine Veränderung *schaft*, der *Grund* nur ihren Eintritt *ermöglicht*. Aus der Ursache geht daher die Wirkung mit Nothwendigkeit hervor, während die Folge aus dem *Grunde* nur entspringen kann. Nun gehören aber beide Begriffen der Nothwendigkeit und der Möglichkeit nicht der Wirklichkeit, sondern der Abstraktion an. Die Nothwendigkeit drückt die Unmöglichkeit des Eintritts oder des Ausbleibens einer Veränderung in abstracto aus, die Möglichkeit



bildet dazu den Gegensatz nach der einen und andern Richtung. Unter Grund werden wir daher den Umstand zu verstehen haben, der eine Veränderung in abstracto hervorrufen musz."

Dus omdat bij formeele misdrijven de daad, als men haar als ten einde gebracht denkt, het gevolg noodzakelijk en onmiddellijk moet volgen, daarom is die handeling als een causale te beschouwen, moge zij dan ook in het concrete geval vóór haar einde aan een onderbreking zijn onderhevig geweest.

Bij materieele misdrijven geeft een daad wanneer men haar als ten einde gebracht denkt, slechts de mogelijkheid om het gevolg tot stand te brengen, daarom is die daad slechts een grond voor het gevolg, al komt dat dan ook in concreto tot stand.

Welk een philosophische school hebben de rechters door te maken! Om te besluiten of er poging is dan wel begin van uitvoering moeten zij nagaan of de gepleegde handeling, als men haar ten einde gebracht *denkt*, noodzakelijk het gevolg moest met zich slepen ja dan neen, en dat geheel afgezien of in het concrete geval het gevolg tot stand is gekomen ja dan neen. — Maar die noodzakelijkheid moet zóó zeker zijn dat b. v. de handeling van onthoofden, verwurgen, verdrinken niet als oorzaken te beschouwen zijn waaruit de dood met noodzakelijkheid voortvloeit, ondanks men met „mathematische Genauigkeit die beabsichtigte Veränderung erreicht". — t. a. p. pag. 344. — Trouwens is het geheele begrip oorzaak, zooals Cohn dat opvat wel de juiste?

Is oorzaak werkelijk alleen datgene waaruit de werking noodzakelijk moet voortvloeien?

Is oirzaak, gelijk von Buri in tegenstelling met Cohn meent, alles wat heeft gediend om het gevolg tot stand te brengen?

Wij meenen dat beide te veel tot uitersten zijn gekomen.

Is oirzaak niet veel eer datgeen zonder hetwelk de werking niet kan ontstaan?

Zoo is volgens von Buri de ontmoeting van twee jonge menschen op een bal en een daaruit volgend huwelijk even goed de oirzaak tot de geboorte hunner kinderen als de coïtus; volgens Cohn moet de coïtus zelve geen oirzaak zijn der geboorte, daar elke gemeenschapsuitoefening niet geboorte ten gevolge heeft. — Wij zouden echter juist den coïtus als oirzaak der geboorte beschouwen, omdat zonder dien geen geboorte kan plaats hebben.

Men kan zeggen dat dan de bevruchting eveneens als oirzaak der geboorte te beschouwen is, daar zonder bevruchting geen geboorte kan volgen. Dat is ook volkomen zoo, de bevruchting is de naaste oirzaak der geboorte, maar aangezien er zonder coïtus van geen bevruchting sprake kan zijn naar de natuurwetten, daarom is de coïtus de meer verwijderde oirzaak der geboorte maar blijft oirzaak.

Als definitie van poging geeft Cohn op pag. 367 t. a. p. het volgende:

„Die Vornahme einer Handlung welche geeignet ist, die zum Thatbestand eines Verbrechens erforderliche Folge hervorzurufen, damit dieselbe in concreto eintrete, ist — deren Ausbleiben vorausgesetzt — Versuch.”

Poging is dus de niet gerealiseerde verhouding tusschen grond en gevolg. T. a. p. pag. 366 sqq. zegt Cohn:



„Die Intention des Thäters ist darauf gerichtet, dass sich die abstracte Möglichkeit in die concrete Wirklichkeit, die abstracte Folge in den concreten Erfolg verwandele.“

Volgens zijn definitie moet de grond dus „geeignet sein“ het gevolg tot stand te brengen: er moet m. a. w. een abstract objectieve mogelijkheid zijn en niet alleen een subjectief vermeende. Is echter de abstract objectieve mogelijkheid een vereischte voor een handeling om poging te kunnen zijn, dan zijn de voorbeelden die Cohn op pag. 359 aanhaalt niet als poging te straffen.

„Supponiren wir den Fall, dass ein Wegelagerer in einer ihm fremden Gegend einen Menschen beraubt und ihn sodann, um sich seiner zu entledigen, in einen Sumpf stösst, dessen Tiefe ihm unbekannt ist. Vielleicht wird man mir dann zugeben, dass wir es mit einem Mordversuch zu thun haben, selbst wenn das Wasser nicht die Knöchel desjenigen berührt, der lebend aus ihm nicht hinauskommen sollte.“

Hier is geen abstract objectieve mogelijkheid om te verdrinken want het water heeft niet eens „die Knöchel desjenigen berührt“ die er in verdrinken moest.

Dan begrijp ik ook niet het volgend voorbeeld: „Umgekehrt beobachten wir, t. a. p. pag. 359, jeden Tag in den Schwimmanstalten, wie ein Schwimmer den anderen hinterrücks in das Bassin stürzt. Man mag das Spiel loben oder tadeln, es beweist, dass das Bewusstsein von der Unmöglichkeit des Erfolges ausreicht, das als Scherz erscheinen zu lassen, was unter anderen Umständen das Gepräge eines schweren Verbrechens an sich tragen würde.“

Hier is in abstracto een deugdelijke grond — het werpen in het water, er is die „Alternatieve des Gelin-



gens und Misslingens", t. a. p. pag. 358. — Uit dit voorbeeld zou men juist denken dat het alleen om den wil te doen is zoo als die zich in de handeling vertoont. Nog veel minder is ons dan het voorbeeld op pag. 363, in verband met dat van pag. 358 duidelijk.

De dader moet rekenen met de abstracte verhouding tusschen grond en gevolg.

„Die Erfahrung dass ein Dolchstich in die Brust eines Menschen geeignet ist, eine Todesursache hervorzurufen, macht er sich zu Nutze. Er legt sich nicht die Frage vor: Kann ich mit meinem Dolche den A. erstechen? Sondern die: Kann man mit einem Dolchstich einen Menschen tödten? Nur auf jene, nicht auf diese liesse sich im Voraus eine Antwort ertheilen. Prallt der Dolch am Panzer ab, so tritt hier, wie in allen Fällen des Versuches ein Umstand entgegen, welcher bewirkt, dass die Folge, welche in abstracto entstehen kann, in concreto ausbleibt". T. a. p. pag. 363. Maar dan moet ook wanneer „ein Schwimmer den anderen hinterrücks in das Bassin stürzt" niet gesproken worden van „das Bewusstsein von der Unmöglichkeit des Erfolges", t. a. p. pag. 359. Neen, met den wil hebben wij niet te maken volgens Cohn; er is hier poging, want er is: „Vornahme einer Handlung welche geeignet ist — d. i. de abstract objectieve mogelijkheid — die zum Thatbestand eines Verbrechens erforderliche Folge hervorzurufen damit dieselbe in concreto eintrete", t. a. p. pag. 367.

De geheele onderscheiding van „Grund und Folge" en „Ursache und Wirkung" lijkt ons tot vaststelling van het begrip poging te spitsvondig en niet helder, hetgeen te meer daaruit blijkt, dat Cohn ze zelf soms verwacht,



zoo spreekt hij op pag. 344: „Welche Wege man auch immer einschlagen mag, um ein Menschenleben zu vernichten, man kann den Tod nicht schaffen, sondern nur dessen Eintritt ermöglichen;" dit neemt niet weg dat hij op pag. 359 spreekt van „die Ursache zum Tode bewirken."

## HOOFDSTUK II.

### HET BEGRIIP VAN POGING.

---

#### § 1. Het kenmerkende in het begrip.

Nadat wij met de voornaamste stelsels kennis hebben gemaakt en tevens gevonden dat er bijna even zoovele theorieën als schrijvers over ons onderwerp zijn, zoo mag het zeker niet overbodig geacht worden om ons zelf nog eens af te vragen, is het begrip poging dan zóó onzeker dat daaromtrent zooveel strijd is of is die onzekerheid daaraan te wijten dat men met het oog op de strafbaarstelling der poging het begrip in minder of meerder mate doet afwijken van het gewone, spraakgebruikelijke?

Het laatste houden wij voor een oorzaak der verdeeldheid van gevoelens; men lette soms te veel op de strafbaarstelling en de wenschelijkheid daarvan bij bepaling van het begrip, waardoor men soms in flagranten strijd met de spreekwijze in het dagelijksch leven kwam.

Wij willen trachten na te gaan wanneer wij in de gewone conversatie, in ons dagelijksch leven van pogen en poging spreken en dan te vinden wat het karakteristieke van het begrip uitmaakt.



Vooreerst zij dan opgemerkt dat het woord betrekkelijk zelden gebruikt wordt in ons dagelijks spreken; wij zeggen meer: ik heb getracht, geprobeerd, mijn best gedaan, moeite gedaan enz. men zegt zelden of ooit ik heb gepoogd dit of dat te doen of ik heb een poging aangewend daartoe.

Gebruiken wij dus in ons dagelijksch leven het verbum reeds zelden, nog veel minder het nomen, — poging, toch bedoelen wij met trachten, probeeren, zijn best, moeite doen enz. hetzelfde. — Het blijkt ons dat het in een subjectieven zin wordt gebruikt, m. a. w. het is een begrip dat de relatie uitdrukt tusschen hetgeen geschied is en hetgeen de bedoeling was van den dader.

Als iemand het benauwd vindt in een kamer en naar deur of venster loopt om die te openen maar, teruggehouden wordt terwijl hij, blijkbaar met doel raam of deur te openen, er heen loopt, dan zal die persoon zeggen: ja ik heb getracht het venster te openen maar toen ik er heen liep heeft men mij verhinderd.

Zoo zal men, wanneer men 's morgens op jacht gaat en ondanks den ijver der drijvers den ganschen dag geen haas binnen schot, of nog erger, in het gezicht heeft gekregen, zeggen: wij hebben alle moeite gedaan, van van morgen vroeg tot zonsondergaan toe, maar al onze pogingen, namelijk om hazen te krijgen, te schieten, zijn vergeefs geweest.

Evenzoo een jongen, die vogelnestjes wil uithalen en reeds halverwege den boom beklommen heeft maar dan ter kwader ure door den dienaar der politie teruggehouden wordt, zal zeggen: ik heb een poging gedaan om vogelnesten uit te halen.

Wil iemand gaarne de een of andere betrekking bekomen en gaat hij ter audientie bij ministers of andere autoriteiten, vraagt hij vermogende vrienden een goed woord ten zijnen behoeve te spreken, dan zal men zeggen: hij heeft wel zijn best er voor gedaan, hij heeft genoeg pogingen aangewend die betrekking te verkrijgen maar te vergeefs.

Heeft men niet, toen nog onlangs de mijn, juist eenige dagen te vroeg ontdekt werd, die, gevuld met dynamiet, op het oogenblik dat aller Russen Keizer er over zou rijden moest springen, gesproken van: wederom een poging den keizer te vermoorden?

Zegt men echter ook: ik heb getracht dit of dat *niet* te doen, *na te laten*? Ja, maar van welke handelingen zegt men dit alleen? Niet van een enkele verrichting maar van een handeling als iets voortdurends gedacht; b. v. ik heb getracht het rooken, het wandelen of rijden na te laten, maar van daag kon ik mij niet meer bedwingen. Wij zien dus dat in het dagelijksche leven elke daad, elke verrichting als een poging wordt beschouwd, die ten doel heeft zijn wil verwezenlijkt te zien zonder dat het gewilde gevolg tot stand komt. Het begrip is dus zeer uitgebreid, elke verrichting die niet het gewilde oogmerk, of verderreikend doel zelfs, heeft tot stand gebracht, noemen wij in het dagelijksche leven een poging. In het voorbijgaan blijkt nu reeds dat voor het strafrecht, het begrip enger *moet* zijn daar het oogmerk hier alleen relevant is en niet het verderreikend doel.

Poging in dagelijkschen zin is elke verrichting om zijn oogmerk te bereiken, zonder dat men het bereikt. Hiermede stemmen dan ook de meeste schrijvers in, zoo



Zachariae § 1. „Unter Versuch denken wir uns im Allgemeinen eine absichtliche Handlung, welche darauf gerichtet ist, eine gewisse Erscheinung in der Sinnenwelt hervorzubringen. Dieser Begriff ist also ein relativer; er bezieht sich auf ein anderweites Ziel, welches durch die Thätigkeit des Handelnden, durch Vorbereitung, Anschaffung, Verbindung und Benutzung gewisser Mittel erreicht werden soll, aber aus irgend einem Grunde nicht erreicht wird. Es bezieht sich aber auch zugleich auf die Absicht des Handelnden, indem man hieraus den Umfang derselber bestimmen kann, ob die Handlung, welche zu ihrer Verwirklichung vorgenommen wurde, ein Versuch zu nennen sey, oder nicht.“ Cohn, pag. 334, zegt ook: „Die todten wie die lebenden Sprachen verstehen aber unter Versuchen Bemühungen aufwenden um einen Erfolg zu erreichen. Dabei ist lediglich der Standpunkt des Handelnden entscheidend. Zoo Schwarze, bij v. Holtzendorff pag. 270: „Der Versuch drückt stets etwas Unfertiges, wie andererseits die Richtung einer Thätigkeit auf einen bestimmten, beäbsichtigten, aber nicht erreichten Erfolg aus; — die Absicht ging weiter als der Erfolg der zur Erreichung derselben vorgenommenen Thätigkeit, — die Vollendung ist der Erfolg, den der Thäter beabsichtigte. „Hälschner in zijn: Das gemeine Deutsche Strafrecht pag. 332:“ Der Versuch in dem technischen Sinne des Strafrechtes erscheint daher enger begrenzt als in dem Sinne, in welchem das Wort im gewöhnlichen Leben meist gebraucht wird. Als durch die That vollendet, erreicht, erscheint dem Handelnden das was er will erst dann, wenn das Geschehene seinem *Zwecke* entspricht, ihm die gesuchte Befriedigung gewährt.“ Wat is dus het karakteristieke van het begrip poging?



Volgens sommigen is het dwaling van den dader. — Zóó b. v. Hälschner, t. a. p. pag. 344. „Sie, nml. die Versuchshandlung, hat demnach in allen Fällen einen Irrthum des Handelnden zur Voraussetzung, sei es, dasz er sich in den thatsächlichen Voraussetzungen seiner Thätigkeit irrte, oder sich in seinen Erwartungen getäuscht sieht.“ — Haberlin zegt in de Gerichtssaal pro 1864 pag. 213: „Ein Irrthum im engeren Sinne, welche sich auf gegebene Thatsachen bezieht, wird freilich nicht immer stattfinden, aber man wird auch von dem welcher sich in seinen Erwartungen getäuscht sieht, sagen dürfen, dasz er sich geirrt habe, gleichviel ob es sich um die Erwartung handelt er werde im Stande sein seine eigene Thätigkeit in der erforderlichen, richtigen Weise ein zurichten, oder um die Erwartung es werde sein Thun keinem Hemmnisse begegnen, oder um die erwartete Mitwirkung anderweitiger durch das eigene Thun an geregter Kräfte.“ Reeds te voren, merkten wij op, dat Hälschner het woord dwaling hier in een buitengewonen zin bezigde en ook uit Haberlin's verdediging blijkt, dat hier in werkelijkheid van geen dwaling gesproken kan worden als iets karakteristieks voor het begrip poging.

Haberlin erkent zelf, dat er niet altijd sprake zal zijn van een feitelijke dwaling, maar dan toch altijd van dwaling in zijn verwachtingen, die daarin bestaat dat de dader, of meende op de juiste wijze te handelen om zijn gewild gevolg te verkrijgen, of niet belemmerd te zullen worden in zijn verrichtingen. Maar dit kunnen wij niet toegeven. Niemand zal durven beweren, dat, welke verrichting hij ook doen moge, hij daarin niet zou kunnen verstoord worden, niemand kan met absolute zekerheid



zeggen dit of dat te zullen doen; tot een hooge graad van waarschijnlijkheid kan men het brengen, maar nooit tot volkomen zekerheid. Wanneer iemand zegt: ik kom zeker of zal dit of dat zeker doen, dan weet elk dat die zekerheid niet bestaat, de man kan op hetzelfde oogenblik waarop hij de woorden uitspreekt sterven, verlammen in één woord verhinderd worden zijn plan, zijn belofte na te komen, en toch zal niemand zeggen dat hij dan gedwaald heeft.

Als ik A wil dooden door hem in het hart te steken, maar wordt op hetzelfde oogenblik dat de dolk zijn huid reeds drukt teruggetrokken of door een verlamming geslagen, dan zal niemand aanvoeren dat ik gedwaald heb hetzij feitelijk, hetzij in de wijze waarop ik mijn tegenstander van het leven wilde berooven, hetzij in mijn meening dat ik niet kon verhinderd worden in mijn handelen; in het laatste geval zou men eer denken met een idioot te doen te hebben, en gesteld de dader was dit niet, is dus gelijk een iegelijk, dat elk menschelijk doen aan storing onderhevig kan zijn, dan zouden wij in dit geval geen poging kunnen aannemen, daar het karakteristieke, het criterium van het begrip aan deze handeling ontbrak, er was geen dwaling, noch in feiten, noch in wijze van uitvoering.

Berner: Gutachten über die Frage pp. in den Verhandlungen des deutschen juristentags pro 1876 pag. 135. Geyer, Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen pg. 47. Hälschner: System des preussischen Strafrechts pag. 171 B. I. Seeger: Bemerkungen über den Entwurf eines Norddeutschen Strafgesetzbuches in Goltdammers Archiv pro 1870 pag. 238. Schwarze: Commentar (3<sup>e</sup> editie) pag. 112 — hebben het karakte-



ristieke willen vinden in „das Uebergreifen des Willensmoments über das Thatmoment.“ Ook dit achten wij niet juist. Hiertegen geldt volkomen Cohn's opmerking, pag. 106 t. a. p. nml.: „dasz man von demjenigen der nicht im Stande war, durch einen Dolchstich den Tod seines Feindes zu bewirken nicht gut behaupten kann, er habe weniger gethan, als in seinem Willen gelegen habe. Im Gegentheil entspricht die That vollständig seinem Vorsatze, mag auch immer nicht der Erfolg eingetreten sein den er sich von ihr versprochen hat.“ — Dit laatste is onjuist, want Vorsatz, opzet is de wil gericht op de materieele daad en het gevolg; bedoelt hij nu echter met Vorsatz enkel de wil gericht op de materieele daad zonder het gevolg, dan is zijn redeneering juist, maar dan volgt weer verder:

„Man wäre vielleicht deshalb geneigt, den Satz, dass beim Versuch mehr *gewollt* als *geschehen* sei, dahin zu verbessern dass bei ihm der Erfolg hinter der Absicht zurückbleibe.“ Hier zou men denken dat hij onder „Thatmoment“ niet alleen de materieele daad maar ook het gevolg bedoelde, m. a. w. de geheele handeling, maar wij hebben gezien dat hij het woord Vorsatz gebruikt in den zin van den wil gericht alleen op de daad en dan is zijn opmerking weer niet juist en slaat zij niet terug op den zin: „das Uebersreifen des Willensmoments über das Thatmoment“ want, das Willensmoment omvat toch de geheele wil, d. i. de wil gericht op de materieele daad en het gevolg en Cohn bestrijdt alsof het alleen bedoelde de wil gericht op de daad. In een concreet geval kan men echter daad en gevolg niet scheiden en geheel afzonderlijk bespreken, daar men dan een daad beoordeelt



zonder het verband met de daaraan gehechte gevolgen, m. a. w. dan is er in dit geval alleen sprake van zware verwonding maar niet van poging tot moord, daar dit op de gevolgen ziet.

Bij poging moet men dus daad en gevolg niet scheiden maar ze als één geheel beschouwen en dan kan men zeggen dat er bij poging meer gewild, — d. i. de wil gericht op daad en gevolg als één geheel gedacht, m. a. w. opzet, — is dan geschied.

De zin: Er is meer gewild dan gedaan, is verschillend met: Er is meer gewild dan geschied, want het eerste slaat alleen op de materieele daad, het tweede op de geheele handeling. — Dit schijnt Cohn verward te hebben.

Nu wij het begrip en het karakteristieke van poging hebben gevonden moeten wij ons afvragen, wanneer begint hare strafbaarheid.

## § 2. *Vorbereidings- en Uitvoeringshandelingen.*

Hier zijn wij gekomen tot een punt waarover misschien nog het meeste strijd bestaat; want hoeveel meeningen zijn er niet over Vorbereidings- en Uitvoeringshandelingen? Is deze onderscheiding wel vol te houden? Is er een wezenlijk verschil in beiden? Is er een grens aan te geven die ons doet zien of de een of andere handeling tot het gebied der voorbereiding of tot dat der uitvoering moet gebracht worden? Is er een wezenlijk en niet bloot quantitatief onderscheid tusschen voorbereidings- en uitvoeringshandelingen? Zoo ja, welke rechtvaardiging is er dan te pleiten voor de strafbaarstelling van sommige voorbereidingshandelingen? — Is er a priori geen algemeen geldend beginsel aan te geven, dat de voorbereiding van de uit-



voering scheidt, misschien kan dan bij elk speciaal delict aangeduid worden waar de grens te trekken is.

Chop in zijn brochure: Ueber die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch eines Verbrechens. Leipzig 1861, begint met den grond der strafbaarheid aan te geven van poging.

De grond der strafbaarheid is volgens hem een schenden der rechtsorde, daar de pogingshandeling de objectieve kenmerken van een strafbare handeling, en wel van het speciaal gewilde misdrijf, heeft. Maar welke nu die objectieve kenmerken zijn, zegt Chop ons niet, trouwens hoe kan een pogingshandeling de objectieve kenmerken van het speciaal gewilde misdrijf hebben? Art. 287 van het Nieuwe Strafwetb. zegt: Hij die opzettelijk een ander van het leven berooft, wordt, als schuldig aan doodslag, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste 15 jaren. Is er nu een poging tot doodslag dan is het objectieve kenmerk van doodslag, namelijk, het gedood zijn, er niet, de man leeft nog; (opzet (iets subjectiefs) kan natuurlijk nooit een objectief kenmerk van het speciaal misdrijf zijn. De contradictie die deze zin inhoudt bewijst het.) Uitvoering, d. w. z. strafbare poging is, volgens Chop, aanwezig wanneer het objectieve Thatbestand van een misdrijf in het leven geroepen, maar uit het boven aangehaalde voorbeeld moet volgen of dat er dan geen poging tot moord is of dat er objectief Thatbestand van het misdrijf moord kan zijn zonder dood. Deze consequentie tracht Chop echter te ontkomen door de volgende regelen te stellen:

a. „Unbestritten liegt eine Ausführungshandlung dann vor, wenn der nächste Zweck der Handlung bereits



erreicht ist, und dieser Zweck einen vollendeten in sich abgeschlossenen Bestandtheil des objectiven Thatbestandes des beabsichtigten Verbrechens bildet. Dies ist natürlich nur bei denjenigen Verbrechen denkbar in Bezug auf welke verschiedene einzelne Handlungen begangen werden konnten oder mussten, um sie ihrer Vollendung zuzuführen."

In werkelijkheid brengt ons dit geen stap verder want op pag. 53 zegt Chop: „Was unter dem Begriff der Ausführung eines Verbrechens zu verstehen ist, dass kann keinem Zweifel unterliegen. Die Ausführung ist das Hervorbringen der Merkmale des vollendeten Verbrechens durch die imputabele Thätigkeit des Handelnden d. i. „Ausführung ist das Hervorbringen des objectiven Thatbestandes eines speciellen Verbrechens." De vraag wanneer is er begin van uitvoering lost zich dus op in deze vraag: wanneer wordt door een handeling het objectief Thatbestand van een speciaal misdrijf in het leven geroepen? Antwoord: als de handeling een voltooid, op zich zelf afgesloten bestanddeel van het objectief Thatbestand van het gewilde misdrijf vormt; dit is duidelijk, is het Thatbestand reeds gedeeltelijk daar, dan heeft dit een begin gehad, maar wat zijn wij nu gevorderd? Nu hebben wij in plaats van het woord uitvoering, het woord: objectief Thatbestand; maar wat is nu het objectief Thatbestand van niet formeele misdrijven? dat is in de wet niet omschreven. Welke zijn die objectieve kenmerken van het begrip doodslag b. v.: leg ik een pistool op iemand aan dan is dit aanleggen op zich zelf geen objectief kenmerk van doodslag, het kan evengoed een objectief kenmerk zijn van zware verwonding, houdt mits dien op een ken-



merk van het speciale misdrijf doodslag te zijn. Het eigenlijke objectieve kenmerk van doodslag is het tengevolge der ondergane handeling gestorven zijn en juist dit objectieve Thatbestand ontbreekt bij poging. Neemt men het woord objectief Thatbestand in een concreten zin aan dan behooren alle verrichtingen die geleid hebben tot bereiking van het oogmerk tot het objectief Thatbestand, maar dan kan men geen voorbereidingshandelingen meer onderscheiden.

Chop neemt geen strafbare poging aan bij absoluut ondeugdelijk middel of object, omdat o. a, hierbij door de gepleegde handeling het objectieve Thatbestand zelfs niet gedeeltelijk kon worden in het leven geroepen, hieruit blijkt dat naar zijne meening het aanleggen met een pistool op zich zelf geen deel van het objectieve Thatbestand van doodslag vormt; maar hoe moet het volgens dit systeem dan indien de persoon, op wien met een ongeladen geweer wordt aangelegd, tengevolge van angst en schrik sterft? moet men dan die zelfde handeling wel als een deel van het objectieve Thatbestand aannemen of is die dader niet strafbaar wegens opzettelijken doodslag?

\*Op pag. 11 van zijn brochure erkent Chop dat „wenn der Mörder mit dez Axt eben aus holt, um den tödlichen Streich nach dem Haupte seines Opfers zu führen, oder wenn er dem zu mordenden die vergiftete Speise zum genieszen vorgesetzt hat,” . . . „die Handlung nich als ein wirklicher Bestandtheil des Mordes betrachtet werden könne;” hoe nu een handeling die geen bestanddeel uitmaakt van moord wel een kenmerk van hetzelfde misdrijf kan zijn, is ons niet duidelijk.

b. „Indessen, wenn auch in den zur Beurtheilung kom-



menden Handlung noch kein vollendeter Bestandtheil des objektiven Thatbestandes eines speciellen Verbrechens vorliegt, so muss trotzdem eine Ausführungshandlung dann angenommen werden, wenn die fragliche Handlung und zwar unmittelbar durch dieselbe der objektive Thatbestand des beabsichtigten Verbrechens ganz oder theilweise hervorgebracht werden kann und soll."

Dus ook wanneer een daad verricht is die *onmiddelijk* het objectieve Thatbestand van het gewilde misdrijf geheel of ten deele zou kunnen en moeten te weeg brengen is er poging of uitvoering.

Maar wanneer is er dan poging bij opzettelijke levensberooving door een sabelhouw b. v.? Heb ik den sabel opgeheven om juist den doodelijken slag toe te brengen, dan is er nog geen poging tot doodslag, want door het opheffen of nog meer door het met kracht nederlaten van den sabel wordt niet *onmiddelijk* een deel van het objectieve Thatbestand te weeg gebracht; eerst de toegebrachte slag zou onmiddelijk het objectief Thatbestand kunnen te weeg brengen, en dan nog blijft de vraag is dit wel *onmiddelijk*, moeten er eerst niet nog allerlei werkingen plaats hebben b. v. het raken van een deel des lichaams waarvan de kwetsing *onmiddelijk* den dood ten gevolge moet hebben?

Eindelijk wil Chop, pag. 68 sqq. t. a. p. dat het oogmerk zich uit de gepleegde daad duidelijk doet kennen, *dolus ex re* is een tweede vereischte voor de strafbaarheid.

Nu geeft Chop ook nog een aantal kenmerken van voorbereidingshandelingen, en wel:

1<sup>e</sup>. Voorbereidingshandelingen kunnen slechts bij opzettelijke misdrijven plaats hebben.

Dit helpt ons echter niet tot onderscheiding van straf-



bare poging, want het begin van uitvoering moet ook opzettelijk zijn, zal er sprake zijn van poging.

2<sup>e</sup>. Die handelingen kunnen slechts in betrekking tot een andere, en wel tot de voor te bereiden handeling gedacht worden.

Dit kan echter ook het geval zijn met een uitvoeringshandeling; klim ik in met oogmerk te stelen, dan is dit inklimmen in verband en een voorbereiding van het stelen en toch zou Chop dit waarschijnlijk een begin van uitvoering noemen.

3<sup>e</sup>. Voorbereidingshandelingen liggen wat tijd betreft vóór de uitvoering.

Het is echter juist de vraag *wanneer* de uitvoering begint.

4<sup>e</sup>. Zij zijn gewoonlijk, strafrechtelijk irrelevant, wanneer men alleen op de uitwendige verschijning let, in den regel door geen strafwetboek bedreigd, een handeling namelijk die niets van het objectieve Thatbestand des beoogmerkten misdrijs inhoudt.

Onze vraag blijft echter, wat is in abstracto het objectieve Thatbestand van niet formeele misdrijven.

5<sup>e</sup>. De voorbereidingshandelingen moeten ten doel hebben den dader in dien toestand te brengen om tot de uitvoering van het gewilde misdrijf over te gaan, hem de uitvoering mogelijk te maken of te vergemakkelijken.

Tot dit doel dienen uitvoeringshandelingen ook, men breekt een lade open om het geld er uit te halen.

6<sup>e</sup>. De handelingen moeten geschikt zijn om dit doel te bereiken, want een handeling die onder alle omstandigheden den dader niet in dien toestand kan brengen, of die verder reikt dan dit doel komt op het gebied der uitvoering, b. v. als iemand naar het horloge grijpt van een ander om zich door deze handeling de uitvoering der



opzettelijke diefstal mogelijk te maken. Dit zelfde voorbeeld wordt pag. 67 aangehaald als zijnde niet een uitvoeringshandeling, tenzij men met het opzet *nu* den diefstal te plegen het verricht heeft. De geschiktheid der handeling, afgezien van den dolus, is dus geen *onderscheidend* kenmerk tusschen voorbereiding en uitvoering.

7<sup>e</sup>. Na voltooiing der voorbereidingshandelingen staat het nog volkomen in de macht van den dader de uitvoering van het voorbereide misdrijf te beginnen dan niet, d. w. z. al is de voorbereiding voltooid dan is er nog geen uitvoering.

Dit heldert nog niets op omtrent de begrippen zelf.

8<sup>e</sup>. Het gebied der voorbereiding *begint* met de eerste handeling, die men voorneemt om zich in den toestand te plaatsen een gewild misdrijf te kunnen uitvoeren, of gemakkelijker te kunnen bewerkstelligen, en *sluit* na die handeling, waardoor dit doel als bereikt kan beschouwd worden.

Het aanleggen met een geladen pistool is dan nog voorbereidingshandeling, want ik kan geen moord plegen zonder het pistool af te schieten, d. i. de haan af te trekken. — Ook deze vereischten helpen onzes inziens niet genoeg de begrippen te bepalen.

Over Berner's leer der voorbereidingshandelingen in zijn Lehrbuch spraken wij reeds boven pg. 16 sq. met een enkel woord. Wij zagen dat hij het onderscheid daarin vindt dat voorbereidingshandelingen dienen tot het verschaffen en toebereiden der middelen, de uitvoeringshandelingen daarentegen strekken ter onmiddellijke verkrijging van het strafbaar gevolg t. a. p. § 103. Reeds bij de bespreking van Chop's leer bestreden wij de te enge opvatting van het begrip poging; ja men zou bijna moeten aanne-



men dat er dan in concreto bijna nooit zich een geval van poging zou kunnen voordoen, daar of het gewilde gevolg zou zijn ingetreden, of de rechter uitspraak zou doen dat de gepleegde daad niet onmiddellijk het gevolg kon tot stand brengen. Breekt toch iemand opzettelijk de planken uit de brug opdat als A. er over gaat, door de duisternis misleid, in de rivier zal storten en verdrinken, dan kan er volgens Berner van geen poging sprake zijn, want het verdrinken is geen onmiddellijk gevolg van de gepleegde daad namelijk het opbreken der planken. Zegt men dat het „onmiddellijk” niet te streng moet genomen worden dan valt weer alle onderscheiding weg, en dan verhindert niets dat hij wegens poging gestraft wordt die instrumenten toebereidt met plan daarmede de brug op te breken, want had de dader geen instrumenten gehad dan had hij de brug niet kunnen opbreken, dan had er niemand kunnen doorvallen, dan had daardoor niemand kunnen in de rivier storten en verdrinken.

Mittermaier, in de Gerichtsaal pro 1859 pag. 197 sqq. „Die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks Anfang der Ausführung,” wil het onderscheid tusschen voorbereiding en uitvoering door twee punten bepalen.

1<sup>e</sup>. Het verschil in de intensiteit van den wil bij de een of de ander, bij de voorbereidingshandelingen is die gewoonlijk nog onzeker en onbepaald, maar bij de uitvoeringshandelingen vast en besloten.

2<sup>e</sup>. Het objectieve verschil der handelingen naarmate zij in de een of andere categorie vallen.

Wat nu het eerste punt betreft, zoo erkent Mittermaier zelf dat bij voorbereidingshandelingen dewil even intens kan zijn als bij de uitvoering zelve: „in einzelnen Fälle



kann zwar eine solche Festigkeit vorliegen" zegt hij, maar met deze bekentenis vervalt het eerste punt als een kenmerk ter onderscheiding tusschen Voorbereiding en Uitvoering, want een kenmerk dat niet werkelijk en in alle gevallen de onderscheiding kan aangeven, houdt op een onderscheidings kenmerk te zijn.

Nu noemt Mittermaier verder een aantal handelingen op die tot de voorbereiding dienen en uit die voorbeelden volgt: dat alle handelingen die in betrekking staan met een misdrijf, maar er nog vóór zijn, voorbereidingshandelingen zijn, voor zoover zij niet het Thatbestand van een delictum sui generis uitmaken; hetzelfde dus wat Zachariae zegt: Voorbereidingshandelingen zijn wat den tijd betreft vóór de uitvoering.

Maar wat nu het tweede punt betreft door Mittermaier genoemd, daarvoor stelt hij vier regels op, waarvan drie echter op speciale gevallen slaan en dus hier voorbijgegaan kunnen worden; als vierde beginsel noemt hij echter:

„Da wo zu einem Verbrechen ein gewisses Merkmal gehört, welches die beabsichtigte strafbare Handlung enthält, während das vorhergehende nur in dem sich versetzen in die Lage besteht, um das Verbrechen ausführen zu können, ist strafbarer Versuch erst vorhanden, wenn jene das verbrecherische Merkmal enthaltende Handlung begonnen wird. Wo aber nach der Natur des beabsichtigten Verbrechens mehrere der unmittelbar dem Hauptmerkmal dieses Verbrechens vorausgehende, am Ort des Verbrechens und gegen den Gegenstand desselben gerichtete Handlungen gehören oder wo nach der besonderen Art des Verbrechens höhere Strafbarkeit desselben begründende Mittel angewendet werden, ohne dass die



Haupthandlung selbst schon auszuführen begonnen wird, kann nach den besonderen Umständen der Fälle und nach dem Benehmen des Thäters, woraus sich klar ergibt, dass unmittelbar ein bestimmtes Verbrechen verübt werden soll, schon in der Verübung dieser vorhergehenden Handlung der Anfang der Ausführung des Verbrechens (daher Strafbarer Versuch) angenommen werden", pag. 222. t. a. p.

Als voorbeeld van delicten die onder de eerste alinea vallen noemt hij de meineed, dus hiermede schijnen bedoeld te zijn die misdrijven welke door één enkele handeling worden gepleegd.

In de tweede alinea schijnt hij het oog gehad te hebben in het tweede gedeelte, op de gequalificeerde misdrijven, in het eerste, op alle andere delicten die door meer dan één handeling worden gepleegd, en ook degeen, waarbij een gevolg tot het Thatbestand behoort; tevens degeen die een meerheid van handelingen tot pleging van het misdrijf toelaten of vorderen.

Reeds dadelijk moeten wij opmerken dat het voorbeeld van misdrijven onder de eerste alinea vallend, niet gelukkig gekozen is, want bij meineed is toch elk woord dat men uitspreekt een afzonderlijke daad; blijf ik midden in de voorgeschrevene formule steken, dan kan men toch moeielijk zeggen niets gedaan te hebben.

De eerste alinea slaat dus op de zoogenaamde formeele delicten en wil hetzelfde uitdrukken wat wij reeds bij Zachariae vonden, maar duidelijker uitgedrukt t.a.p. § 108: „Anfang der Ausführung ist dann vorhanden, wenn mit einer Handlung begonnen worden ist, welche als wirklicher Bestandtheil der im Gesetze bedrohte That betrachtet werden kann, wenn also mit der Gesetzüber tretung selbst schon den Anfang gemacht worden ist".



Voor de materieele misdrijven geldt dus de tweede alinea en de inhoud daarvan komt weer hier op neer dat indien er handelingen zijn verricht die „nach dem Benehmen des Thäters, woraus *sich klar ergibt*, das unmittelbar ein bestimmtes Verbrechen verübt werden soll”, duidelijk te kennen geven welk misdrijf men wil plegen, men dan reeds begin van uitvoering kan aannemen ofschoon het slechts een „vorhergehende Handlung ist”, m. a. w. blijkt uit de gepleegde handeling, dat op een bepaald misdrijf het oog gevestigd was, dan is er strafbare poging, d. i. begin van uitvoering aan te nemen.

Hetzelfde leeren de Fransche schrijvers die een uitlegging geven van de in de C. P. ongelukkig gebezigde uitdrukking: commencement d'exécution C. P. art. 2.

Zoo zegt Ortolan in zijn *Resumé des éléments de droit penal* (Paris 1874) pag. 119: „Cependant l'agent peut être parvenu, dans cette mise en oeuvre des instruments ou des moyens à un point tellement rapproché de l'exécution du crime lui-même, qu'il y aurait *Subtilité à dire, qu'il n'en est encore qu'aux actes préparatoires*: comme si ayant fracturé des portes, fracturé un secrétaire, ouvert un tiroir ou se trouve la somme, qu'il veut soustraire, il est arrêté avant d'avoir mis la main sur cette somme. C'est pour de tels cas, rares il est vrai, que nous attribuons au juge de la culpabilité un certain pouvoir d'appréciation, suivant la nature des crimes dont il s'agit et celle des instruments ou moyens d'action employés.”

Uit deze aanhaling, en ook uit Mittermaier's referaat schijnt het dat zij beiden toch nog een wezenlijk objectief verschil erkennen tusschen voorbereiding en uitvoering, maar dit objectieve kenmerk, indien het al bestaat schijnt



niet aan te wijzen te zijn en waarom zou men dan ook nog moeite doen, indien men afgezien daarvan toch reeds een handeling als een uitvoeringshandeling mag aannemen ~~x~~ wanneer het oogmerk duidelijk er uit blijkt, hetgeen in de meeste gevallen wel eerst kort vóór het feitelijke begaan van het misdrijf zich zal openbaren.

Chauveau et Hélie in de *Theorie du Code Pénal* D. I. n<sup>o</sup> 563, 564 pag. 163 sqq. spreken aldus:

„Jusque la (i. e. tot het begin der uitvoering) la pensée de l'agent est incertaine, elle peut reculer devant l'exécution; mais si l'exécution est commencée, cette présomption cède à une autre présomption c'est qu'il l'eût achevée, si quelque cause accidentelle ne l'eût troublé.”

„C'est sur cette dernière présomption qu'est assise la peine, car s'il y avait impossibilité pour l'agent de se désister, d'interrompre le crime, ce ne serait plus une simple tentative, mais un crime consommé. La possibilité d'un désistement volontaire est de l'essence de la tentative. Si ce désistement a lieu par la seule volonté du coupable, la loi ferme les yeux et pardonne, à moins que l'acte d'exécution accompli ne constitue en lui même un délit sui generis. Mais si cet agent est surpris par un évènement fortuit au milieu de son crime, la loi ne peut connaître quel eut été le mouvement de sa volonté dans l'instant qui a suivi cet évènement; peut-être eut-il lui même suspendu l'exécution du crime, peut-être la crainte ou le repentir l'eussent arrêté; mais il est certain, qu'il avait résolu de commettre un crime, il est certain qu'il avait commencé l'exécution: ces deux actes suffisent pour légitimer la peine, l'agent ne peut se couvrir de la possibilité d'un regret tardif qui ne s'est point manifesté.”



/ Evenzoo deel III n<sup>o</sup>. 564 pag. 22:

„La peine de la tentative est basée sur la présomtion, que l'agent eut consommé le crime, si quelque cause accidentelle ne l'eut troublé.”

× Ook hier vinden wij het gevoelen uitgedrukt: bij uitvoeringshandelingen blijkt dat de dader het strafwaardig gevolg tot stand wilde brengen, hetgeen uit de voorbereidingshandelingen nog niet blijkt, daar hij dan nog van gedachte kon veranderen, hetgeen men bij de uitvoering niet meer mag aannemen dat hij zal doen.

Cheauveau en Hélie nemen dus een *presumptio doli* aan, maar waarom? Bij voorbereidingshandeling is de wil onzeker want „elle peut reculer devant l'exécution,” maar bij de uitvoering wijkt dit vermoeden van onzekerheid der wilsbepaling voor een ander: „c'est qu'il l'eut achevée,” maar juist dit begrijp ik niet, daar in het *wezen* der poging ligt vrijwillig te kunnen terugtreden. „La possibilité d'un désistement volontaire est de l'essence de la tentative,” en juist die mogelijkheid van terugtreden vonden wij ook bij de voorbereidingshandelingen en was dáár een reden om een vermoeden in het leven te roepen dat hij *niet* zou voortgaan maar ophouden, waarom wordt nu hier bij geheel gelijke mogelijkheid van terug te treden een tegenovergesteld vermoeden aangenomen? Het antwoord is: „1<sup>e</sup>. il est certain qu'il avait résolu de commettre un crime” dit is een *petitio principii*, want dat is juist wat bewezen moet worden, nu staat er: bij uitvoering is eene „présomtion, c'est qu'il l'eut *achevée* . . .” gerechtvaardigd daar door: „Il est certain qu'il avait résolu de *commettre* un crime. 2<sup>e</sup>. Il est certain qu'il avait commencé l'exécution.”



Dus bij Voorbereiding is de wil *onzeker* want hij kan terugtreden.

Bij Uitvoering is de wil *zeker* want hij kan terugtreden.

Wat nu het tweede punt betreft; dat zegt: **Uitvoering** wordt gestraft omdat er uitvoering is.

X Chauveau en Helie zeggen ons dus niets dan dit: bij voorbereidingshandelingen is de presumpcie dat hij zal terugtreden; bij uitvoering dat hij dit niet zal doen. Maar, waarop deze presumpcie gebaseerd is zeggen zij ons niet; zou nu werkelijk een presumpcie die geen basis heeft voldoende zijn om bij voorbereiding niet, en bij uitvoering wél strafbaarheid aan te nemen.

Trouwens is het wel waar dat bij voorbereidingshandelingen een presumpcie bestaat dat 's daders wil onzeker is, dat hij zal terugtreden — wij durven het betwijfelen.

Sommigen hebben gemeend dat de grens tusschen voorbereiding en uitvoering niet voor alle misdrijven tegelijk geldend kon worden bepaald maar wel voor elk speciaal delict in het bijzonder; geen wetgever noch eenig criminalist heeft dit reuzenwerk uitgevoerd, en het zou dan ook wel vreemd mogen heeten dat men bij een speciaal delict dadelijk het karakteristieke van uitvoering kan aantoonen terwijl men in abstracto geen algemeen geldenden regel kan geven.

Een derde leer is von Bar toegedaan in zijn brochure: *Zur Lehre von Versuch und Theilnahme am Verbrechen*. Hij zegt: of er poging is ja dan neen is een feitelijke vraag.

Hij redeneert aldus: Eenige voorstellingen gaan steeds aan het besluit vooraf waarvan de daad het gevolg is nml.: (§ 1. t. a. p.)



„a. eine Vorstellung der äusseren Umstände, unter denen das Subjekt thätig werden will;

b. die Vorstellung der Veränderung in der Auszenwelt, welche durch die Thätigkeit des Subjekts herbeigeführt werden soll, und;

c. die Vorstellung der eigenen Thätigkeit des handelnden Subjekts selbst, welche den Zustand a. in den Zustand b. verwandelt.

Fehlt eins dieser Erfordernisse, so kann von einem wirklichen Willen des Subjekts nicht die Rede sein” m. a. w. heeft de dader zich iets niet voorgesteld dan kan hij dat niet werkelijk gewild hebben. Op de bestaande toestanden moet nu volgens de wetten der causaliteit gewerkt worden om de gewilde verandering te verkrijgen, pag. 3. t. a. p.

Hiertoe is in den regel een samenstel van handelingen noodig, maar de mensch is zóó georganiseerd dat hij geheele groepen van handelingen door een enkele daad van den wil kan omvatten, is er nu één enkel lid van die samengestelde groep van handelingen aanwezig, dan mag men aannemen dat de geheele groep met het daaraan verbonden gevolg gewild is. Op pag. 4 zegt hij: „Sobald nun das erste Glied einer Gruppe von Thätigkeiten realisirt ist, welche von einem jeden zurechnungsfähigen Menschen in der Willensaktion zusammengefasst wird, so kann hieraus mit Recht geschlossen werden, der Handelnde habe unmittelbar den ganzen Effekt der Gruppe gewollt, und zwar nicht bloss als einen innerlichen Vorgang, sondern als eine Wirkung, die mit der Macht einer dem Belieben des Handelnden gegenüber selbstständigen Objektivität den Handelnden selbst bestimmt, und wenn das



Thun ein Strafbares ist, auch als Strafbares Unrecht zugerechnet werden musz.

Man kann also in diesem Falle sicher strafbaren Versuch des Verbrechens annehmen."

Het effect van zulk een groep wordt nu door den mensch weer verbonden met dat van anderen, terwijl hij in het effect van al deze groepen te zamen zijn doel ziet, en in het effect van de enkele groepen, het middel om tot dat gewilde resultaat te komen. § 3. pag. 5. t. a. p.

Het misdrijf is nu het doel van den dader, de bestaande toestand, de basis waarop gebouwd wordt om tusschen dezen en het gewild gevolg een voortdurende verbinding in het leven te roepen. „Diesz heiszt aber nichts Anderes, als die bestehenden Verhältnisse der Auszenwelt werden von dem thätigen Willen als Mittel zum Zweck benutzt, oder der im Willen liegende Zweck wird an die bestehen den Verhältnissen der Auszenwelt angeknüpft, mit ihnen verbunden."

Is er nu een daad gedaan die in een voortdurende verbinding, — d. i. een verbinding tusschen de bestaande verhoudingen en de gewilde als één keten beschouwd, — staat met het doel, dan is de werking van de geheele groep gewild, zonder dat hiertoe een nieuwe wilshandeling noodig was. Dit is het geval wanneer het doel gewild is en de daartoe gewilde middelen bepaald en duidelijk door den dader in zijn voorstelling zijn opgenomen. Zijn nu de omstandigheden juist berekend dan zal voltooiing het gevolg zijn, maar is zijn voorstelling in strijd geweest met de werkelijkheid m. a. w. is er dwaling, dan zal er poging kunnen zijn. Daar nu echter die voortdurende verbinding van middel en doel geheel relatief is, — b. v.



het kan zijn dat men het gaan door een straat als één geheel heeft gedacht, maar ook dat men het gaan over enkele steenen reeds als een afgesloten geheel heeft gedacht, — zoo moet in elk speciaal geval onderzocht worden of de dader zijn handeling als een middel tot zijn doel, als in voortdurende verbinding daarmede heeft gewild; en daarom is het een feitelijke quaestie of die handeling poging is, ja dan neen, en dus ook waar het begin van poging. Deze is nu:

„Wenn eine äusere auf die Vollendung des Verbrechens abzielende Thätigkeit vorliege, welche von dem Handelnden in continuirlichem Zusammenhang von Mittel und Zweck, von Ursache und Wirkung mit den Vollendung des Verbrechens gedacht werde.” t. a. p. pag. 28.

Bij voorbereiding staat de handeling dus nog niet in voortdurende verbinding met het oogmerk, want er is hiertoe nog een nieuwe werking van den wil, een nieuw besluit noodig, terwijl bij uitvoering of poging die verbinding reeds bestaat en er geen nieuw besluit noodig is.

Terecht dunkt ons, wijst Cohn er op dat de dader wel verre van de bestaande toestanden als middel tot zijn doel te gebruiken juist hiertegen zijn pijlen richt, hij zegt namelijk: „Ich kann vor allem eine Verbindung zwischen den bestehenden Verhältnissen der Aeussenwelt und dem Verbrechen in der Weise, dass jene als Mittel zum Zweck benutzt werden, nicht anerkennen. Denn die Incongruenz zwischen dem gegenwärtigen Zustand und dem, welchen der Thäter erstrebt, ist nur das Motiv seines Handelns, (Binding t. a. p. D. II pag. 74,) nicht aber der Gegenstand desselben. Weit entfernt, in jenem ein Mittel zu sehen, richtet er vielmehr sein Thätigkeit gegen ihn. Eben



deshalb knüpft er die in seiner Idee existirende Kette nicht an ihn an, sondern er kehrt ihre Spitze gegen ihn."

Toch zien wij ook hier weer, dat von Bar poging of uitvoering aanneemt wanneer er een handeling gedaan is die in voortdurende verbinding staat met het gewilde gevolg, hetgeen waarschijnlijk uit de handeling zelve zal moeten blijken, daar de bekentenis van den dader niet genoegzaam bewijst.

Nadat wij deze verschillende meeningen omtrent voorbereiding en uitvoering hebben nagegaan schijnt het ons alsof al die verschillende opinie's tot twee te herleiden zijn.

Begin van uitvoering is er wanneer de dader zelf een daad doet waarna hij geene meer behoeft te doen om het gewilde gevolg te verkrijgen, maar het aan de werking der natuurlijke krachten kan overlaten of, waarna hij nog slechts geheel gelijke handelingen heeft te verrichten, m. a. w. dezelfde handeling voort te zetten.

Tot deze uitspraak worden wij gebracht door het bij bijna alle theorieën terugkomende woord „onmiddellijk”; zoo bij Chop, Berner, enz. — Hierdoor zal bij de meeste misdrijven poging feitelijk uitgesloten zijn en vandaar dat de Fransche schrijvers, die zoo sterk letten op het „commencement d'exécution”, doen opmerken dat men toch soms vóór de eigenlijke uitvoering, uitvoering moet aannemen, zooals wij o. a. boven zagen bij Ortolan, maar tevens dat dan hiermede het geheele begrip van uitvoering zooals het vastgesteld is, verviel. Alleen nu bij die misdrijven zooals b. v. inklimmen, die een reeks van gelijke handelingen vereischen, gaat deze leer op, dan is met het plaatsen van den voet op de onderste sport van den



ladder, het inklimmen begonnen, is er begin van uitvoering; maar bij andere is men verlegen: b. v. bij moord, wanneer is daar begin van uitvoering, niet op het oogenblik dat ik mijn sabel opgeheven houd om den doodelijken slag toe te brengen, maar op het oogenblik dat ik dat lichaamsdeel kwets, door welks kwetsing de dood als gevolg „onmiddellijk”, d. i. dus zonder eenig verder toedoen van den dader, moet intreden, maar juist hierom zeiden wij, bij deze opvatting zal er feitelijk nooit van poging sprake kunnen zijn.

Nog een andere meening kan men echter met uitvoering zijn toegedaan, die tevens in alle theorieën over voorbereiding en uitvoering doorschemert of duidelijk wordt uitgesproken, nml. deze:

Uitvoering is voorhanden als uit de handeling zelve blijkt welk strafbaar gevolg het oogmerk was, dit wil o. a. Chop pag. 68 sqq. t. a. p. Mittermaier pag. 232 t. a. p., dit schemert duidelijk door bij Ortolan, t. a. p. pag. 119. Chauveau en Hélie, t. a. p. pag. 165.

Als rechtvaardiging voor de geheele onderscheiding tusschen voorbereidings- en uitvoeringshandelingen beschouwt Schwarze het zelfs, t. a. p. pag. 277:

„Der Anfangspunkt des Versuchs ist jede, auf die Ausführung des Verbrechens abzweckende Handlung. Alle in Theorie und Praxis stimmen darin überein, dasz in dieser Allgemeinheit die Strafbarkeit des Versuchs zuweit ausgedehnt sei; sie bezeichnen die ersten Vorbereitungen der Ausführung als Vorbereitungshandlungen und erklären sie für straflos. Die Rechtfertigung dieser Unterscheidung und der auf sie gestützten Strafflosigkeit findet man mit Recht in der *Thatsache*, dasz in den Vorbereitungshandlungen sich noch



nicht der entschiedene Wille kundgebe, das Verbrechen zu begehen. . . ." En zoo pag. 278: „In einem Falle kann die selbe (Handlung) als Versuch sich darstellen welche im anderen Falle als straflose Vorbereitung zu kennzeichnen ist."

Zoo zegt ook Hälschner in „Das gemeine deutsche Strafrecht" (Bonn 1881) pag. 835 spq. ons inziens volkomen terecht:

„Der Versuch erfordert ferner eine Handlung, welche von der verbrecherischen Absicht ausgehend und bestimmt diese in die äuszere Erscheinung träten lässt, denn strafbar ist die verbrecherische Absicht nicht an sich, sollte sie auch irgend wie kund geworden sein, sondern nur insofern und insoweit sie sich in der Handlung bethätigt, sich zur That gestaltet hat. Die Voraussetzung des Versuches ist es in allen Fällen, dass das Beabsichtigte weder vollständig noch auch zu irgend einem Theile realisirt wurde. Geht die Absicht auf einen nicht nur qualitativ sondern auch quantitativ bestimmbaren und bestimmter Erfolg, so ist es zwar möglich, dass der Erfolg gegen die Absicht des Handelnden nur theilweise d. h. in geringerem Umfange verwirklicht wird, aber es würde dann immerhin nicht ein versuchtes sondern ein vollendetes Delict vorliegen, viel für die Frage ob Versuch oder Vollendung nur dies entscheidend ist, ob der seiner Art nach bestimmte Erfolg als ein solcher eingetreten ist oder nicht. Das was bei dem Versuche allein geschieht und geschehen kann ist dies, dass der Handelnde die vorsätzliche Thätigkeit vermittelt welcher er den beabsichtigten Erfolg glaubt verursachen zu können vollständig oder unvollständig, ganz oder theilweise ausübt. Dass



aber diese Thätigkeit im gegebene Falle nicht geeignet ist den beabsichtigten Erfolg herbei zu führen, schlieszt nicht aus, das in ihr selbst dieser Erfolg auf die sie nach den Vorstellung des Handelnden ursächlich bezogen ist, in die Erscheinung tritt, dasz sie geeignet ist den nicht realisirten Erfolg als den zu realisirenden zu erkennbarer Darstellung zu bringen."

„Daraus aber, dasz die Versuchshandlung eine solche sein müsse in den sich das Beabsichtigte erkennbar bethätigte, können nicht irgend welche weitere Forderungen in Betreff des objectiven Beschaffenheit der Handlung gefolgert werden ins besondere nicht die, dasz sie den gesetzlichen Thatbestand des beabsichtigten Verbrechens, wenn unvollständig, doch insoweit enthalten müsse als sie einen Bestandtheil, irgend ein wesentliches Moment desselben ergiebt."

Zoo zegt ook von Buri in „Der Gerichtssaal" pro 1880 Band XXXII pag. 323 in zijn opstel: Versuch und Causalität:

„Ist denmach der in dem Versuche enthaltene Wille mit demjenigen, welcher in den Vollendung zu Tage tritt, identisch, so verlangt die subjective Theorie weiter auch noch, dasz gerade sowie in der Vollendung der abstracte objective Thatbestand des Verbrechens sich vergegenständlicht, und in dieser Vergegenständlichung der abstracte Wille zur Erscheinung kommt, dieser abstracte Wille sich auch im Versuche vergegenständlicht haben, also das im Versuche Geschehene unter Berücksichtigung der dem Thäter bekannt gewesenen Umstände, unter welchen er handelte, als die äuszere Gestalt des Willens sich darstellen musz. Hat sich der abstracte wille nicht in dieser



Weise vergegenständlicht, so ist ein concretisirter, aus dem Inneren des Handelnden heraus getretener, Wille überhaupt nicht vorhanden."

Het begin der strafbaarheid van poging is dus daar, waar er een handeling is die het oogmerk van den dader duidelijk doet kennen; wil men zulk een handeling nu een uitvoeringshandeling noemen, zooals Schwarze doet, het is, meenen wij niet aan te bevelen want 1<sup>o</sup>. zal men steeds meenen een objectief onderscheid tusschen voorbereidings- en uitvoeringshandeling er in te moeten vinden en zooals wij zagen heeft niet één schrijver dit genoegzaam kunnen aantonen, maar is men bijna altijd op dit subjectief kenmerk teruggekomen: het oogmerk blijkend uit de handeling zelve; maar 2<sup>o</sup>. geeft men een wapen in handen aan hen die ondeugdelijke poging niet strafbaar achten en dan als argument aanhalen dat er geen begin van uitvoering kan zijn waar geen uitvoering op volgen kan.

En toch zouden wij wenschen te vragen of er dan werkelijk geen pogingen zijn gedaan om het perpetuum mobile te maken; of dan werkelijk de Babelsche torenbouw, voor een oogenblik haar als een historisch feit beschouwend, niet een poging mag heeten den hemel door middel van een gebouw te bereiken; zijn hier geen uitvoeringshandelingen gedaan?

Reeds te voren bij de uiteenzetting van Zachariae's leer pag. 15 bestreden wij de meening alsof bij ondeugelijke poging, — hetzij met ondeugdelijk middel hetzij met ondeugdelijk object — tot geen boos oogmerk kon besloten worden.

Wij nemen dus strafbaarheid aan van poging, hetzij



met zoogenaamde relatief of absoluut ondeugdelijke middelen, hetzij op relatief of absoluut ondeugdelijk object, indien maar uit de gepleegde handeling blijkt dat het oogmerk gericht was op een strafbaar gevolg. — Wij stellen voorop dat wij de onderscheiding tusschen relatieve en absolute ondeugdelijkheid als van invloed op de strafbaarheid ontkennen.

De onderscheiding van relatieve en absolute ondeugdelijkheid is een abstracte, geen concrete. — Met absoluut ondeugdelijk middel — suiker of op absoluut ondeugdelijk object — een lijk — kan men geen misdrijf van vergiftiging of moord plegen, met relatief ondeugdelijk middel — geringe dosis vergift — of op relatief ondeugdelijk voorwerp — een geharnast man — kan men alleen in sommige gevallen het misdrijf van vergiftiging of moord plegen, dit is volkomen waar, maar van welk gewicht is dit voor de straf toepassing? De strafwet wordt toegepast alleen in concrete gevallen, en dan blijkt bij een concreet geval van poging dat *in dit speciale* geval het middel of object ondeugdelijk was om het gewilde gevolg in het leven te roepen.

Sommigen zeggen ja maar bij relatieve ondeugdelijkheid is er gevaar, bij absolute niet; zoo b. v. Zachariae t. a. p. § 125 en § 128.

„Aber auch dann, wenn wir den, Rechtsgrund und Zweck der Strafe blos in die aus der Vernunft ergebende Nothwendigkeit der Aufrechthaltung der rechtlichen Ordnung im Staate setzen, die man, wenn mann will, die bürgerliche Gerechtigkeit nennen kann, müssen wir die Strafflosigkeit eines Versuchs mit absolut untauglichen Mitteln behaupten. Denn das Princip für die Beantwortung



der Frage, welche Handlungen im Staate als strafwürdig zu betrachten seijen, kann hiernach kein anderes seijn, als dasz nur diejenigen Handlungen bestraft werden können, welche den rechtlichen Zustand gefährden. Diese Gefahr ist aber eine doppelte, theils eine subjective, theils eine objective. Jene liegt in der verbrecherischen Gesinnung, diese in der äuszern Beschaffenheit der Handlung. Beide müssen vereint vorhanden seijn, wenn von einer bürgerlichen Strafe soll die Rede seijn können. Setzt man die letztere bei Seite, so bestraft man nur die Verbrecherische Gesinnung man verstöszt dadurch gegen ein allgemein anerkannten und ausnahmsloses Princip des bürgerlichen Strafrechts und beraubt dasselbe jeder rechtlichen Schranke. — Eine Handlung, durch welche ihrer natürlichen Beschaffenheit nach, nie der beabsichtigte Zweck erreicht werden kann, ist blos subjectiv gefährlich."

Consequent zou hieruit volgen dat poging met relatief ondeugdelijk middel of object niet strafbaar was want: „eine Handlung, durch welche ihrer natürlichen Beschaffenheit noch nie der beabsichtigte Zweck erreicht werden kann, ist blos subjectiv gefährlich" ergo niet strafbaar; juist dit is het geval bij zoogenaamde poging met ondeugdelijk middel of object, uit de natuurlijke geaardheid der concrete handeling, kon nooit het gewilde oogmerk bereikt worden, en de uitkomst is daar het bewijs van.

Geeft men iemand een dosis vergift die een zwak mensch zou doen sterven, maar juist het object der strafbare handeling niet, door zijn bizondere sterke constitutie dan zal *deze zelfde* handeling, m. a. w. als de omstandigheden dezelfde zijn, nooit het gewilde oogmerk



kunnen doen bereiken, steeds zal de sterkere constitutie de overhand behouden op het gif.

Natuurlijk is er dit verschil: dat de patient in dit geval in gevaar heeft verkeerd en, ware hij een lijk geweest er van geen gevaar gesproken kan worden, er waren kansen dat de man niet tegen zulk eene dosis vergift bestand was, en dit mist men bij een lijk; maar een handeling is toch niet strafbaar om het gevaarlijke voor het object der handeling, want dan moest doodslag niet gestraft worden, daar dan het gevaar zoodra het feit van doodslag daar is, geweken is; neen, het in gevaar brengen van den rechtstoestand wordt bestraft; „nur die jenigen Handlungen können bestraft werden, welche den rechtlichen Zustand gefährden.” Is er nu geen gevaar voor den rechtstoestand bij absoluut ondeugdelijke poging? Is er geen gevaar ontstaan voor de veiligheid, voor de rechtsorde, ja, is die niet geschonden die rechtsvrede door het schieten op een object dat bleek een lijk te zijn? Ons dunkt dit valt niet te loochenen. In deze handeling toch heeft de wil zich belichaamd en getoond, als vijandig tegen den algemeenen wil, die vrede, orde wil; het is een realiseering der negatie van den algemeenen wil door den bizonderen, welke door deze handeling zich vijandig heeft getoond tegen genen.

Bij beiden, zoowel bij de zoogenaamde relatief als bij de absoluut ondeugdelijke poging is gevaar, zoo niet reeds schending der rechts orde.

Een ander argument tegen de strafbaarheid der zoogenaamd absoluut ondeugdelijke poging is: er kan geen sprake zijn van begin van uitvoering, want er kan geen uitvoering opvolgen, — daar wij echter gezien hebben



dat bij de verklaring der uitdrukking: begin van uitvoering telkens de logische gevolgtrekking is: te letten op den duidelijk in de gepleegde handeling uitgesproken wil, ja Chop. op pag. 68 t. a. p. dit zelfs vereischt, en er geen algemeen kenmerk voor begin van uitvoering is te geven. zoo zouden wij dit argument kunnen voorbijgaan ware het niet dat men door een valsche voorstelling der poging met absoluut ondeugdelijk middel of object, het deed voorkomen alsof zoowel dader als hij die strafbaarheid van absoluut ondeugdelijke poging aanneemt, rijp waren voor een krankzinnigen gesticht.

Tot deze treffende meening is men echter door een valsche voorstelling gekomen.

Zoo zegt Zachariae pag. 247. t. a. p.

„Noch auffallender wird die Sache, wenn man einen Anfang der Ausführung zur Strafbarkeit des Versuchs verlangt.

Denn sobald man den Beginn des Anfangs der Ausführung wieder nicht rein subjectiv auffasst — wij vatten het niet *rein* subjectief op, daar wij een handeling vorderen, die het oogmerk kennelijk aangeeft, — was durchaus unzulässig ist, wird man allerdings sagen müssen: Von einem Anfang der Ausführung kann vernünftiger Weise nur da die Rede seijn, wo die Ausführung möglich war; denn was man unmöglich ausführen kann, kann man auch nicht anfangen auszuführen. Das Beginnen setzt die Möglichkeit des Vollendens voraus, sonst wird man von einem Thoren, welcher meint, er könne in den Himmel fliegen, und einige Fusz in die Höhe hüpf, auch sagen können, er habe einen Anfang der Ausführung gemacht.”



Zoo ook Rossi, in zijn *Traité*, Livre. II Chap. 30.

Na eenige voorbeelden te hebben aangehaald van poging met ondeugdelijke middelen, zegt hij: „A vrai dire c'est un abus de mots que d'appeler ces actes une tentative d'empoisonnement, de meurtre, de parricide etc.

Puisque la tentative est un commencement d'exécution, il ne saurait y avoir tentative l'orsqu'on on se propose de faire l'impossible, ou lorsqu'on se propose de faire ce qui est possible par des moyens absolument hors de proportion avec le but. S'il n'y a pas folie, il peut y avoir perversité morale accompagnée d'ignorance ou d'erreur; mais on ne peut commencer que ce qui est possible; car l'idée de commencement suppose la possibilité d'atteindre le but par l'application plus ou moins prolongée du moyen.’

Is het dan werkelijk zoo dwaas om ondeugdelijke poging als strafbaar aan te nemen? Ja, zal men zeggen reeds het spraakgebruik doet u het dwaze inzien van uw leer, zoudt ge niet de persoon uitlachen die u in alle ernst zeide een poging te willen doen het lijk van zijn vijand te vermoorden? Stel u voor poging tot moord op een lijk! Dit klinkt zonder eenige tegenspraak onzinnig maar juist deze voorstelling, die ook Zachariae en Rossi zich schijnen gevormd te hebben is valsch. Men stelt toch hier als bekend voorop wat niet bekend is, de ware uitdrukking is: Poging tot moord op een object dat *bleek* een lijk te zijn, en dit is niet onzinnig, neen, het komt ons veel meer bevreemdend voor dat hij, die met volle bewustheid 's avonds zijn pistool laadt om den volgenden morgen zijn voorbijgaanden buurman dood te schieten, maar omdat door zijn vriend die zijn plan vermoedde, het pistool in stilte van kogel en kruit ontdaan was, met



absoluut ondeugdelijk middel op zijn buurman schiet, in de stellige overtuiging dat zijn pistool geladen is, slaghoedje was er op en alles was schijnbaar zooals hij het gisteren avond had neergelegd, — veel meer bevreemdend is het dat deze man niet strafbaar zou zijn, omdat er geen begin van uitvoering was; het blijkt daarenboven hieruit dat er voor begin van uitvoering ook op de deugdelijkheid van middel en object moet gelet worden ofschoon men in elk ander geval het opzettelijk aftrekken van een pistool met het oogmerk de persoon op wie het gericht was te dooden — voor een begin van uitvoering zou houden.

Wij meenen dus dat de strafbaarheid der ondeugdelijke poging evenzeer te rechtvaardigen is als die der enkelvoudige poging, zoodra slechts uit de handeling blijkt dat het oogmerk gericht was op een strafbaar feit.

Poging in het algemeen is dus elke daad die de uitvoering van het misdrijf beoogt.

Strafbare poging is dus aanwezig zoodra uit de opzettelijk, als middel ter bereiking van zijn oogmerk gepleegde handeling blijkt dat het oogmerk gericht was op een strafbaar feit, zonder dat het oogmerk bereikt is geworden.

Wij erkennen de zwakheid en de betrekkelijke onbepaaldheid van het woord blijken, maar het komt ons voor nog het meest juiste woord te zijn; er zal altijd veel aan de rechterlijke inzichten moeten worden overgelaten.

Als vereischten voor de strafbare poging stellen wij dus: Opzet, een handeling tot verwezenlijking hiervan, uit welke handeling het oogmerk moet blijken te zijn een strafbaar gevolg.



Het oogmerk is dus op zich zelf niet strafbaar, maar, wordt ter verwezenlijking van dit oogmerk een materieele daad verricht dan betreedt het 't rechtsgebied van den Staat en doet zich dan kennen als een wil individueel zich kantende tegen den algemeenen wil, die de gestelde rechtsorde handhaaft. De Staat kan echter niet straffen vóórdát de wil zich als tegen den algemeenen wil zich verzettend heeft belichaamd; dit laatste is een geheel feitelijke quaestie die niet a priori te beslissen is.

Wij hebben getracht het begrip poging volgens de verschillende stelsels en naar de verscheidenheid der theorieën uit een te zetten, om door dit onderzoek zoo mogelijk tot een eigen resultaat te komen of ten minste ons gedeeltelijk bij een der schrijvers aan te sluiten.

Mochten wij hen, die niet in onze eigene taal schreven verkeerde meeningen in den mond gelegd hebben of verkeerd begrepen hebben, dan is dit, naast de beperktheid van ons onderzoek, gedeeltelijk ook daaraan te wijten, dat de schrijvers niet altijd even duidelijk hunne meeningen uitspraken; zelfs schijnt dit aan hunne landslieden, en wat geleerdheid betreft, hunne evenknieën van tijd tot tijd te zijn opgevallen zooals blijkt o. a. uit Cohn. t. a. p. pag. 257. waar hij zegt: „Zwar vermag ich von Buri nicht beizutreten, wenn er behauptet, Geyer sei dadurch, dasz er für den Anfangspunkt des strafbaren Versuches die Darstellung des beabsichtigten Verbrechens in unvollkommener Weise verlangt, der subjektiven Theorie verfallen. (v. Buri, Gerichtssaal pro 1867 pag. 719.) Im Gegentheil wüsste ich wenigstens nicht, wie man der Thatseite des Versuchs

mehr Bedeutung beilegen könnte, als dadurch, dass man verlangt, dass sich in ihr der Dolus gewissermassen widerspiegeln soll. Deshalb muss ich umgekehrt Geyer zustimmen wenn er eigenthümlich findet dass gerade von Buri erklärt, einer Ansicht am nächsten zu stehen, von der vielmehr behauptet werden muss, dass sie der seinigen am meisten widerspricht."

Evenzoo Geyer in de Gerichtssaal 1866 pag. 38, „Auf fallend bleibt es dabei, dass ich gerade mit demjenigen Schriftstellern (Cropp, Köstlin, Hälschner, Walther) zusammen gestellt werde, gegen welche sich meine Darstellung hauptsächlich gekehrt hat."



## STELLINGEN.

---

### I.

Het is niet wenschelijk met Vangerow: Lehrbuch der Pandekten § 264 te lezen: Der einfache Sinn jener Worte (l. 53 D de Verb. Sign: „tutor separatim sine pecunia dari non potest”) ist vielmehr offenbar der Vater, der einen Vormund ernennen will, müsse auch einen Erbe ernennen, also ein Testament machen”.

### II.

De superficiarius kan door den grondeigenaar wegens wanbetaling van het solarium verwijderd worden.

### III.

De voor een huwelijk zich aangevende personen kunnen den ambtenaar van den burgerlijken stand dwingen, tot het doen der huwelijksafkondigingen, wanneer hij ze weigert op grond dat er voor hen een wettig beletsel tot het huwelijk bestaat.

### IV.

Men kan in zijn testament een stichting in het leven roepen.

## V.

De legataris heeft een zakelijke actie.

## VI.

De erfgenaam ab intestato heeft recht om van den notaris, onder wiens minuten een testament berust, afschrift daarvan te vorderen, wanneer dit testament door den erflater herroepen is.

## VII.

Een natuurlijk kind kan niet bij olographisch testament worden erkend.

## VIII.

De hypothecaire schuldenaar mag erfdienstbaarheden toestaan op het verbonden pand, zonder toestemming van den schuldeischer.

## IX.

Hij die in een vlaag van krankzinnigheid een onrechtmatige daad heeft gepleegd, is voor de veroorzaakte schade niet aansprakelijk

## X.

Art. 1285 B. W. bevat geen zuiver poenale clause.

## XI.

De koper der erfenis heeft niet de actie van art. 881 B. W.



## XII.

Eene in het buitenland opgerichte naamlooze vennootschap is bevoegd hier te lande in rechten op te treden.

## XIII.

Het verkoopen van waren, met dit doel gekocht, door een niet-koopman is geen daad van koophandel.

## XIV.

De trekker heeft geene actie uit den wissel tegen den betrokkene.

## XV.

De betrokkene die een wissel, waarvan de naam des ondergeteekenden valsch is, heeft geaccepteerd, kan de betaling weigeren.

## XVI.

Een in ons land verblijfhoudend vreemdeling, kan door een buiten 's lands wonenden vreemdeling gedagvaard worden voor den Nederlandschen rechter ter zake van verbindtenissen buiten 's lands aangegaan.

## XVII.

Aan een vonnis in den vreemde gewezen kan in Nederland geene exceptie van gewijsde ontleend worden.

## XVIII.

De onderscheiding van ondeugdelijke middelen en ondeugdelijk object is voor de strafbaarheid van geen waarde.

## XIX.

Hetzelfde geldt voor de onderscheiding van absolute en relatieve ondeugdelijkheid.

## XX.

Déportatie is een voor ons land ondoelmatige straf.

## XXI.

De verbanning behoorde uit ons strafstelsel te verdwijnen.

## XXII.

Men kan volgens ons positief recht, in strafzake als getuige gedagvaard zijnde, niet op grond van gemoedsbezwaren weigeren den eed af te leggen.

## XXIII.

De rechter is niet verplicht de wet, welke hij in stelligen strijd acht met de G. W. toe te passen.

## XXIV.

Terecht is den koning alleen al het recht van oorlogsverklaring toegestaan.



