

# Tussen denken en doen

Een rechtshistorisch perspectief op de poging tot misdaad in de Belgische gebieden gedurende de periode 1810-2018

---

*Simon Devroe*

*Onder wetenschappelijke begeleiding van:  
Prof. dr. W. Druwé*

## 1. INLEIDING

### 1.1. HET PROBLEEM VAN DE POGING

1. ALS EEN DIEF IN DE NACHT... – Diep in de nacht verschaft een man zich met een ladder toegang tot de zolderverdieping van een bewoond huis. Na deze inbraak wil hij het huis doorzoeken op goederen die hij kan stelen. Dan gaat plots het licht aan. De inbreker wordt door de bewoners van het huis betrapt nog voor hij iets kon wegnemen.

Het gaat hier om een waargebeurd verhaal dat zich een kleine tweehonderd jaar geleden afspeelde. De inbreker in kwestie verschijnt voor het Hof van Bordeaux. Daar wordt hij vrijgesproken van poging tot diefstal, tot ontzetting van het Hof van Cassatie: “*Comment la cour de Bordeaux a-t-elle pu décider que la réunion de ces circonstances ne constituait pas un commencement d’exécution de la tentative de vol?*” Het Hof staat echter machteloos: de wet heeft de elementen die samen de poging vormen niet specifiek vastgelegd en dus heeft de rechtbank in Bordeaux de wet niet overtreden bij het beoordelen van de elementen in kwestie, “*quelque erronée que puisse être l’opinion de la cour de Bordeaux.*”<sup>1</sup>

2. STRAFBAARSTELLING – Zo wordt het probleem van de poging mooi geïllustreerd. Er is pas sprake van een misdrijf als alle constitutieve

---

<sup>1</sup> Cass. Fr. 23 september 1825 in A. CHAUVEAU en F. HELIE, *Théorie du code pénal. Troisième édition, revue et mise en rapport avec la législation et la jurisprudence*, Parijs, Cosse, 1852, 359-360. Het voorval zorgde niet alleen aan het Hof van Cassatie voor ontzetting, maar wordt ook in de rechtsleer meermaals aangehaald, zie J.-A. ROGRON, *Code pénal expliqué par ses motifs et par des exemples, avec la solution, sous chaque article, des difficultés ainsi que des principales questions que présentent le texte, et la définition de tous les termes de droit*, Brussel, H. Tarlier, 1832, 3-5; P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Brussel, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie., 1843, 293.

bestanddelen die de wet opsomt, voorhanden zijn. Deze voorwaarde vormt ook de basis voor de strafbaarstelling van misdrijven.<sup>2</sup> Bij een poging ontbreekt één van de vereiste constitutieve bestanddelen (in bovenstaand geval het bedrieglijk wegnemen: daaraan kwam de inbreker nog niet toe), wat normalerwijze straffeloosheid zou moeten impliceren. Toch vormt ook de dader van een poging tot misdrijf een gevaar voor de samenleving. Omdat de poging tot misdrijf incompatibel is met strafbaarstelling op basis van constitutieve bestanddelen, dringt een aparte pogingsleer zich op, met speciale aandacht voor een omvattende omschrijving van het pogingsbegrip en een gepaste strafmaat.

**3. BELEIDSDIMENSIE** – Elke pogingsleer moet een evenwicht zoeken tussen ontraden en bestraffen enerzijds en maat houden anderzijds. Die evenwichtsoefening heeft een beleidsdimensie maar ook een wetenschappelijke dimensie, omdat zij beantwoordt aan een steeds evoluerend mensbeeld.<sup>3</sup> Dat beleid en wetenschap niet altijd op dezelfde lijn zitten, bleek toen Rozie en Vandermeersch de deur van de commissie belast met de redactie van een nieuw Strafwetboek in 2018 achter zich dichttrokken uit onvrede over beleidsmatig geïnspireerde aanpassingen aan hun voorstel.<sup>4</sup>

**4. HISTORISCH PERSPECTIEF** – Wil men niet ten prooi vallen aan cirkelvormige evolutie dan is het cruciaal om te hervormen vanuit een historisch perspectief. Binnen het strafrecht is dit historische perspectief in het bijzonder van belang voor de pogingsleer omdat zij zoekt naar het punt waar verantwoordelijkheid begint en daar gevolgen aan koppelt inzake straftoemeting – twee vragen die raken aan de essentie van het strafrecht: “*c’est la partie du droit pénal la plus élevée et la plus hérissée de difficultés; c’est aussi celle qui demande l’intérêt au plus haute degré.*”<sup>5</sup> Daarom wordt ook gesteld dat de manier waarop een strafrechtssysteem omgaat met de poging beschouwd kan worden als een “*criterium en een waardemeter van de strafrechtelijke opvattingen van dat*

---

<sup>2</sup> R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor Bachelors*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 33.

<sup>3</sup> Een illustratie van wetenschappelijke inzichten en het mensbeeld aan de basis van strafwetgeving, in het bijzonder het huidige Strafwetboek, vormt J. J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal*, Gent, H. Hoste, 1869.

<sup>4</sup> J. BALBONI, “Démissions spectaculaires à la commission “réforme du Code pénal””, *L’Echo* 10 september 2018, <https://www.lecho.be/economie-politique/belgique/federal/demissions-spectaculaires-a-la-commission-reforme-du-code-penal/10047826.html>

<sup>5</sup> A. CHAUVEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...] par J. S. G. Nypels*, Brussel, Meline, Cans et compagnie, 1845, 160.

*land*<sup>6</sup>, of in het Frans: “*on peut même en déduire le degré de développement du sens juridique de l’élite qui gouverne et dirige la nation.*”<sup>7</sup>

## 1.2. ONDERZOEKSVRAAG EN BEPERKING

**5. ONDERZOEKSVRAAG** – Dit werk wil onderzoeken met welke omschrijving en strafmaat de pogingsleer in de Belgische gebieden vanaf 1810 een antwoord biedt op de incompatibiliteit van de poging tot misdaad en de strafbaarstelling op basis van constitutieve bestanddelen.

**6. BEPERKING IN TIJD EN RUIMTE** – Dit werk richt zich op België. Toch begint het niet bij de onafhankelijkheid van België op 4 oktober 1830 maar bij de conceptie van het Strafwetboek van 1810.<sup>8</sup> Dit wetboek bleef in België immers van kracht tot 1867 en mag dus in dit werk niet ontbreken.

**7. BEPERKING TOT POGING TOT MISDAAD** – De opdeling in misdaden, wanbedrijven en overtredingen die naar geldend recht gehanteerd wordt, stond al in het Strafwetboek van 1810.<sup>9</sup> Dit onderzoek beperkt zich daarbij tot de poging tot misdaad. Deze keuze is gemaakt omdat de aparte pogingsleer die in België ontwikkeld werd – en de rechtswetenschap die erachter schuilt – zich steeds beperkt hebben tot de poging tot misdaad.

Een poging tot wanbedrijf bestaat wel maar tot op heden is die enkel strafbaar als de wet dat uitdrukkelijk voorschrijft.<sup>10</sup> Deze bepaling werd voor het eerst in vraag gesteld door de hervormingscommissie van 1976. In het slotverslag van 1979 laten Dupréel en D’Haenens echter na een standpunt in te nemen en suggereren zij nadere besprekingen.<sup>11</sup> In het voorontwerp van 1985 blijkt dat aan deze suggestie geen gevolg is gegeven want de regeling met betrekking tot strafbaarheid van de poging tot wanbedrijf wordt niet veranderd ten opzichte van de regeling uit 1867.<sup>12</sup> Rozie en Vandermeersch daarentegen stellen in hun voorontwerp uit 2017 voor de regeling met betrekking tot wanbedrijven om te keren en de poging tot wanbedrijf te bestraffen tenzij de wet uitdrukkelijk anders voorschrijft.<sup>13</sup>

<sup>6</sup> C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, Gent, E. Story-Scientia, 1968, 359; J. MATTHIJS, “Overwegingen bij de herziening en renovatie van ons Strafwetboek”, *RW* 1976, 663-666.

<sup>7</sup> N. GUNZBURG, *La trajectoire du crime. Études sur le nouveau code pénal du Brésil*, Rio de Janeiro, Livraria Jacintho, 1941, 8.

<sup>8</sup> Bulletin des lois N° 277bis, 12 februari 1810.

<sup>9</sup> Art. 1 Strafwetboek 1810.

<sup>10</sup> Art. 53 Strafwetboek 1867.

<sup>11</sup> COMMISSIE VOOR DE HERZIENING VAN HET STRAFWETBOEK, *Verslag over de voornaamste grondslagen voor de hervorming*, Ministerie van Justitie, 1979, 95.

<sup>12</sup> R. LEGROS, *voorontwerp van Strafwetboek*, Ministerie van Justitie, 1985, 30 (art. 76).

<sup>13</sup> Art. 10, derde lid voorstel tot voorontwerp van Strafwetboek 2017 in J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de*

**8. ONMOGELIJKE MISDAAD** – Traditioneel wordt een onderscheid gemaakt tussen de onvoltooide of eigenlijke poging tot misdaad en de voltooide poging tot misdaad. Deze tweede categorie bestaat uit de onmogelijke of ondeugdelijke misdaad en de mislukte misdaad. Bij de onmogelijke en de mislukte misdaad is de poging voltooid – de dader heeft gedaan wat hij beoogde te doen – maar toch is geen sprake van een voltooide misdaad. Het beoogde resultaat bleef immers uit en vormt een constitutief bestanddeel van de misdaad.<sup>14</sup>

Bij mislukte misdrijven is het uitblijven van dat resultaat te wijten aan een externe factor die tussenbeide kwam: de dader deed alles opdat het misdrijf zou slagen, maar het resultaat bleef uit (bijvoorbeeld door tussenkomst van een derde).<sup>15</sup> Deze categorie van misdrijven speelde bij de ontwikkeling van de pogingsleer een belangrijke rol, in het bijzonder in de jaren '30 van de negentiende eeuw, en komt daarom later aan bod (hoofdstuk 3).<sup>16</sup>

Bij onmogelijke misdaden is het uitblijven van het beoogde resultaat te wijten aan het feit dat de misdaad die de dader voor ogen had simpelweg niet kan bestaan. Voorbeelden zijn het doodsteken van iemand die kort tevoren aan een hartaanval overleed of het vergiftigen van iemand door het toedienen van een niet-giftige stof.<sup>17</sup> Een poging tot een onmogelijk misdrijf wordt ondeugdelijk genoemd, omdat die poging “*nooit tot de voltooiing van het misdrijf kan leiden omdat de uitvoering ervan materieel onmogelijk is*”.<sup>18</sup> Daarbij wordt klassiek een onderscheid gemaakt tussen de poging tot een absoluut onmogelijk misdrijf (absoluut ondeugdelijke poging) en de poging tot een relatief onmogelijk misdrijf (relatief ondeugdelijke poging). Terwijl het absoluut onmogelijke misdrijf nooit kan bestaan (zoals in de eerder vermelde voorbeelden), is het relatief onmogelijke misdrijf slechts onmogelijk door toevalligheden. Denk aan een brandkast die opengebrouwen wordt en toevallig leeg blijkt te zijn.

---

*Hervorming van het Strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2017, 2.

<sup>14</sup> Voltooide pogingen komen enkel voor bij misdaden die als constitutief bestanddeel het bereiken van een bepaald resultaat hebben. Daarover meer bij het mislukte misdrijf (hoofdstuk 3). Zie J. J. HAUS, *Observations sur le projet de révision du code pénal présenté aux chambres belges; suivie d'un nouveau projet*, Gent, L. De Busscher-Braeckman, 1834, 64-82.

<sup>15</sup> Een typevoorbeeld staat bij VAN DEN WYNGAERT: “Wanneer de vrouw die haar rivaal wil vermoorden, de trekker overhaalt, maar het slachtoffer mist.” Zie C. VAN DEN WYNGAERT en S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, I, Antwerpen, Maklu, 2014, 354.

<sup>16</sup> M. LEBEAU, *Projet de loi apportant des modifications aux Codes Pénal et d'Instruction criminelle*, Brussel, H. Remy, 1834, 7-11; J. J. HAUS, *Observations sur le projet de révision du code pénal présenté aux chambres belges; suivie d'un nouveau projet*, Gent, L. De Busscher-Braeckman, 1834, 64-82.

<sup>17</sup> J. MONBALLYU, *Zes eeuwen strafrecht. De geschiedenis van het Belgische strafrecht (1400-2000)*, Leuven, Acco, 2006, 103. Dezelfde voorbeelden worden vermeld in R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor Bachelors*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 86.

<sup>18</sup> R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor Bachelors*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 86.

Volgens de objectieve pogingsleer, die het resultaat van de poging als uitgangspunt neemt, blijft een dader straffeloos bij een absoluut onmogelijk poging (tot misdaad), omdat er in dat geval geen enkel risico op schade is. Bij de relatief onmogelijke poging is er wel risico op schade en dus ook strafbaarheid.<sup>19</sup> Verbruggen en Verstraeten bekritisieren dit onderscheid tussen absoluut en relatief onmogelijke misdaad: “iets kan of iets kan niet”. Volgens hen moeten zowel de absoluut als de relatief onmogelijke poging worden gelijkgesteld met het mislukte misdrijf.<sup>20</sup>

De poging tot onmogelijke misdaad wordt niet verder besproken omdat zij geen rol van betekenis heeft gespeeld bij de ontwikkeling van de pogingsleer en geen bijdrage leverde bij het zoeken naar een oplossing voor de incompatibiliteit van de poging tot misdaad met de strafbaarstelling op basis van constitutieve bestanddelen. Steeds heeft men apart nagedacht over de oplossing voor het pogingsprobleem enerzijds en de mate waarin de voltooide poging met de onvoltooide poging gelijkgesteld kan worden anderzijds. De poging tot een onmogelijke of mislukte misdaad lag niet aan de basis van ideeën over het pogingsprobleem *an sich*. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de Memorie van Toelichting bij het voorontwerp van Strafwetboek van 1985: “Betreffende het onmogelijke strafbare feit heeft men eindeloze doctrinale discussies willen vermijden en de gevaarlijkheid van de dader in acht genomen.”<sup>21</sup> Zo benadert het voorontwerp de poging tot een onmogelijke misdaad op de manier die toen gebruikelijk was en dan nog enkel om discussies met louter doctrinale relevantie te ontwijken.

### 1.3. STRUCTUUR VAN HET ONDERZOEK

**9. PLAN** – Het eerste hoofdstuk stelt de belangrijkste bronnen voor en biedt een overzicht van de hervormingen en hervormingspogingen van de pogingsleer sinds de antieke tijd. Het tweede hoofdstuk behandelt het onderscheid tussen de objectieve en subjectieve pogingsleer, dat als een rode draad door de volgende hoofdstukken loopt. Het derde hoofdstuk gaat in op de definitie van de (strafbare) poging. Het vierde hoofdstuk analyseert de straftoemeting en het vijfde rechtspraak. Tot slot volgen in het laatste hoofdstuk conclusies.

De keuze om definitie en strafmaat apart te behandelen – in plaats van samen per periode – maakt het mogelijk om voor beide aspecten van de pogingsleer de eigen evolutie te benadrukken en argumenten uit verschillende periodes met elkaar te vergelijken. Het betreft immers twee verschillende

<sup>19</sup> J. MONBALLYU, *Zes eeuwen strafrecht. De geschiedenis van het Belgische strafrecht (1400-2000)*, Leuven, Acco, 2006, 103-104; R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor Bachelors*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 86.

<sup>20</sup> R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor Bachelors*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 86.

<sup>21</sup> R. LEGROS, *Voorontwerp van Strafwetboek*, Ministerie van Justitie, 1985, 160.

leerstukken met een eigen evolutie. Het feit dat zij doorgaans tegelijkertijd in vraag worden gesteld, doet daaraan niet af.

**10. ROL VAN DE RECHTSPRAAK** – Deze tekst onderzoekt de ontwikkeling van de pogingsleer en richt zich daarbij op de wetenschap die aan de basis ligt van de evolutie ervan. Daarom mag het niet verbazen dat wetgeving en rechtsleer de voornaamste bronnen zijn. Het komt aan de wetgever toe om de pogingsleer op een wetenschappelijk onderbouwde manier te ontwikkelen, terwijl de rechtsleer helpt met commentaar. De lijn tussen wetgeving en rechtsleer is overigens dun: hervormingscommissies worden zonder fout voorgezeten door vooraanstaande rechtsgeleerden die hun wetenschappelijke bevindingen vertalen in wetsontwerpen.<sup>22</sup> De scheiding der machten indachtig heeft de rechtspraak uitdrukkelijk de taak zich niet met wetgeving in te laten (*gouvernement des juges*). Daarom is de rechtspraak niet van structureel belang voor de ontwikkeling van de pogingsleer als wetenschappelijk vraagstuk. Niet zelden baseert rechtsleer zich evenwel op ontwikkelingen in de rechtspraak. Daarnaast zal blijken dat de wetgever op belangrijke punten ruimte heeft gelaten voor interpretatie en zo de rechtspraak belast heeft met het invullen van belangrijke begrippen. In de mate dat invulling door rechtspraak bijdraagt aan de ontwikkeling van de pogingsleer *in se*, dient die rechtspraak besproken te worden. Daarom bevat dit werk een hoofdstuk met een overzicht van de rechtspraak ter invulling van essentiële begrippen zoals ‘voorbereidingshandelingen’, ‘begin van uitvoering’ en ‘vrijwillige terugtred’.

## 2. GENEALOGIE VAN DE STRAFWETGEVING

### 2.1. TOTSTANDKOMING VAN DE ALGEMENE POGINGSLEER

**11. GEEN POGING IN DE ANTIEKE WERELD** – Carbasse (° 1946, professor aan de faculteit rechtsgeleerdheid van de universiteit van Montpellier) merkt op dat er geen Latijnse vertaling bestaat van het Franse *tentative*. In de antieke wereld kende men dan ook geen algemene pogingsleer. De dader van een poging tot misdrijf was slechts strafbaar in de mate dat hij zich schuldig maakte aan alle constitutieve bestanddelen van een ander misdrijf (zo werd de poging tot

---

<sup>22</sup> Zo kwam het voorontwerp van Strafwetboek van 1834 tot stand onder de leiding van LEBEAU, doctor in de rechten aan de universiteit van Luik en Minister van Justitie; het Strafwetboek van 1867 onder leiding van HAUS, doctor in de rechten aan de universiteit van Würzburg en hoogleraar aan de universiteit van Gent; het voorontwerp van Strafwetboek van 1985 onder leiding van LEGROS, ere-eerste voorzitter van het Hof van Cassatie en hoogleraar aan de universiteit van Brussel en onder leiding van D’HAENENS, raadsheer aan het Hof van Cassatie en hoogleraar aan de universiteit van Gent; het voorstel tot voorontwerp van Strafwetboek van 2017 onder leiding van ROZIE, doctor in de rechten aan de universiteit van Brussel en hoogleraar aan de universiteit van Antwerpen en onder leiding van VANDERMEERSCH, advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie.

verkrachting bijvoorbeeld gekwalificeerd als vechten).<sup>23</sup> Later, toen het pogingsbegrip en het Latijn wel samenvielen, werd de term *conatus* gebruikt. De doorsneetitel voor een werk over de poging was vanaf de zeventiende eeuw: *De conatu deliquendi*.<sup>24</sup> De afwezigheid van het pogingsbegrip in de antieke wereld valt te verklaren door de aard van de geschillen in de eerste eeuwen. Het ging om private geschillen: een openbaar ministerie dat optrad in het algemeen belang bestond niet, of toch niet binnen het civiele recht. Private geschillenbeslechting is niet gericht op het beschermen van de samenleving, maar wel op het vergoeden van individuele schade. Vorderen ter vergoeding van deze schade is pas mogelijk nadat ze ontstaan is, zodat een pogingsleer voor dit soort geschillen weinig zin heeft.<sup>25</sup> Hoewel er dus geen Openbaar Ministerie toekeek op het algemeen belang, bestond er toch een zekere vorm van handhaving van de openbare orde. Tijdens de republiek waren er immers aedien, vermoedelijk bevoegd voor de vordering in het strafrecht. Ze hanteerden een specifieke procedure waarover de bronnen erg schaars zijn. In het keizerrijk verdween de aedien en trad de keizer in zijn functies.<sup>26</sup>

Op de regeling zoals hierboven beschreven, zijn een aantal uitzonderingen: in geval van sommige, als zeer ernstig beschouwde misdrijven (zoals zich opstellen in hinderlaag met de bedoeling te doden), werd de poging als zelfstandig misdrijf strafbaar gesteld.<sup>27</sup>

**12. EEN GEFRAGMENTEERDE BENADERING** – De opkomst van het geleerde recht en de invloed van het christelijke denken brachten de poging vanaf de middeleeuwen onder de aandacht.<sup>28</sup> Het *Corpus iuris* vervulde ook in het strafrecht zijn rol als katalysator van de rechtswetenschap en fragmenten van

---

<sup>23</sup> J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2000, 49-51; J. MONBALLYU, *Zes eeuwen strafrecht: de geschiedenis van het Belgische strafrecht (1400-2000)*, Leuven, Acco, 2006, 95. Deze stelling wordt algemeen aanvaard. Zie bijvoorbeeld: H. REMY, *Code pénal de 1791*, Parijs, L. Larose en L. Tenin, 1910, 184 en J. CONSTANT, *Manuel de droit pénal. Première partie: les principes généraux*, Luik, Imp. des invalides, 1948, 84-85. De afwezigheid van een algemene pogingsleer blijkt in oudere werken soms uit opsommingen van tegenstrijdige Digestenfragmenten. “*La loi romaine ne possède qu’un petit nombre de textes sur la tentative des crimes, et ces textes paraissent contradictoires.*” in A. CHAUVEAU en F. HELIE, *Théorie du code pénal. Troisième édition, revue et mise en rapport avec la législation et la jurisprudence*, Parijs, Cosse, 1852, 334.

<sup>24</sup> Zie ter illustratie de talrijke werken opgesomd als bibliografie en lectuursuggestie in A. CHAUVEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...] par J. S. G. Nypels*, Brussel, Meline, Cans et compagnie, 1845, 159 e.v.

<sup>25</sup> J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2000, 49-51.

<sup>26</sup> L. WAELEKENS, *Civium causa*, Leuven, Acco, 2014, 164-165.

<sup>27</sup> A. CHAUVEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...] par J. S. G. Nypels*, Brussel, Meline, Cans et compagnie, 1845, 161-163; J. MONBALLYU, *Zes eeuwen strafrecht: de geschiedenis van het Belgische strafrecht (1400-2000)*, Leuven, Acco, 2006, 95.

<sup>28</sup> J. MONBALLYU, *Zes eeuwen strafrecht: de geschiedenis van het Belgische strafrecht (1400-2000)*, Leuven, Acco, 2006, 95.

de *Codex Justinianus* en de *Digesten* worden tot in de negentiende eeuw geciteerd om uiteen te zetten hoe men de poging moet beschouwen.<sup>29</sup> Uit deze fragmenten leren we vooral dat de poging in de middeleeuwen gefragmenteerd werd benaderd en niet als alomvattend leerstuk. Dat mag niet verbazen gezien de receptie van het justiniaanse recht aan de eerste universiteiten (werkwijze van de glossatoren). De gefragmenteerde benadering bracht echter tegenstrijdigheden met zich mee, wat het moeilijk maakt regel en uitzondering van elkaar te onderscheiden. In de *Digesten* staan tal van voorbeelden. De volgende bieden mooie illustraties: D. 48, 8, 1, 3; C. 9, 16, 6; D. 47, 11, 1, 2 en D. 47, 2, 21, 7.<sup>30</sup>

**13. DE POGING IN HET OUD-REGIME** – Wil men toch een rode lijn zoeken, dan vallen de volgende principes voor het oud-regime te poneren. Eerst en vooral lijkt de antieke gedachte stand te houden dat bij een aantal zeer ernstige misdrijven de poging als misdrijf moet worden bestraft. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het eerste fragment van bovenstaande *Digesten* (dat bovendien erg dicht aansluit bij het mislukte misdrijf, zie hoofdstuk 3). In dergelijke gevallen was het aan de rechter om te oordelen of de vereiste constitutieve bestanddelen aanwezig waren.<sup>31</sup>

Daarnaast werd ook de poging *an sich* bestraft. Die poging werd echter lichter bestraft dan het voltooid misdrijf, waarbij het aan de rechtbank toekwam om de strafmaat te bepalen. Dat gebeurde in functie van de ernst van het misdrijf dat men poogde te voltooien maar ook in functie van de zogenaamde *nabijheid* van de poging: hoever staat de onvoltooid handeling van het voltooid misdrijf? De rechtsleer maakte een onderscheid tussen nabije handelingen (*proximus*) en verwijderde handelingen (*remotus*). Dat onderscheid hebben we volgens Monballyu te danken aan Jacques de Révigny en de school van Orléans. Het zou dan uit de dertiende eeuw stammen. Zowel bij het bepalen of er een poging voorhanden was als bij de straftoemeting kon de rechter rekening houden met alle elementen die hem nuttig leken, waaronder dus de afstand tussen poging en voltooid misdrijf.<sup>32</sup> Dergelijke soevereine bevoegdheden leidden tot arbitraire uitspraken.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Over het belang van de teksten die tot stand kwamen onder Justinianus (*Corpus iuris*), zie L. WAELKENS, *Civium causa*, Leuven, Acco, 2014, 84.

<sup>30</sup> De voorbeelden zijn ontleend aan A. CHAUVEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...] par J. S. G. Nypels*, Brussel, Meline, Cans et compagnie, 1845, 161-162.

<sup>31</sup> A. CHAUVEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...] par J. S. G. Nypels*, Brussel, Meline, Cans et compagnie, 1845, 162-163; H. REMY, *Code pénal de 1791*, Parijs, L. Larose en L. Tenin, 1910, 189-190.

<sup>32</sup> A. CHAUVEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...] par J. S. G. Nypels*, Brussel, Meline, Cans et compagnie, 1845, 162-163; H. REMY, *Code pénal de 1791*, Parijs, L. Larose en L. Tenin, 1910, 189-190; J. MONBALLYU, *Zes eeuwen strafrecht: de geschiedenis van het Belgische strafrecht (1400-2000)*, Leuven, Acco, 2006, 97.

<sup>33</sup> H. REMY, *Code pénal de 1791*, Parijs, L. Larose en L. Tenin, 1910, 190.



**14. GEEN OPLOSSING IN HET STRAFWETBOEK VAN 1791** – In 1791 introduceerden de Franse Koning en zijn regering een nieuw Strafwetboek. In het licht van de Franse Revolutie, die klassiek aanvangt op 14 juli 1789 met de bestorming van de *Bastille* in Parijs, lijkt deze datum eigenaardig. De Franse koning Lodewijk XVI en zijn regering bleven echter functioneren tot de bestorming van de Tuilerieën op 10 augustus 1792, waarbij de koning werd afgezet. Dat alles verklaart de invoering van het nieuwe Strafwetboek in 1791, twee jaar na het uitbreken van de Franse Revolutie. Op 22 september 1792 werd de Eerste Franse Republiek uitgeroepen. Die datum werd later ook gekozen als begin van de Franse republikeinse kalender.

Het nieuwe Strafwetboek stelde twee specifieke pogingen strafbaar – de moordpoging en de poging tot vergiftiging – en bestrafte ze met dezelfde straf als het voltooide misdrijf.<sup>34</sup> Deze benadering ligt in lijn met de antieke gewoonte om pogingen tot bepaalde zeer ernstige misdrijven als zelfstandig misdrijf strafbaar te stellen (en in de regel gelijk te stellen aan het voltooide misdrijf).<sup>35</sup> Een algemene pogingsleer bleef uit, wat te maken heeft met het parlementaire debat gevoerd tijdens de ochtend van 6 juni 1791 (tegen een achtergrond van politieke en militaire instabiliteit) over het wetsartikel betreffende politieke aanslagen. Het artikel stelt samengevat dat samenzweerders die samenwerken met vreemde mogendheden om ze ertoe te brengen of erbij te helpen vijandigheden te ondernemen tegen de Franse staat, gestraft worden met de doodstraf en dat ongeacht het resultaat van hun inspanningen.<sup>36</sup>

In het parlement waren er voorstanders van de doodstraf ongeacht het resultaat van de samenzwering, omdat het om een zeer ernstige misdaad ging en omdat de samenzweerder blijk gaf van kwade bedoelingen (“*A-t-il dépendu de celui qui a machiné contre la France, que ces machinations n’aient pas été suivies d’hostilités?*”). Evenzeer waren er tegenstanders, die argumenteerden dat de niet-voltooide misdaad minder zwaar bestraft diende te worden (“*Il ne faut pas confondre deux genres de crimes aussi différents. Ce serait dans notre Code pénal de toutes les barbaries la plus atroce*”, of nog: “*Quelle est la justice? C’est de punir moins lorsqu’un moindre mal a été fait*”). Het was uiteindelijk de laatste groep die aan het langste eind trok. Op maat

<sup>34</sup> Strafwetboek van 1791, Deel II, Titel I, Sectie I, artt. 1 en 2. Het Strafwetboek kan online geraadpleegd worden op [https://ledroitcriminel.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_penal\\_25\\_09\\_1791.htm](https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_25_09_1791.htm)

<sup>35</sup> A. CHAUVEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...] par J. S. G. Nypels*, Brussel, Meline, Cans et compagnie, 1845, 163.

<sup>36</sup> Strafwetboek van 1791, Deel II, Titel II, Sectie I, art. 1. Het artikel en de debatten worden geciteerd in H. REMY, *Code pénal de 1791*, Parijs, L. Larose en L. Tenin, 1910, 190-195. Voor de volledige debatten, zie de *Archives numériques de la Révolution française* op [www.frda.stanford.edu](http://www.frda.stanford.edu). Het gaat om een gedigitaliseerde weergave van de parlementaire debatten die tot stand kwam na een samenwerking tussen de universiteit van Stanford en de *Bibliothèque nationale de France*.

gemaakte (arbitraire) strafmaten voor alle stadia tussen idee en voltooiing indachtig, leek een algemene pogingsleer niet nodig.<sup>37</sup>

**15. TOTSTANDKOMING VAN EEN ALGEMENE POGINGSLEER** – Het Strafwetboek uit 1791 kwam tot stand in de laatste dagen van het oud-regime. Het expliciet strafbaar stellen van de poging tot een aantal zeer ernstige misdrijven ging in dat oud-regime hand in hand met de arbitraire bestraffing van andere pogingen, zoals eerder besproken. Die praktijk hield echter op in het Republikeinse Frankrijk, waar het legaliteitsbeginsel en het concept van rechtszekerheid als belangrijke verworvenheden van de Revolutie golden. Dat leidde tot een dode hoek in het Strafwetboek: het legaliteitsbeginsel stond de bestraffing van niet-expliciet vermelde pogingen in de weg, en slechts twee pogingen stonden expliciet vermeld.<sup>38</sup>

Om aan dit probleem te verhelpen, besloot de wetgever in 1796 de bepalingen uit de Strafwetboek van 1791 uit te breiden tot alle pogingen tot misdaad. Dat gebeurde door de wet van 22 prairial IV.<sup>39</sup> In het *Bulletin des Lois* waarin deze wet gepubliceerd werd, wordt bovenstaande dode hoek als dringend probleem erkend: “*Le Conseil des Cinq-cents, considérant que le code pénal ne prononce aucune peine contre les tentatives de vol, de l’incendie et des autres crimes, à l’exception de l’assassinat et de l’empoisonnement; Considérant que l’impunité enhardit et multiplie les coupables; Déclare qu’il y a urgence.*”<sup>40</sup>

Bij het opstellen van het Napoleontische Strafwetboek van 1810 werden deze bepalingen overgenomen en zo werd dit het eerste wetboek in de Belgische gebieden dat de poging algemeen behandelt, los van de misdaad die men met de poging wou bereiken.<sup>41</sup>

## 2.2. VERDERE EVOLUTIE VAN DE ALGEMENE POGINGSLEER

**16. HERVORMINGSPOGING IN HET KONINKRIJK DER VERENIGDE NEDERLANDEN** – Na de val van Napoleon en het ontstaan van het Koninkrijk der Verenigde Nederlanden op het Congres van Wenen in 1814-1815 werd

<sup>37</sup> H. REMY, *Code pénal de 1791*, Parijs, L. Larose en L. Tenin, 1910, 191-193.

<sup>38</sup> H. REMY, *Code pénal de 1791*, Parijs, L. Larose en L. Tenin, 1910, 195. De wetgever dacht met andere woorden dat het Strafwetboek van 1791 in lijn zou liggen met de traditie uit het oud-regime, maar de geschiedenis gaf hem ongelijk.

<sup>39</sup> A. CHAUVEAU en F. HELIE, *Théorie du code pénal. Troisième édition, revue et mise en rapport avec la législation et la jurisprudence*, Parijs, Cosse, 1852, 338; H. REMY, *Code pénal de 1791*, Parijs, L. Larose en L. Tenin, 1910, 197-201; 22 prairial IV is een datum naar de republikeinse tijdrekening die toen gehanteerd werd. Omgerekend naar de Gregoriaanse kalender, komt 22 prairial IV overeen met 10 juni 1796.

<sup>40</sup> Loi portant des peines contre la tentative du crime. Du 22 prairial, *Bulletin des lois de la république française* 22 prairial IV, N° 53, 8.

<sup>41</sup> A. CHAUVEAU en F. HELIE, *Théorie du code pénal. Troisième édition, revue et mise en rapport avec la législation et la jurisprudence*, Parijs, Cosse, 1852, 338.

het Strafwetboek van 1810 voor het eerst in vraag gesteld. Het nieuwe Koninkrijk vond het werk te rigide en wou zich bovendien onderscheiden van de voormalige Franse overheerser. Hercodificatie liep echter vast in 1828 door de groeiende tegenstellingen tussen Noord en Zuid.<sup>42</sup>

**17. HERVORMINGSPOGING IN HET KONINKRIJK BELGIË** – Het laatste artikel van de nieuwe Belgische Grondwet van 7 februari 1831, opgesteld na de onafhankelijkheid van België op 4 oktober 1830, bepaalde dat zo snel mogelijk werk gemaakt moest worden van hercodificatie.<sup>43</sup> Dit leidde in april 1832 tot een voorstel van minister van Justitie Raikem dat 23 artikels omvatte ter amendering van het *Strafwetboek* van 1810. De magistratuur liet echter verstaan dat meer diepgaande wijzigingen nodig waren en zo nam de volgende minister van Justitie Lebeau de taak op zich om een nieuw Strafwetboek te ontwikkelen.<sup>44</sup> Aan het einde van zijn ambtstermijn had hij het nieuwe Strafwetboek klaar, maar in onmin met de Koning verliet hij de regering nog voor het in werking kon treden.<sup>45</sup> Het voorstel van Lebeau was geïnspireerd door de Franse wet van 28 april 1832 tot wijziging van het Strafwetboek van 1810 (en haalde hier bijvoorbeeld het idee voor strafverzachting bij poging tot misdaad) maar Lebeau verbeterde – naar eigen zeggen – de Franse bepalingen waar nodig.<sup>46</sup> Zijn voorstel werd evenwel op kritiek onthaald, in het bijzonder door Haus, hoogleraar aan de Rijksuniversiteit van Gent.<sup>47</sup>

**18. STRAFWETBOEK VAN 1867 EN LATERE HERVORMINGSPOGINGEN** – Diezelfde Haus werd in 1848 belast met een nieuwe poging tot redactie van een hervormd Strafwetboek, een taak die hij in 1867 zou voltooien.<sup>48</sup> Daarmee was het huidige Strafwetboek een feit.

In april 1976 stelde minister van Justitie Vanderpoorten een ‘Commissie voor herziening van het Strafwetboek’ in onder leiding van Dupréel en D’Haenens.<sup>49</sup> De werkzaamheden van de commissie leidden in

---

<sup>42</sup> J. DE BROUWER, “Jacques-Joseph Haus et l’esprit de la réforme du Code pénal de 1810”, *JT* 2010, 646-650.

<sup>43</sup> Art 139 GW. (7 februari 1831); J. DE BROUWER, “Jacques-Joseph Haus et l’esprit de la réforme du Code pénal de 1810”, *JT* 2010, 646-650.

<sup>44</sup> M. LEBEAU, *Projet de loi apportant des modifications aux Codes Pénal et d’Instruction criminelle*, Brussel, H. Remy, 1834, 3-4.

<sup>45</sup> ACADEMIE ROYALE DES SCIENCES, DES LETTRES ET DES BEAUX-ARTS, *Biographie nationale*, deel 11, Brussel, Bruylant-Christophe, 1890-1891, 514.

<sup>46</sup> M. LEBEAU, *Projet de loi apportant des modifications aux Codes Pénal et d’Instruction criminelle*, Brussel, H. Remy, 1834, 3.

<sup>47</sup> HAUS schreef zijn opmerkingen neer in J. J. HAUS, *Observations sur le projet de révision du code pénal présenté aux chambres belges; suivie d’un nouveau projet*, Gent, L. De Busscher-Braeckman, 1834.

<sup>48</sup> De commissie werd ingesteld per KB van 1 mei 1848; het voltooide Strafwetboek werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad op 9 juni 1867.

<sup>49</sup> De commissie werd opgericht per KB van 6 april 1976. Dit KB werd verder uitgevoerd per MB van 20 april 1976 waarin de leden van de commissie zijn opgenomen.

1979 tot een verslag maar niet tot nieuwe wetgeving.<sup>50</sup> Op basis van dit verslag ging op initiatief van minister van Justitie Gol vanaf 1983 een nieuwe commissie aan de slag onder leiding van Legros en D’Haenens.<sup>51</sup> De werkzaamheden van deze commissie resulteerden in 1985 in een voorontwerp van Strafwetboek, dat echter nooit werd aangenomen.<sup>52</sup> Dat heeft te maken met de keuze van minister Gol om de voorgestelde hervormingen aan “een uitgebreid overleg te onderwerpen alvorens een ontwerp van wet bij het Parlement in te dienen”<sup>53</sup>, gepaard met het ontslag van de regering Martens-VI in 1987.<sup>54</sup>

In 2015 volgde een nieuwe hervormingspoging door een commissie ingesteld door minister van Justitie Geens en geleid door Rozie en Vandermeersch. Hun voorstellen zijn door de Ministerraad goedgekeurd in 2017 en 2018 maar werden evenmin wet.<sup>55</sup>

De nu geldende tekst van het Strafwetboek is inzake de poging tot misdaad dus nog altijd de tekst van 1867.

### 3. OBJECTIEVE EN SUBJECTIEVE POGINGSLEER

19. *SUMMA DIVISIO* VAN DE POGINGSLEER – Omschrijving en bestraffing van de poging moet men vatten met aandacht voor de achterliggende pogingsleer. Dit werk hanteert een *summa divisio* tussen de objectieve en de subjectieve leer. Het is aangewezen beide eerst uiteen te zetten. In de hoofdstukken over omschrijving en bestraffing van de poging zal dan blijken hoe de benadering van beide leerstukken bepaald is door de geldende pogingsleer op dat moment.

20. OBJECTIEVE EN SUBJECTIEVE LEER – De objectieve pogingsleer is ontwikkeld met de *homo rationalis* als model, in lijn met de principes van de Verlichting. Rechtsonderhorigen worden beschouwd als rationele mensen die denken en afwegen voor ze doen. Wanneer ze een misdaad begaan, is dat dus

---

<sup>50</sup> COMMISSIE VOOR DE HERZIENING VAN HET STRAFWETBOEK, *Verslag over de voornaamste grondslagen voor de hervorming*, Ministerie van Justitie, 1979.

<sup>51</sup> De commissie werd opgericht per KB van 8 april 1983.

<sup>52</sup> R. LEGROS, *voorontwerp van Strafwetboek*, Ministerie van Justitie, 1985.

<sup>53</sup> R. LEGROS, *voorontwerp van Strafwetboek*, Ministerie van Justitie, 1985, 7.

<sup>54</sup> Jean GOL was minister van Justitie in de regeringen Martens-V (1981-1985), Martens-VI (1985-1987) en Martens-VII (1987-1988). Het voorstel uit 1985 zou dus gestemd moeten worden onder de regering Martens-VI, maar die regering werd al in 1987 ontbonden. De regering Martens-VII behandelde louter de lopende zaken en organiseerde verkiezingen. In de regering Martens-VIII (1988-1991) werd GOL als minister van Justitie vervangen door WATHELET.

<sup>55</sup> Koen GEENS was minister van Justitie in de regering Michel-I (2014-2018) en daarna in de regering Michel-II (2018-2019), Wilmès-I (2019-2020) en Wilmès-II (2020-heden). De regering Michel-I werd ontbonden nog voor zijn voorstellen gestemd konden worden in het parlement. De regeringen die volgden, zijn er (tot op heden) niet in geslaagd de voorstellen opnieuw op de agenda te plaatsen.

een bewuste en vrije keuze; ze dragen er verantwoordelijkheid voor.<sup>56</sup> Verantwoordelijkheid is een kernbegrip bij het afbakenen van de strafbare poging in de negentiende eeuw.<sup>57</sup> De *homo rationalis* heeft zichzelf en zijn misdrijven in de hand. Dat brengt met zich mee dat hij ervoor verantwoordelijk gesteld kan worden. Een ander gevolg is dat het zin heeft om te kijken naar de resultaten van zijn handelingen, wat de keuze voor de straftoemeting met lichtere straffen voor de poging verklaart. Wie kijkt naar het resultaat van de poging (objectief) zal vaststellen dat de poging tot misdrijf minder ingrijpende gevolgen heeft dan het misdrijf zelf. Vanuit dat standpunt is het onbillijk een poging op identieke wijze te bestraffen als de voltooide misdaad.<sup>58</sup>

Tegenover de *homo rationalis* staat de *homo criminalis*, model voor de subjectieve pogingsleer. De *homo criminalis* denkt niet na voor hij doet; zijn handelingen komen niet voort uit een bewuste en vrije keuze maar zijn het gevolg van zijn karakter, omgeving en andere omstandigheden die hem maken tot wie hij is.<sup>59</sup> Dit nieuwe mensbeeld ligt aan de basis van een nieuw uitgangspunt: waar bij de objectieve leer de daad centraal staat (als keuze van de dader), staat hier de dader zelf centraal. Zijn daad ligt in het verlengde van zijn aard. Dat heeft gevolgen voor de benadering van het vraagstuk van de straftoemeting. Het is niet langer zinvol de dader te laten boeten voor datgene waarvoor hij verantwoordelijkheid draagt – die draagt hij immers niet als *homo criminalis* omdat zijn daden toegeschreven worden aan andere oorzaken dan zijn vrije, bewuste keuze. Hier past een straf om te beschermen en niet om te beboeten. De maatschappij moet beveiligd worden tegen het gevaar dat uitgaat van een dader die als gevolg van interne en externe omstandigheden tot misdaden in staat is. Hierbij moet niet worden gekeken naar het resultaat, dat de *homo criminalis* zoals gezegd niet in de hand heeft, maar wel naar de intenties. Die intenties zijn immers de uiting van het kwaad waartoe de *homo criminalis* in staat (bestemd) is. Kijkt men naar de intenties van de dader, dan komt men tot de vaststelling dat de dader van een poging even gevaarlijk is als de dader van een voltooid misdrijf. Het enige verschil tussen beiden is dat de dader van de poging zijn misdrijf niet wist te voltooien. Eenzelfde straf lijkt vanuit dit standpunt noodzakelijk.<sup>60</sup>

## 21. CHRONOLOGIE – Objectieve en subjectieve leer volgen elkaar op. De *homo criminalis* kwam immers tot stand door nieuwe inzichten. Minister van Justitie

<sup>56</sup> D. WEBER, *Homo criminalis: Belgische parlementsleden over misdaad en strafrecht 1830-1940*, Brussel, VUB press, 1996, 9.

<sup>57</sup> A. CHAUVEAU en F. HELIE, *Théorie du code pénal. Troisième édition, revue et mise en rapport avec la législation et la jurisprudence*, Parijs, Cosse, 1852, 333-334.

<sup>58</sup> A. CHAUVEAU en F. HELIE, *Théorie du code pénal. Troisième édition, revue et mise en rapport avec la législation et la jurisprudence*, Parijs, Cosse, 1852, 344-346; J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, I, Gent, AD. Hoste, 1879, 338-339.

<sup>59</sup> D. WEBER, *Homo criminalis: Belgische parlementsleden over misdaad en strafrecht 1830-1940*, Brussel, VUB press, 1996, 10.

<sup>60</sup> D. WEBER, *Homo criminalis: Belgische parlementsleden over misdaad en strafrecht 1830-1940*, Brussel, VUB press, 1996, 10-11 en 24.

Geens omschreef het als volgt in zijn voorwoord bij het voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek: “*Het beeld van de rationele en steevast uit vrije wil handelende dader, die daarbij de strafrisico’s van zijn gedrag nauwgezet afweegt tegen de criminele winsten, diende bij de opkomst van de sociale welvaartstaat en tegen de achtergrond van de crisis te worden bijgesteld. De ‘sociaal-verweer’-wetgeving deed zijn intrede, om de maatschappij en haar burgers te beschermen tegen de sociaal gedetermineerde delinquent.*”<sup>61</sup>

Het beeld van de rationele en steevast uit vrije wil handelende persoon is een Verlichtingsidee dat zijn intrede deed in het strafrecht vanaf de Franse revolutie, toen – op basis van afkeer van de arbitraire besluitvorming uit het oud-regime – gekozen werd voor een objectieve invulling van het strafrecht en dus ook van de pogingsleer, met het Strafwetboek van 1867 als orgelpunt. De 20<sup>ste</sup> eeuw bracht de overgang naar een subjectieve leer, getuige de voorontwerpen van Strafwetboek uit 1985 en 2017.

**22. EERSTE VERSCHIJNING VAN DE SUBJECTIEVE POGINGSLEER** – De overgang van objectieve naar subjectieve pogingsleer gaat echter verder terug. Al in 1941 spreekt Gunzburg over “*une poussée criminelle [qui] germe dans l’homme par la fatale rencontre de prédispositions ancestrales, de débilisations régressives vasomotrices, de constellations économiques et sociales: la poussée devient pensée et conception, délibération et résolution, préparation, activité, acte : c’est le crime, qui à son tour appellera la sanction et le châtement.*” Verderop bespreekt hij de gedachte als een egoïstisch instinct en een verlangen naar dingen (*choses*) die enkel bereikt kunnen worden door anderen te schaden. Dat alles wordt beteugeld door morele en religieuze opvoeding.<sup>62</sup>

Twee jaar later toont ook Simon zich voorstander van de subjectieve pogingsleer. De objectieve leer, die enkel het resultaat in acht neemt, laat te weinig ruimte voor de poging en is bovendien blind voor de gevaarlijkheid die uitgaat van de dader. Dat is volgens Simon een vergissing. De dader is immers van veel groter gevaar voor de maatschappij dan het misdrijf dat hij pleegt en dat slechts tijdelijk de maatschappij verstoort. Het is daarom aangewezen de dader te bestraffen en niet het misdrijf; men kan misdadigheid slechts met succes tegengaan als men zich richt tot de oorzaken ervan. Het zijn die oorzaken die de dader gemaakt hebben tot het gevaar dat hij is. Een onderzoek naar deze oorzaken behoort tot de criminologie en zou ons hier te ver leiden; enkele suggesties van de hand van Simon volstaan. Hij onderscheidt twee groepen: de persoonlijke of antropologische school, met de anatomische, biologische en psychische grondslag tot misdadigheid enerzijds en anderzijds

<sup>61</sup> J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, M. DEBAUCHE en M. TAEYMANS, *Commissie voor de Hervorming van het Strafrecht. Voorstel van voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek*, Brugge, die Keure, 2017, V.

<sup>62</sup> N. GUNZBURG, *La trajectoire du crime. Études sur le nouveau code pénal du Brésil*, Rio de Janeiro, Livraria Jacintho, 1941, 8 en 11-13.

de sociale school met als grondslag het fysieke en bijzondere milieu waarin de dader zich bevindt. Daarbij heeft hij speciale aandacht voor C. Lombroso (1835-1909), een geneesheer en psychiater die gelaatkundig onderzoek deed naar en theorieën ontwikkelde rond de ‘geboren misdadiger’ en het ‘criminele type’ en zo als grondlegger van de crimineel-antropologische school geldt.<sup>63</sup>

Het is evenwel Vanhoudt die de opkomst van de subjectieve pogingsleer het meest precies bepaalt. Hij onderscheidt de humanitaire periode – die begint bij de Franse revolutie en loopt tot halverwege de negentiende eeuw – en de wetenschappelijke periode – vanaf de tweede helft van de negentiende eeuw. ‘Classicisme’, met de vrije wil als uitgangspunt, staat tegenover ‘positivisme’, dat de nadruk legt op determinisme en als uitgangspunt neemt dat een bepaald karakter biologisch of antropologisch bestemd is en beteugeld wordt met de theorie van het sociaal verweer.<sup>64</sup>

**23. SUBJECTIEVE LEER NAAST OP DE OBJECTIEVE LEER?** – Dat Vanhoudt het begin van de subjectieve leer als wetenschappelijke periode halverwege de negentiende eeuw plaatst, suggereert dat men de subjectieve leer nog verder kan gaan zoeken dan Gunzburg en Simon doen vermoeden. Dat leidt tot Rossi, professor Romeins Recht in Genève en later Minister van Justitie van de Pauselijke Staten in 1848, merkwaardig genoeg één van de grondleggers en belangrijkste vertegenwoordigers van het rationele mensbeeld en de objectieve pogingsleer. Bij het bespreken van de redenen die een objectieve pogingsleer en haar benadering van straftoemeting bij poging tot misdaad verantwoorden (en die verder aan bod komen, zie hoofdstuk 4) in zijn *Traité de droit pénal* uit 1829, laat hij optekenen dat er een groep bestaat in de maatschappij op wie deze redenen naar alle waarschijnlijkheid geen uitwerking hebben. Het gaat om een ‘categorie van ongelukkigen’: “*A la vérité cette observation ne s’applique peut-être pas aux repris de justice, aux vagabonds endurcis au crime, aux filous de profession, à cette classe de malheureux pour qui la société n’a rien fait, et pour qui la société n’est plus rien.*” Ze lijken zelfs ontdaan van de vrije, bewuste keuze die de objectieve pogingsleer kenmerkt, en door hun omgeving voorbestemd tot misdaad: “*C’est leur vie entière qui en est l’acte préparatoire.*”<sup>65</sup>

Nog eerder, tijdens de parlementaire debatten die gevoerd werden naar aanleiding van de redactie van het nieuwe Strafwetboek in 1810, merkte Filangieri op dat de poging toont waartoe de dader in staat is. Iemand die een

<sup>63</sup> J. SIMON, *Handboek van het Belgisch strafrecht*, Brussel, Établissements Émile Bruylant, 1943, 102. Voor de passage over C. LOMBROSO, zie p. 19 e.v.

<sup>64</sup> C. J. VANHOUDT, *Progressieve en regressieve evolutie in het strafrecht onder invloed der dictatuur*, Antwerpen, De Sikkel, 1940, VII-VIII.

<sup>65</sup> P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Brussel, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie., 1843, 16-18 en 297. In dit werk wordt een heruitgave uit 1843 gebruikt dat inhoudelijk niet verschilt van het origineel uit 1829. Hoewel oorspronkelijk geboren op het Italiaanse schiereiland, week ROSSI op latere leeftijd uit naar Frankrijk en later Zwitserland. Het gaat hier dus niet om een vertaling; het werk verscheen oorspronkelijk in het Frans.

misdaad wil begaan maar niet in zijn opzet slaagt, is even pervers als iemand die dezelfde misdaad effectief weet te voltooien; de straf mag dus niet verschillen.<sup>66</sup> Met dit argument verdedigde Filangieri het standpunt van de wetgever uit 1810, namelijk dat de poging en de voltooide misdaad gelijk bestraft dienen te worden. Hij wijkt echter af van de voor die tijd gebruikelijke argumenten en begeeft zich op het gebied van de subjectieve pogingsleer, zij het zonder criminologisch-wetenschappelijke fundamenteën.

Mocht de *homo criminalis* dateren van het begin van de negentiende eeuw, dan is een tweedeling tussen objectieve en subjectieve pogingsleer moeilijk. Zij bestonden dan immers naast elkaar en kregen achtereenvolgens de overhand op opvattingen over omschrijving van de poging en straftoemeting. De vraag of de subjectieve leer inderdaad bestond naast de objectieve en de vraag of de *summa divisio* die klassiek gehanteerd wordt, verlaten moet worden, zijn aan dit werk niet besteed; zij vereisen een meer diepgaand onderzoek dat ook de opkomst van de criminologie analyseert. Daarbij mag worden aangestipt dat Rossi zijn ‘categorie van ongelukkigen’ als resultaat zag van het oud-regime: met het verdwijnen van de excessen en het onrecht eigen aan die periode, zouden ook deze criminelen *avant la lettre* zich terug tot de samenleving keren.<sup>67</sup>

## 4. OMSCHRIJVING VAN DE POGING

### 4.1. OBJECTIEVE POGINGSLEER

**24. BELANG VAN DE POGINGSOMSCHRIJVING** – De objectieve pogingsleer kijkt zoals gezegd naar het resultaat van de handelingen die een dader gesteld heeft. Bij een voltooide misdaad zijn die resultaten zwaarderwichtiger dan bij een poging en bij een poging zijn ze zwaarderwichtiger dan bij afwezigheid van poging. Daarom is het van groot belang verschillende stadia langs de *iter criminis* af te bakenen.<sup>68</sup> Dat gebeurt aan de hand van de pogingsomschrijving. Die pogingsomschrijving wordt hier besproken in termen van verantwoordelijkheid, omdat het de verantwoordelijkheid voor de eigen daden is die de basis vormt voor strafbaarheid. Het is van belang na te gaan vanaf

---

<sup>66</sup> FILANGIERI wordt vermeld door ROGRON, J.-A., *Code pénal expliqué par ses motifs et par des exemples, avec la solution, sous chaque article, des difficultés ainsi que des principales questions que présentent le texte, et la définition de tous les termes de droit*, Brussel, H. Tarlier, 1832, 3-5; A. CHAUVEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...] par J. S. G. Nypels*, Brussel, Meline, Cans et compagnie, 1845, 166.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> MATTHIJS, J., “Overwegingen bij de herziening en renovatie van ons Strafwetboek”, *RW* 1976, 641-666.



wanneer men verantwoordelijkheid draagt voor de gevolgen van zijn daden, want dat is het punt waarop de poging strafbaar wordt.<sup>69</sup>

#### 4.1.1. Waar begint de verantwoordelijkheid?

**25. ITER CRIMINIS** – Het begin van verantwoordelijkheid is dus van groot belang voor de objectieve pogingsleer. Een dader aan wie geen verantwoordelijkheid toekomt, kan men immers niet straffen.<sup>70</sup> Om de vraag naar het begin van verantwoordelijkheid te duiden, werkt de rechtsleer met de fictieve *iter criminis*.<sup>71</sup> Dat is de weg die afgelegd wordt tussen de eerste misdadige gedachte en de uiteindelijke voltooiing van de misdaad. Langs deze weg wordt dan een punt bepaald waar de poging aanvangt en een punt waar de poging strafbaar gesteld wordt. Verder in dit hoofdstuk zal blijken dat deze punten kunnen samen- vallen. Langs de *iter criminis* worden klassiek de volgende stadia afgebakend:

- inwendige handelingen;
- uitwendige voorbereidende handelingen;
- uitwendige handelingen die een begin van uitvoering uitmaken;
- het voltooide misdrijf.

In zijn *Traité de droit pénal* uit 1829 bespreekt Rossi deze stadia elk in een eigen hoofdstuk, om vervolgens de poging te behandelen.<sup>72</sup>

**26. GEDACHTEN ZIJN VRIJ** – Traditioneel geldt dat een misdadig voornemen geen gevolgen heeft: de menselijke jurisdictie beperkt zich tot uitwendig waarneembare handelingen. Het is immers niet mogelijk en ook niet wenselijk gedachten te bestraffen. Een wet van dergelijke ambitie zou in de praktijk machteloos blijken omdat voornemens niet gekend zijn maar enkel kunnen worden vermoed. Gedachten bestraffen zou leiden tot arbitraire rechtspraak en rechtsonzekerheid in de grootst mogelijke mate. Bovendien moet men

<sup>69</sup> A. CHAUVEAU en F. HELIE, *Théorie du code pénal. Troisième édition, revue et mise en rapport avec la législation et la jurisprudence*, Parijs, Cosse, 1852, 333-334. CHAUVEAU en HELIE spreken over “*les plus hautes questions*”.

<sup>70</sup> Strafrecht is schuldstrafrecht, zie onder meer VERBRUGGEN, F. en VERSTRAETEN, R., *Strafrecht en strafprocesrecht voor Bachelors*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 64-65.

<sup>71</sup> C. VAN DEN WYNGAERT en S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, I, Antwerpen, Maklu, 2014, 346; R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor Bachelors*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 82.

<sup>72</sup> Zoals gezegd, wordt in dit werk een heruitgave uit 1843 gebruikt die inhoudelijk niet verschilt van het origineel uit 1829: P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Brussel, Société typographique belge, AD. Wahlen et Cie, 1843. De vier stadia die ROSSI gebruikt om de *iter criminis* in te delen, worden door latere auteurs overgenomen.

gedachten enkel tegenover God verantwoord. Zij vallen pas onder het recht om te straffen (*le droit de punir* – een uitdrukking gebruikt door auteurs die schrijven over de ruimere strafrechtswetenschap veeleer dan over het positieve recht, zoals Rossi en later Haus in 1869) zodra zij de openbare orde of legitieme rechten van derden in gevaar brengen, en daarvan is in dit stadium nog geen sprake. Inzicht en voornemen blijven dus straffeloos zolang zij niet resulteren in uitwendig waarneembare handelingen.<sup>73</sup> Ter verantwoording van deze stelling verwijst men ook naar de Latijnse spreuk *cogitationis nemo poenam patitur, propositum in mente retentum non operatur* of *cogitationis nemo poenam patitur*: het komt niemand toe gedachten te bestraffen.<sup>74</sup>

Termen zoals inzicht, voornemen en gedachten werden in de vorige paragraaf door elkaar gebruikt als ware het synoniemen. Dat is juridisch gezien niet het geval: Rossi onderscheidt verlangens (*le désir*), gedachten (*la pensée*), een eventuele toekomstgerichte onderneming (*le projet conditionnel*) en het misdadig voornemen (*la résolution criminelle*). Dat laatste is het meest vastberaden, en het enige dat volgens Rossi overwogen moet worden in een debat over mogelijke strafbaarheid.<sup>75</sup> Omdat hij het uiteindelijk toch straffeloos acht, valt het praktisch verschil met de andere vormen van inwendige handelingen bescheiden uit en besteden wij er verder geen aandacht aan. Het is overigens opmerkelijk dat ook aanhangers van de subjectieve leer in de twintigste eeuw dit niet meer doen, hoewel zij toch bijzonder kijken naar het voornemen dat aan de poging ten grondslag ligt.

Bij de algemene straffeloosheid van misdadige voornemens past tenslotte volgende kanttekening. De onmogelijkheid om voornemens te kennen, verdwijnt als de dader ze veruitwendigd heeft zonder evenwel voorbereidingshandelingen te stellen of te beginnen met de uitvoering van het beoogde misdrijf. Denk aan het geval van bedreiging. Zodra het mogelijk is om gedachten te kennen, rijst de vraag of het ook wenselijk is ze reeds te

<sup>73</sup> Zie onder meer P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Brussel, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie., 1843, 175-177 en 288-289; A. CHAUVEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...] par J. S. G. Nypels*, Brussel, Meline, Cans et compagnie, 1845, 160-161; A. CHAUVEAU en F. HELIE, *Théorie du code pénal. Troisième édition, revue et mise en rapport avec la législation et la jurisprudence*, Parijs, Cosse, 1852, 333; E. PICARD, N. D'HOFFSCHMIDT, J. DE LE COURT *et al.*, *Pandectes belges. Inventaire général du droit belge à la fin du XIXème siècle*, deel 106, Brussel, Ferdinand Larcier, 1913, 470-471; J. SIMON, *Handboek van het Belgisch strafrecht*, Brussel, Éditions Émile Bruylant, 1943, 99; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, Gent, E. Story-Scientia, 1968, 359.

<sup>74</sup> D. 48, 19, 18 (Ulpianus), onder meer vermeld door A. CHAUVEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique par [...] J. S. G. Nypels*, Brussel, Meline, Cans et compagnie, 1845, 160; A. CHAUVEAU en F. HELIE, *Théorie du code pénal. Troisième édition, revue et mise en rapport avec la législation et la jurisprudence*, Parijs, Cosse, 1852, 333 en in de *Pandectes belges*: E. PICARD, N. D'HOFFSCHMIDT, J. DE LE COURT *et al.*, *Pandectes belges. Inventaire général du droit belge à la fin du XIXème siècle*, deel 106, Brussel, Ferdinand Larcier, 1913, 471.

<sup>75</sup> P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Brussel, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie., 1843, 288.

bestrafen. Als algemene regel blijft men trouw aan hetgeen hierboven uiteengezet werd, maar uitzonderlijk zal – als aan bepaalde voorwaarden voldaan is – bedreiging als misdrijf *sui generis* bestraft worden.<sup>76</sup>

**27. UITWENDIG WAARNEEMBARE HANDELINGEN** – Met als uitgangspunt dat de menselijke jurisdictie niet strekt tot gedachten, spreekt het Strafwetboek van 1810 van een poging zodra er ‘uitwendig waarneembare’ handelingen voorhanden zijn.

De uitwendig waarneembare handelingen vallen uiteen in voorbereidingshandelingen en handelingen die een begin van uitvoering vormen. Voorbereidingshandelingen dienen ertoe de uitvoering van een misdrijf mogelijk te maken zonder daarom al deel te zijn van die uitvoering.<sup>77</sup> Volgens Rossi zijn voorbereidingshandelingen individueel: de dader bereidt zijn misdrijf voor in private sfeer. Wanneer hij naar buiten treedt en zijn voorbereiding in de praktijk brengt – en zo de openbare orde verstoort – begint de dader aan de uitvoering van zijn misdrijf. Als voorbeeld geeft Rossi de samenzweerder. Het verzamelen van wapens en overtuigen van medestanders kwalificeert hij als voorbereiding. De eigenlijk aanval op de gevestigde orde vormt de uitvoering, die niet begint vóór de wapens aan de manschappen uitgedeeld worden en de aanvalsstrategie op tafel ligt.<sup>78</sup> Daarnaast zijn voorbereidingshandelingen algemeen: het is nog niet duidelijk welk misdrijf de dader wil plegen. Voorbereidingshandelingen kunnen dienen ter voorbereiding van verschillende misdrijven of zelfs een legaal doel hebben.<sup>79</sup> Bovendien kan de dader zich in dit stadium nog al te gemakkelijk bedenken: zelfs al blijken zijn voornemens misdadig, dan nog is het in het stadium van de voorbereidingshandelingen voorbarig om hieruit af te leiden dat de misdaad ook effectief uitgevoerd zal worden.<sup>80</sup>

<sup>76</sup> P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Brussel, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie., 1843, 290-291; E. PICARD, N. D'HOFFSCHMIDT, J. DE LE COURT *et al.*, *Pandectes belges. Inventaire général du droit belge à la fin du XIXème siècle*, deel 106, Brussel, Ferdinand Larcier, 1913, 471.

<sup>77</sup> A. CHAUVEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...] par J. S. G. Nypels*, Brussel, Meline, Cans et compagnie, 1845, 164; E. PICARD, N. D'HOFFSCHMIDT, J. DE LE COURT *et al.*, *Pandectes belges. Inventaire général du droit belge à la fin du XIXème siècle*, deel 106, Brussel, Ferdinand Larcier, 1913, 472.

<sup>78</sup> P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Brussel, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie., 1843, 292-293.

<sup>79</sup> J.-A. ROGRON, *Code pénal expliqué par ses motifs et par des exemples, avec la solution, sous chaque article, des difficultés ainsi que des principales questions que présentent le texte, et la définition de tous les termes de droit*, Brussel, H. Tarlier, 1832, 3-5; P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Brussel, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie., 1843, 295 en 310; A. CHAUVEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...] par J. S. G. Nypels*, Brussel, Meline, Cans et compagnie, 1845, 164; E. PICARD, N. D'HOFFSCHMIDT, J. DE LE COURT *et al.*, *Pandectes belges. Inventaire général du droit belge à la fin du XIXème siècle*, deel 106, Brussel, Ferdinand Larcier, 1913, 472.

<sup>80</sup> E. PICARD, N. D'HOFFSCHMIDT, J. DE LE COURT *et al.*, *Pandectes belges. Inventaire général du droit belge à la fin du XIXème siècle*, deel 106, Brussel, Ferdinand Larcier, 1913, 472.

Dat verandert zodra er een begin van uitvoering is, met handelingen die noodzakelijk duidelijk maken welke misdaad de dader poogt te plegen. Bij voorbereidingshandelingen zit het misdrijf in een subjectieve fase (het bestaat enkel als voornemen van de dader) en vanaf een begin van uitvoering zit het misdrijf in een objectieve fase: het is geopenbaard en waarneembaar.<sup>81</sup> Het geheel van uitvoeringshandelingen vormt “*le corps du délit*”: het misdrijf vangt aan bij de eerste uitvoeringshandeling en is voltooid bij de laatste.<sup>82</sup> Gold in het stadium van de voorbereidingshandelingen nog de onzekerheid en de mogelijkheid dat de dader zich zou bedenken, dan geldt nu het vermoeden dat het misdrijf voltooid was geweest, had een toevallige omstandigheid het niet verhinderd.<sup>83</sup> De strafbaarheid van de poging vanaf een begin van uitvoering wordt dus driedubbel verantwoord. Ten eerste bestaat er geen twijfel meer over de intentie van de dader, ten tweede heeft het misdrijf een aanvang genomen en ten derde wordt vermoed dat de dader het ook wou voltooien. Naar de objectieve pogingsleer is de tweede verantwoording doorslaggevend, omdat die objectief valt waar te nemen. Dat de intentie niet langer voor twijfel vatbaar is en gericht op voltooiing, volgt daaruit. Dat is anders bij de subjectieve pogingsleer, waar de intentie centraal staat.

Haus nuanceert het bovenstaande. Een begin van uitvoering vereist niet dat men begint met het uitvoeren van het misdrijf in kwestie maar wel dat de dader de middelen die hij verzamelde ter voorbereiding aanwendt om zijn misdadig project uit te voeren. De inbreker kan zo bestraft worden voor een poging tot diefstal zodra hij de materialen die hij verzamelde om in te breken, gebruikt (met andere woorden: zodra hij zijn ladder tegen de gevel zet en beklimt). Het tegenargument, namelijk dat men in dit stadium niet met zekerheid weet welke misdaad de dader poogt te plegen, weerlegt Haus. Hij stelt dat men zich bij het beoordelen van een poging moet beroepen op de omstandigheden die deze poging omgeven, om zo elke twijfel omtrent de intenties uit te sluiten. Een beroep op omstandigheden dient zich evenzeer aan wanneer er wel al een begin van uitvoering voorhanden is. Hoe anders kan men uit het toedienen van verschillende slagen een poging tot doodslag

---

<sup>81</sup> J.-A. ROGRON, *Code pénal expliqué par ses motifs et par des exemples, avec la solution, sous chaque article, des difficultés ainsi que des principales questions que présentent le texte, et la définition de tous les termes de droit*, Brussel, H. Tarlier, 1832, 3-5; P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Brussel, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie., 1843, 295 en 310; A. CHAUVEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...] par J. S. G. Nypels*, Brussel, Meline, Cans et compagnie, 1845, 165; E. PICARD, N. D'HOFFSCHMIDT, J. DE LE COURT *et al.*, *Pandectes belges. Inventaire général du droit belge à la fin du XIXème siècle*, deel 106, Brussel, Ferdinand Larcier, 1913, 473.

<sup>82</sup> E. PICARD, N. D'HOFFSCHMIDT, J. DE LE COURT *et al.*, *Pandectes belges. Inventaire général du droit belge à la fin du XIXème siècle*, deel 106, Brussel, Ferdinand Larcier, 1913, 473.

<sup>83</sup> A. CHAUVEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...] par J. S. G. Nypels*, Brussel, Meline, Cans et compagnie, 1845, 165.

afleiden?<sup>84</sup> Deze nuance laat toe te straffen voor het te laat is en het misdrijf ook effectief voltooid is, zonder subjectieve criteria te hanteren.

Bij het onderscheid tussen voorbereiding en uitvoering valt op te merken dat voorbereidingshandelingen niet kunnen bestaan bij misdaden die niet voorbereid worden, bijvoorbeeld omdat de dader impulsief handelt.<sup>85</sup>

Daarnaast zijn er bepaalde voorbereidingshandelingen die strafbaar gesteld worden als misdrijf *sui generis*, net zoals er in het stadium van het loutere misdadige voornemen bepaalde uitingen strafbaar gesteld worden.<sup>86</sup>

**28. BEGIN VAN DE POGING** – Nu rijst de vraag welk van beide soorten uitwendig waarneembare handelingen onder het pogingsbegrip vallen. Pogen wordt door Simon erg kernachtig gedefinieerd als streven zonder slagen. Er moet dus sprake zijn van de wil om een bepaalde toestand te bereiken door het plegen van een strafbaar feit, zonder dat resultaat ook effectief te bereiken.<sup>87</sup>

De wetgever van 1810 beschouwt zowel handelen ter voorbereiding als handelen ter uitvoering als pogen en legt het beginpunt van de poging dus bij de loutere voorbereidingshandelingen, maar zal de poging pas strafbaar stellen eens er sprake is van een begin van uitvoering (hoofdstuk 4).<sup>88</sup>

Het beginpunt van de poging verschuift op de *iter criminis* wanneer Haus' visie op de pogingsleer wet wordt in 1867. In zijn kritiek op het wetsontwerp van Lebeau in 1834 stelt hij dat er pas sprake is van een poging wanneer het voornemen een misdrijf te begaan blijkt uit uitwendig waarneembare handelingen gevolgd door een begin van uitvoering. Volgens Haus is een poging niet alleen straffeloos zolang er voorbereidingshandelingen zijn en geen begin van uitvoering; hij stelt zelfs dat er in dat stadium helemaal geen poging is. Het is immers eigen aan voorbereidingshandelingen dat men niet zeker weet of zij tot een misdrijf zullen leiden en zo ja, tot welk misdrijf. Logischerwijs kan men dus nog niet spreken over de poging tot een bepaald misdrijf. Omdat de poging pas een poging wordt zodra er zich een begin van

<sup>84</sup> J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, I, Gent, AD. Hoste, 1879, 327 en E. PICARD, N. D'HOFFSCHMIDT, J. DE LE COURT *et al.*, *Pandectes belges. Inventaire général du droit belge à la fin du XIXème siècle*, deel 106, Brussel, Ferdinand Larcier, 1913, 475-476.

<sup>85</sup> E. PICARD, N. D'HOFFSCHMIDT, J. DE LE COURT *et al.*, *Pandectes belges. Inventaire général du droit belge à la fin du XIXème siècle*, deel 106, Brussel, Ferdinand Larcier, 1913, 471-472.

<sup>86</sup> A. CHAUVEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...] par J. S. G. Nypels*, Brussel, Meline, Cans et compagnie, 1845, 164.

<sup>87</sup> J. SIMON, *Handboek van het Belgisch strafrecht*, Brussel, Établissements Émile Bruylant, 1943, 99; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, Gent, E. Story-Scientia, 1968, 360.

<sup>88</sup> J.-A. ROGRON, *Code pénal expliqué par ses motifs et par des exemples, avec la solution, sous chaque article, des difficultés ainsi que des principales questions que présentent le texte, et la définition de tous les termes de droit*, Brussel, H. Tarlier, 1832, 3-5.

uitvoering voordoet, valt deze poging altijd samen met de strafbare poging.<sup>89</sup> Haus' visie sluit aan bij die van Rossi.<sup>90</sup> In de 20<sup>ste</sup> eeuw wordt deze definitie weer in twijfel getrokken. Volgens Simon “*vereischt de wet tot strafbaarheid van de poging dat de dader zijn voornemen zou hebben geopenbaard door een begin van uitvoering*”.<sup>91</sup> Daar lijkt weer ruimte te bestaan voor een niet-strafbare poging. Het praktische belang van deze discussie blijft evenwel beperkt omdat er geen gevolgen zijn voor de strafbaarheid: volgens beide theorieën geldt strafbaarheid vanaf een begin van uitvoering.

**29. BEGIN VAN UITVOERING** – Strafbarestelling vereist dus steeds een begin van uitvoering: de loutere voorbereidingshandelingen blijven straffeloos. Het ligt immers in de aard van voorbereidingshandelingen dat zij een misdaad voorbereiden zonder er deel van uit te maken; de misdaad begint pas bij een begin van uitvoering. Met andere woorden: wie stopt na voorbereidingshandelingen maar vóór een begin van uitvoering, heeft zich in geen enkele mate aan een misdaad bezondigd.<sup>92</sup> Bovendien bieden voorbereidingshandelingen zoals gezegd geen zekerheid over het voornemen van de dader en de mate waarin hij dit voornemen wil uitvoeren. Er is geen voldoende verband tussen de voorbereidingshandelingen en het vermoede misdrijf. Rossi legt een hypothese voor waarin een combinatie van voorbereidingshandelingen samen wel uitsluitend geeft over het misdrijf dat de dader beoogt. In die hypothese zou de dader strafbaar zijn als ware er een begin van uitvoering. Het lijkt Rossi echter onmogelijk om het onderscheid tussen beiden gradaties van voorbereidingshandelingen wettelijk te vatten zonder af te dwalen in onduidelijke filosofische formules. Het aan de rechtspraak overlaten om het onderscheid te maken, zou tot al te arbitraire uitspraken leiden. Dat pleit voor niet-strafbaarheid. Tot slot rest nog het argument dat de dader aangezet moet worden zich te bedenken; over dit argument meer in hoofdstuk 4.<sup>93</sup>

De wetgever van 1810 heeft nagelaten het begin van uitvoering te definiëren en te onderscheiden van loutere voorbereidingshandelingen. De lijn tussen beide is ook niet altijd helder, laat staan dat een wettekst alle mogelijke nuances van het menselijke handelen zou kunnen afdekken. Wanneer precies

---

<sup>89</sup> J.J. HAUS, *Observations sur le projet de révision du code pénal présenté aux chambres belges; suivie d'un nouveau projet*, Gent, L. De Busscher-Braeckman, 1834, 66-67. HAUS schrijft: “*la tentative existe dès qu'il y a un commencement d'exécution.*”

<sup>90</sup> P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Brussel, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie., 1843, 294.

<sup>91</sup> J. SIMON, *Handboek van het Belgisch strafrecht*, Brussel, Établissements Émile Bruylant, 1943, 100.

<sup>92</sup> P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Brussel, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie., 1843, 294.

<sup>93</sup> P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Brussel, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie., 1843, 294-296 en 299; N. GUNZBURG, *La trajectoire du crime. Études sur le nouveau code pénal du Brésil*, Rio de Janeiro, Livraria Jacintho, 1941, 24-25; J. SIMON, *Handboek van het Belgisch strafrecht*, Brussel, Établissements Émile Bruylant, 1943, 100-101.

wordt de inbreker een dief? Die vraag wordt door het stilzwijgen van de wetgever doorgeschoven naar de rechtsleer en rechtspraak.<sup>94</sup>

Het nieuwe pogingsbegrip uit 1867 maakte de feitelijke bepaling van het begin van de poging er niet eenvoudiger op, want door pas van een poging te spreken als er zich een begin van uitvoering voordoet en die term verder niet te verduidelijken, schoof de wetgever deze taak wederom door naar rechtsleer en rechtspraak.<sup>95</sup> Het praktische nut van de nieuwe definitie lijkt dan ook beperkt. Bovendien scheidt het Strafwetboek van 1867 een nieuw probleem van afbakening: door de poging te bestraffen met een straf die lager is dan die van het voltooide misdrijf (hoofdstuk 4), wordt het van belang exact te bepalen wanneer de poging overgaat in dat voltooide misdrijf. Ook hier laat de wetgever de beslissing over aan rechtsleer en rechtspraak.<sup>96</sup>

**30. RATIO** – De straffeloosheid van de poging tot aan het begin van uitvoering hangt samen met de keuze van de wetgever uit 1791, 1796 en tot slot 1810 om de poging te bestraffen met dezelfde straf als het uiteindelijke misdrijf. Tussen een misdadig voornemen en een voltooid misdrijf ligt namelijk de *iter criminis*, waaraan men niet zomaar voorbij mag gaan. De wetgever houdt hier rekening mee door de poging slechts strafbaar te stellen als zij aan bepaalde voorwaarden voldoet. Met deze voorwaarden bepaalt de wetgever een punt langs de weg tussen voornemen en voltooid misdrijf. Eens dit punt voorbij, heeft de dader de samenleving voldoende verstoord om bestraft te worden, ook al kan hij zijn misdrijf niet voltooien. Bovendien, aldus de wetgever, had de dader vóór hij het punt van strafbaarheid naderde genoeg tijd om zich te bedenken.<sup>97</sup> Het beperken van de strafbaarheid als erkenning van de lengte van de *iter criminis* wordt verder besproken in het hoofdstuk over straftoemeting (hoofdstuk 4).

---

<sup>94</sup> P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Brussel, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie., 1843, 294 en 313; A. CHAUVEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...] par J. S. G. Nypels*, Brussel, Meline, Cans et compagnie, 1845, 174; E. PICARD, N. D'HOFFSCHMIDT, J. DE LE COURT *et al.*, *Pandectes belges. Inventaire général du droit belge à la fin du XIXème siècle*, deel 106, Brussel, Ferdinand Larcier, 1913, 474-475.

<sup>95</sup> P.-A.-F. GERARD, *Code pénal expliqué par les rapports et les discussions des deux chambres législatives, la comparaison avec les dispositions correspondantes du code pénal de 1810 et la jurisprudence qui s'y apporte*, Brussel, 1867, 56-58.

<sup>96</sup> J.-S.-G. NYPELS, *Le code pénal belge interprété, principalement au point de vue de la pratique, par ses motifs, par la comparaison des nouveaux textes avec ceux du code de 1810; et pour les textes anciens conservés, par la doctrine et la jurisprudence des cours de Belgique te de France*, Brussel, Bruylant-Christophe, 1867, 87-90.

<sup>97</sup> J.-A. ROGRON, *Code pénal expliqué par ses motifs et par des exemples, avec la solution, sous chaque article, des difficultés ainsi que des principales questions que présentent le texte, et la définition de tous les termes de droit*, Brussel, H. Tarlier, 1832, 3-5.

#### 4.1.2. Waar houdt de verantwoordelijkheid op?

**31. VRIJWILLIGE TERUGTRED** – Het is mogelijk door begin van uitvoering een poging tot misdaad te begaan en toch straffeloos te blijven. De wet kent straffeloosheid toe aan de dader die last krijgt van zijn geweten en zijn poging vrijwillig staakt.<sup>98</sup> De wetgever laat na uit te leggen wat het begrip ‘vrijwillige terugtred’ inhoudt. Deze vraag wordt naar de rechtsleer en rechtspraak doorgeschoven (hoofdstuk 5).

**32. MISLUKT MISDRIJF** – In 1834 merkte Lebeau op dat het Strafwetboek uit 1810 met de term *tentative* zowel de eigenlijk poging (*simple tentative* of *tentative proprement dit*) als het mislukte misdrijf (*délit manqué*) bedoelt. Dat klopt: bij het verdedigen van de strafmaten uit het Strafwetboek van 1810 in de *Conseil d’État*, zei Treilhard: “*Quand l’exécution n’est suspendue que par des circonstances étrangères à la volonté, le coupable a commis le crime autant qu’il lui est possible [...]*.”<sup>99</sup> Lebeau ziet echter een onderscheid tussen beide: waar bij het mislukte misdrijf de dader alles deed dat in zijn macht lag om het misdrijf te volbrengen, is dit bij de eigenlijke poging niet noodzakelijk het geval. Met andere woorden: terwijl het mislukte misdrijf geen ruimte meer laat voor vrijwillige terugtred, laat de eigenlijke poging deze ruimte wel. Als voorbeelden van een mislukt misdrijf geeft Lebeau het tot ontploffing brengen van springstof in een gebouw dat niet instort of iemand neerschieten die overleeft. Voedsel vergifigen maar het niet toedienen of iemand eenmalig neersteken zonder dat hij sterft zijn dan weer eigenlijke pogingen. Er is immers ruimte voor terugtred: men had meer kunnen doen.<sup>100</sup> Hier is het nuttig te verwijzen naar het onderscheid tussen de manier waarop de dader zijn misdrijf beleeft en de manier waarop dit aan de buitenwereld verschijnt: een mislukt misdrijf is subjectief (dit wil zeggen vanuit het standpunt van de dader) voltooid, maar objectief gezien (dit wil zeggen met het resultaat van de handeling als uitgangspunt) niet voltooid.<sup>101</sup> Haus stelt bij wijze van kritiek terecht dat een mislukt misdrijf maar kan voorkomen bij misdrijven die het bereiken van een bepaald resultaat vereisen als constitutief bestanddeel. Zo is er bijvoorbeeld geen moord als niemand sterft. Diefstal daarentegen is voltooid

<sup>98</sup> J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, I, Gent, AD. Hoste, 1879, 357; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, Gent, E. Story-Scientia, 1968, 379; C. VAN DEN WYNGAERT en S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, I, Antwerpen, Maklu, 2014, 357-359.

<sup>99</sup> A. CHAUVEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...]* par J. S. G. Nypels, Brussel, Meline, Cans et compagnie, 1845, 163.

<sup>100</sup> M. LEBEAU, *Projet de loi apportant des modifications aux Codes Pénal et d’Instruction criminelle*, Brussel, H. Remy, 1834, 9-11.

<sup>101</sup> P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Brussel, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie., 1843, 311.



zodra de dief een object bedrieglijk tot zich neemt en een valse getuigenis is voltooid zodra hij is afgelegd.<sup>102</sup>

Uitmaken of het om een poging dan wel om een mislukt misdrijf gaat, is volgens Lebeau een feitenkwesitie en dus een taak voor de volksjury.<sup>103</sup> Haus' kritieken relativiseren dit: in het geval dat de misdaadomschrijving een bepaald resultaat vooropstelt en dit resultaat uitblijft, is het aan de feitenrechter om te onderzoeken of het uitblijven van dat resultaat duidt op een vrijwillige terugtred of op een mislukt misdrijf.

#### 4.2. SUBJECTIEVE POGINGSLEER

**33. IRRELEVANTIE VAN DE POGINGSOMSCHRIJVING** – Wie een ander en diens poging beoordeelt naar de intenties en niet naar het resultaat, zal enkel belang hechten aan gedachten. Volgens dit uitgangspunt verliest de abstracte pogingsomschrijving eigen aan de objectieve pogingsleer haar relevantie en lijkt deze omschrijving bovendien nodeloos complex.<sup>104</sup> Waar Rossi die complexiteit nog voor lief nam – “*les difficultés de détail ne peuvent pas faire révoquer en doute un principe*”<sup>105</sup> – verwerpt de subjectieve pogingsleer die complexiteit of relatieveert haar tenminste.<sup>106</sup> Wat telt, zijn immers de intenties van de dader: zodra deze misdadig zijn, stelt de subjectieve pogingsleer de dader strafbaar.<sup>107</sup>

**34. THEORIE EN PRAKTIJK** – Aangezien in België nog steeds het Strafwetboek uit 1867 als wet geldt, mag het niet verbazen dat de subjectieve pogingsleer nooit in de praktijk werd doorgevoerd. Zij staat echter ook niet in de wetsontwerpen tot hervorming van het Strafwetboek uit 1985 en 2017: die stellen de pogingsomschrijving uit het Strafwetboek van 1867 niet meer in vraag.<sup>108</sup> Dat ligt aan het feit dat de subjectieve pogingsleer botst met de vrijheid van gedachten. Bestrafen vanaf de misdadige intentie werd tot nu toe

---

<sup>102</sup> J. J. HAUS, *Observations sur le projet de révision du code pénal présenté aux chambres belges; suivie d'un nouveau projet*, Gent, L. De Busscher-Braeckman, 1834.

<sup>103</sup> M. LEBEAU, *Projet de loi apportant des modifications aux Codes Pénal et d'Instruction criminelle*, Brussel, H. Remy, 1834, 9-11.

<sup>104</sup> MATTHIJS, J., “Overwegingen bij de herziening en renovatie van ons Strafwetboek”, *RW* 1976, 641-666.

<sup>105</sup> P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Brussel, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie., 1843, 294.

<sup>106</sup> Waar MATTHIJS de abstracte indeling in stadia langs de *iter criminis* verwerpt, menen VANHOUDT en CALEWAERT dat de subjectieve benadering naast de objectieve staat en genoeg belang verdient. De intentie zou het voornaamste criterium zijn om te besluiten tot voorbereidende handeling dan wel daad van uitvoering. Zie C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, Gent, E. Story-Scientia, 1968, 364 en 371.

<sup>107</sup> MATTHIJS, J., “Overwegingen bij de herziening en renovatie van ons Strafwetboek”, *RW* 1976, 641-666.

<sup>108</sup> Zie (onder andere) R. LEGROS, *Voorontwerp van Strafwetboek*, Ministerie van Justitie, 1985, 159.

steeds te radicaal bevonden; de vrijheid van gedachten houdt de overhand.<sup>109</sup> Het *Verslag over de voornaamste grondslagen voor de hervorming* uit 1979 is het enige officiële document dat naar dit radicale – maar in het licht van de subjectieve pogingsleer ook logische – standpunt verwijst, zonder het evenwel over te nemen.<sup>110</sup>

**35. STILSTAND VAN DE POGINGSOMSCHRIJVING?**– De uitgebreide pogingsomschrijving van de objectieve pogingsleer werd in wetsontwerpen weliswaar nooit verlaten maar zij werd wel doorontwikkeld. Daarbij stond de subjectieve pogingsleer en dus de gevaarlijkheid van de dader steeds centraal.

Zo wordt een begin van uitvoering volgens de subjectieve leer ingevuld als een handeling waardoor de dader doet blijken dat hij (psychisch gezien) in staat is tot het plegen van het voorgenomen misdrijf. Voorbereidingshandelingen zijn dan de handelingen die wel strekken tot voorbereiding van het beoogde misdrijf, maar nog geen uitsluitel geven over het voornemen van de dader: het is voor derden niet zeker of er een misdrijf beoogd wordt, en zo ja, welk.<sup>111</sup> Net zoals bij het meer radicale opzijschuiven van de abstracte, objectieve invulling van de verschillende stadia langs de *iter criminis*, bestaat ook hier een risico op willekeur. In het bijzonder doet zich een risico voor op het herinterpreteren van voorbereidingshandelingen als handelingen die een begin van uitvoering uitmaken.<sup>112</sup>

Interessant is ook de subjectieve invulling die het Hof van Cassatie gaf aan het begrip ‘vrijwillige terugtred’ (en die los staat van de strenge invulling van ‘vrijwillig’ als ‘spontaan’): naast spontaan, moet de terugtred ook bewust zijn (zie randnr. 52).

#### 4.3. CONCLUSIE

**36. DRIE WETTELIJKE VOORWAARDEN** – Zo komt men uiteindelijk bij drie voorwaarden of constitutieve bestanddelen waaraan een poging moet voldoen om strafbaar te zijn. Of, naar de logica van Haus, drie voorwaarden waaraan een strafbare poging moet voldoen opdat het een strafbare poging zou zijn. Er moet sprake zijn van (a) uitwendig waarneembare handelingen en (b) een

<sup>109</sup> C. J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1968, 359. Hoewel dit werk dateert van voor het artikel van MATTHIJS waarin de stelling uit bovenstaande paragraaf geponeerd wordt, wordt ook in dit werk de subjectieve pogingsleer aanhangen, wat blijkt uit opvattingen over de invulling van het begrip ‘begin van uitvoering’ en de suggestie af te stappen van flexibele strafmaten.

<sup>110</sup> COMMISSIE VOOR DE HERZIENING VAN HET STRAFWETBOEK, *Verslag over de voornaamste grondslagen voor de hervorming*, Ministerie van Justitie, 1979, 95.

<sup>111</sup> J. SIMON, *Handboek van het Belgisch strafrecht*, Brussel, Établissements Émile Bruylant, 1943, 101; C. J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1968, 372-373 en 375.

<sup>112</sup> J. SIMON, *Handboek van het Belgisch strafrecht*, Brussel, Établissements Émile Bruylant, 1943, 101.

begin van uitvoering. Daarnaast moet (c) de poging gestaakt zijn onafhankelijk van de wil van de dader. Deze drie voorwaarden vormen een rode draad doorheen de evolutie van de Belgische pogingsleer. De eerste voorwaarde is van minder belang, omdat zij noodzakelijk voorkomt samen met de tweede. De tweede en derde voorwaarde daarentegen zijn terug te vinden in alle wetteksten en wetsontwerpen sinds 1791.

Bij het invullen van deze voorwaarden verschillen objectieve en subjectieve pogingsleer van mening: waar de objectieve leer het begin van uitvoering in de misdaadomschrijving zoekt, kijkt de subjectieve leer naar de dader zelf. In ieder geval zijn beide theorieën erop gericht met zekerheid de intentie tot een misdaad vast te stellen en vereisen zij dus dat de poging noodzakelijk blijkt geeft van het streven naar de misdaad.

## 5. BESTRAFFING VAN DE POGING

### 5.1. OBJECTIEVE LEER

**37. WEERSLAG OP DE POGINGSOMSCHRIJVING** – Er zijn in de loop van de negentiende eeuw twee manieren beproefd om de lichtere straf die een objectieve pogingsleer vooropstelt, gestalte te geven (hoofdstuk 2). De wetgever van 1810 koos – in navolging van de wet van 22 prairial IV – om de bestraffing te beperken door niet de gehele poging maar slechts een deel ervan strafbaar te stellen. De poging wordt slechts strafbaar gesteld als zij aan bepaalde voorwaarden voldoet: er moeten uitwendig waarneembare handelingen en een begin van uitvoering zijn, zonder vrijwillige terugtred. Met deze voorwaarden bepaalt de wetgever een punt langs de weg tussen voornemen en voltooid misdrijf. De *homo rationalis* heeft voor hij het punt van strafbaarheid nadert genoeg tijd om af te wegen en terug te keren; de wet moedigt terugtred aan. Laat men deze mogelijkheid evenwel links liggen, dan verdient men een straf gelijk aan die van het voltooide misdrijf: het mislukken ervan ligt immers niet meer in de hand van de dader.<sup>113</sup>

De keuze om een lichtere straf gestalte te geven via de pogingsomschrijving, is echter niet vanzelfsprekend: aan de keuze voor gelijke strafmaten voor poging en voltooid misdrijf ging in de Franse *Conseil d'État* een debat vooraf met voor- en tegenstanders. Corfetto, Defermon en Bérenger waren vragende partij om de afstand tussen het eerste misdadige idee en de uiteindelijke misdaad stapsgewijs op te volgen. Zij argumenteerden dat straffen in verhouding moeten staan tot het misdrijf waarop ze betrekking hebben. Iemand die tijdig gestopt wordt, verdient niet dezelfde straf als iemand die een

<sup>113</sup> ROGRON, J.-A., *Code pénal expliqué par ses motifs et par des exemples, avec la solution, sous chaque article, des difficultés ainsi que des principales questions que présentent le texte, et la définition de tous les termes de droit*, Brussel, H. Tarlier, 1832, 3-5; A. CHAUVEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...]* par J. S. G. Nypels, Brussel, Meline, Cans et compagnie, 1845, 163.

misdrijf effectief begaat en een begin van uitvoering moet zeker bestraft worden, maar niet altijd even streng als een voltooid misdrijf.<sup>114</sup>

TREILHARD verdedigde in diezelfde *Conseil d'État* het uiteindelijke standpunt van de wetgever van 1810. Ook FILANGIERI verdedigde in het debat voor of tegen flexibiliteit de mening van de wetgever van 1810. Naast eerder genoemde argumenten die bij de conceptie van dat wetboek aangehaald werden, merkt hij ook op dat de poging toont waartoe de dader in staat is (hoofdstuk 2). Iemand die een misdaad wil begaan maar niet in zijn opzet slaagt, is even pervers als iemand die dezelfde misdaad effectief weet te voltooien; de straf mag dus niet verschillen.<sup>115</sup> Dit argument, dat hier nog een minderheidsidee vertolkt ("*Tous les criminalistes qui ont écrit depuis Filangieri se sont unanimement attachés à combattre cette doctrine*"<sup>116</sup>), zal terugkomen. Volgens de subjectieve pogingsleer, gebaseerd op nieuwe wetenschappelijke inzichten, rechtvaardigt het perverse karakter van de dader, geuit door zijn poging tot misdaad, immers een straf identiek aan die van de eigenlijke misdaad.<sup>117</sup>

**38. WEERSLAG OP DE STRAFTOEMETING** – De keuze van de wetgever uit 1810 werd in de loop van de negentiende eeuw in toenemende mate bekritiseerd. Lebeau was de eerste om een lichtere straf te bepleiten, althans wat de eigenlijke poging betreft. In zijn voorstel van 1834 haalt hij aan dat de eigenlijke poging namelijk geen uitsluitel geeft over het voornemen van de dader, er is nog ruimte voor terugred.<sup>118</sup> Chauveau en Hélie sluiten zich hierbij aan: de wet veronderstelt weliswaar dat daden van uitvoering blijf geven van de intentie tot (een bepaalde) misdaad, maar zeker is dat niet en bovendien hebben rechters een hele kluit aan de invulling van die daden van uitvoering. Daarnaast vermelden zij Beccaria, die redeneert dat een straf finaal moet ontraden en dat de straf dus best stap per stap de weg volgt die men aflegt van eerste idee tot uiteindelijke misdaad. Als men de poging tot misdaad een lagere

<sup>114</sup> Het gaat om de zitting van 4 oktober 1808. Van deze zitting werd een proces-verbaal opgesteld dat geciteerd wordt in A. CHAUCHEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...] par J. S. G. Nypels*, Brussel, Meline, Cans et compagnie, 1845, 163 en 166; A. CHAUCHEAU en F. HÉLIE, *Théorie du code pénal*, I, Parijs, Cosse, 1852, p. 332-375.

<sup>115</sup> FILANGIERI wordt vermeld door ROGRON, J.-A., *Code pénal expliqué par ses motifs et par des exemples, avec la solution, sous chaque article, des difficultés ainsi que des principales questions que présentent le texte, et la définition de tous les termes de droit*, Brussel, H. Tarlier, 1832, 3-5 en door A. CHAUCHEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...] par J. S. G. Nypels*, Brussel, Meline, Cans et compagnie, 1845, 166.

<sup>116</sup> A. CHAUCHEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...] par J. S. G. Nypels*, Brussel, Meline, Cans et compagnie, 1845, 166-167.

<sup>117</sup> D. WEBER, *Homo Criminalis. Belgische parlementsleden over misdaad en strafrecht, 1830-1940*, Brussel, VUBPRESS, 1996, p. 9-11.

<sup>118</sup> M. LEBEAU, *Projet de loi apportant des modifications aux Codes Pénal et d'Instruction criminelle*, Brussel, H. Remy, 1834, 9-11.

straf toebedeelt dan de misdaad zelf, is de dader volgens Beccaria gemotiveerd om zich te bedenken.<sup>119</sup> Dat argument wordt ook aangehaald door Rossi: de deur om terug te keren mag niet gesloten worden.<sup>120</sup> Tot slot is er het argument dat de poging weliswaar verwerpelijk is, maar op zich geen schade berokkent, terwijl de eigenlijke misdaad dat wel doet.<sup>121</sup> Het is aan de wet om een onderscheid te maken gebaseerd op grond van *la nature des choses*, in harmonie met de principes van rechtvaardigheid en de regels van voorzichtigheid.<sup>122</sup> Bovendien bepalen de voorwaarden die in 1810 gesteld werden om de strafbaarheid van pogingen te beperken naar het nieuwe pogingsbegrip van Haus nu het al dan niet voorhanden zijn van een poging *an sich*. Zij werken dus niet langer als beperking. De gelijke strafmaten die overbleven, lijken dan plots erg streng.

Naast de rechtswetenschappelijke argumenten opgesomd in het vorige randnummer, biedt ook de rechtspraktijk een verklaring voor de keuze voor flexibele strafmaten. Vóór de inwerkingtreding van het Strafwetboek van 1867 had de volksjury immers de gewoonte aangenomen om al te strenge straffen uit de Strafwetboek van 1810 te beperken door verzachtende omstandigheden aan te halen. Hoewel deze werkwijze oorspronkelijk als uitzonderingsmaatregel bestond, werd hij na verloop van tijd tot gewoonte. Zo bekeken, is het invoegen van flexibele, lichtere strafmaten in de wettekst zelf niet meer dan het tot regel maken van een tot gewoonte uitgegroeide uitzondering.<sup>123</sup>

**39. FLEXIBELE STRAFTOEMETING OF STRAFFELOOSHEID?** – Een opvallend argument dat aangehaald wordt om flexibele strafmaten te verdedigen, is dat van Beccaria. Hij stelt dat de functie van straffen schuilt in het beschermen van de maatschappij, eerder dan in het vergelden van misdaden. Finaal moet een straf dan ook ontraden. Daarbij helpt flexibele straftoemeting in geval van een

<sup>119</sup> A. CHAUVEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...] par J. S. G. Nypels*, Brussel, Meline, Cans et compagnie, 1845, 167; A. CHAUVEAU en F. HÉLIE, *Théorie du code pénal*, I, Parijs, Cosse, 1852, 344-345; C. BECCARIA en J. M. MICHIELS, *Over misdaden en straffen. Ingeleid, van aantekeningen voorzien en vertaald door J. M. Michiels*, Antwerpen, Scriptoria, 1971, 137-143 en 361.

<sup>120</sup> P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Brussel, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie., 1843, 297-298. Rossi maakt hier een onderscheid tussen rationeel denkende mensen die denken alvorens te handelen en de ‘categorie van de ongelukkigen’. Deze nuance wordt in wordt in latere werken van andere auteurs niet overgenomen en voegt weinig toe aan de argumentatie voor flexibele strafmaten.

<sup>121</sup> A. CHAUVEAU en F. HÉLIE, *Théorie du code pénal*, I, Parijs, Cosse, 1852, p. 332-375.

<sup>122</sup> HAUS, J. J., *Observations sur le projet de révision du code pénal présenté aux chambres belges; suivie d'un nouveau projet*, Gent, L. De Busscher-Braeckman, 1834; P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Brussel, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie., 1843, 314. *La nature des choses* komt voor bij zowel ROSSI als bij HAUS en duidt op het onderscheid tussen voorbereidingshandelingen, handelingen die een begin van uitvoering uitmaken en het voltooide misdrijf. Dat deze drie stadia langs de *iter criminis* beschouwd worden als verschillend uit hun aard, is objectief denken over de pogingsleer ten top.

<sup>123</sup> M. LEBEAU, *Projet de loi apportant des modifications aux Codes Pénal et d'Instruction criminelle*, Brussel, H. Remy, 1834, 9-11.

poging, omdat het de dader ertoe aanzet zich te bedenken.<sup>124</sup> “*Aldus is het mogelijk dat, dankzij deze gradatie, de delinquent die slechts een aanvang heeft gemaakt met het voorgenomen misdrijf, ertoe gebracht wordt zijn daad niet te voltooien.*”<sup>125</sup> Het is niet duidelijk hoe deze vermeende aanzet tot vrijwillige terugtred uitgaande van een flexibele straftoemeting zich verhoudt tot de straffeloosheid bij een vrijwillig gestaakte poging. Wie een poging staakt uit angst voor de straf die op het voltooide misdrijf staat, doet dat met het oog op straffeloosheid en niet met het oog op de lagere straf die hij zou krijgen mocht zijn misdrijf als loutere poging gekwalificeerd worden. Beccaria gaat op dit probleem niet dieper in en richt zich verder op de straftoemeting bij deelneming.<sup>126</sup> Dit probleem wordt ook niet opgelost door een afbakening van verschillende stadia langs de *iter criminis*: zowel het vrijwillig staken van de poging (naar Belgisch recht met straffeloosheid tot gevolg) als het (vrijwillig) afzien van het voltooide misdrijf (volgens Beccaria met een lichtere strafmaat tot gevolg) gebeuren na een begin van uitvoering en vóór het misdrijf voltooid is. Het gaat in feite om dezelfde handeling: de dader laat zijn poging voor wat het is en pleegt dus geen voltooid misdrijf.

Misschien dacht Beccaria aan de hypothese waarbij de uitvoering van een bepaald misdrijf gestaakt wordt nadat reeds een ander voltooid misdrijf gepleegd werd (dat deel uitmaakt van hetzelfde misdadige project).<sup>127</sup> Het is inderdaad mogelijk dat een poging tegelijk ook een ander voltooid misdrijf uitmaakt: daarop werd in de antieke tijd immers de strafbaarheid van de poging gebaseerd bij ontstentenis van een algemene pogingsleer. Die hypothese is in het Belgische Strafwetboek evenwel niet gevolgd: de lichtere straf krijgt daar gestalte door een verwijzing naar art. 80 en 81. Het gaat dus wel degelijk om een lichtere straf voor de poging zelf en niet om een straf voor het voltooide misdrijf dat men in het kader van de poging pleegde en dat lichter bestraft wordt dan het voltooide misdrijf waartoe men poogde.

Het preventie-argument van Beccaria wordt later niet meer in vraag gesteld. De flexibele straftoemeting komt pas op de helling te staan door de opkomst van de subjectieve pogingsleer die de poging vanuit een andere invalshoek benadert.

**40. STRAFTOEMETING BIJ MISLUKT MISDRIJF** – Er rest het probleem van de straftoemeting bij een mislukt misdrijf. Volgens Lebeau moeten het mislukte misdrijf en de eigenlijke poging duidelijk van elkaar onderscheiden worden – niet alleen wat betreft de definiëring, maar ook wat betreft straftoemeting. Het

<sup>124</sup> C. BECCARIA en J. M. MICHIELS, *Over misdaden en straffen. Ingeleid, van aantekeningen voorzien en vertaald door J. M. Michiels*, Antwerpen, Scriptoria, 1971, 137-143 en 361.

<sup>125</sup> C. BECCARIA en J. M. MICHIELS, *Over misdaden en straffen. Ingeleid, van aantekeningen voorzien en vertaald door J. M. Michiels*, Antwerpen, Scriptoria, 1971, 361.

<sup>126</sup> C. BECCARIA en J. M. MICHIELS, *Over misdaden en straffen. Ingeleid, van aantekeningen voorzien en vertaald door J. M. Michiels*, Antwerpen, Scriptoria, 1971, 361-364.

<sup>127</sup> Deze hypothese werd ontleend aan een suggestie van prof. Dr. W. DRUWÉ.

mislukte misdrijf moet even zwaar bestraft worden als het voltooide misdrijf. De intentie was immers dezelfde: vanuit het oogpunt van de dader, die deed wat hij kon, is er tussen beide geen verschil.<sup>128</sup> Dat de eigenlijke poging volgens Lebeau een lichtere straf verdient, werd eerder reeds besproken. Haus, die het onderscheid bekritiseert (relatieveert) dat Lebeau maakt tussen het mislukte misdrijf en de eigenlijke poging, trekt deze kritiek consequent door naar de onderscheiden strafmaten. Eigenlijke poging en mislukt misdrijf dienen gelijk bestraft te worden. Dat kan met strafmaten gelijk aan die van het voltooide misdrijf, in de gevallen waarin er effectief sprake is van een mislukt misdrijf (dat zijn, zoals eerder besproken, enkel de misdrijven waarvoor de wet een bepaald resultaat als constitutief bestanddeel vooropstelt). Is er slechts sprake van een eigenlijke poging (ook al zou Lebeau deze eigenlijke poging bij vergissing als mislukt misdrijf kwalificeren), dan dringt volgens Haus een lichtere strafmaat zich op.<sup>129</sup> Hij verdedigt dit standpunt met een argument van praktische aard en vertrouwt het nuancerend vermogen van de rechtspraak.<sup>130</sup>

## 5.2. SUBJECTIEVE LEER

41. UITGANGSPUNT – – Het *Verslag over de voornaamste grondslagen voor de hervorming* uit 1979 stelt voor om een einde te maken aan de objectieve leer. In de tekst die aan het Koninklijk Besluit tot oprichting van de herzieningscommissie voorafgaat, stelt minister van Justitie Vanderpoorten vast dat de strijd tegen de misdaad geëvolueerd is en dat bepaalde gedragingen de publieke opinie minder of net meer verontrusten dan voorheen. Die evolutie vraagt een “*nieuwe benadering van de middelen om de essentiële rechten van het individu en van de gemeenschap in het huidige zowel nationale als internationale bestel beter te beschermen*”. Een dergelijke nieuwe benadering kan niet anders gerealiseerd worden dan door een alomvattende herziening van het Strafwetboek.<sup>131</sup>

Dit beleidsvoorstel wil een subjectieve pogingsleer realiseren om tot een performanter strafrechtstelsel te komen. Naast deze beleidsmatige beweegreden is er ook een doctrinale reden om de subjectieve pogingsleer te promoten met betrekking tot de bestraffing van de dader. De objectieve leer houdt immers geen rekening met de *sociale gevaarlijkheid* van de dader. Dat is althans de kritiek van Vanhoudt en Calewaert op Haus. De delinquent mag

<sup>128</sup> M. LEBEAU, *Projet de loi apportant des modifications aux Codes Pénal et d'Instruction criminelle*, Brussel, H. Remy, 1834, 9-11; J. MONBALLYU, *Zes eeuwen strafrecht. De geschiedenis van het Belgische strafrecht (1400-2000)*, Leuven, Acco, 2006, 103.

<sup>129</sup> J. J. HAUS, *Observations sur le projet de révision du code pénal présenté aux chambres belges; suivie d'un nouveau projet*, Gent, L. De Busscher-Braeckman, 1834, 78-79.

<sup>130</sup> C. J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1968, 398: “*par un motif d'intérêt pratique*”.

<sup>131</sup> COMMISSIE VOOR DE HERZIENING VAN HET STRAFWETBOEK, *Verslag over de voornaamste grondslagen voor de hervorming*, Ministerie van Justitie, 1979, 11.

geen abstract wezen blijven.<sup>132</sup> Dit doctrinale argument wordt ook door de Commissie voor herziening van het Strafwetboek aangehaald ter ondersteuning van de wens dat het strafrechtstelsel performanter zou zijn.

De commissie voor herziening van het Strafwetboek vond vijf 'beginselen van crimineel beleid' en leidde hieruit zes grondslagen voor de hervorming van het Strafwetboek af. De beginselen waren:

- rechtszekerheid;
- personalisering van de straf;
- doelmatigheid bij de vaststelling van de straf;
- actualisering van de strafbaarheid van gedragingen;
- harmonisering van het interne strafrecht en de internationale verbintenissen van België.<sup>133</sup>

Op basis hiervan poneerde de commissie als grondslagen voor hervorming:

- de strafwet bevattelijk maken voor de rechtsonderhorige en de regels vereenvoudigen;
- strafrechtelijke bestraffing alleen toepassen op opzettelijke gedragingen;
- ruimere mogelijkheden tot individualisering van de straf;
- het humaniseren van de sociale reactie op de misdadigheid;
- de nadruk moet gelegd worden op het gevaar dat van de dader uitgaat, veeleer dan op de ernst van de gedraging;
- de strafbaarheid van rechtspersonen.<sup>134</sup>

De vijfde grondslag vormt de basis voor een subjectieve pogingsleer. Enige nuance dringt zich op want ook de ernst van de gedraging blijft

---

<sup>132</sup> C. J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1968, 397-398.

<sup>133</sup> COMMISSIE VOOR DE HERZIENING VAN HET STRAFWETBOEK, *Verslag over de voornaamste grondslagen voor de hervorming*, Ministerie van Justitie, 1979, 29-33.

<sup>134</sup> COMMISSIE VOOR DE HERZIENING VAN HET STRAFWETBOEK, *Verslag over de voornaamste grondslagen voor de hervorming*, Ministerie van Justitie, 1979, 35 e.v.



belangrijk. “De straftoemeting moet steeds geschieden in verhouding tot de ernst van het misdrijf” en “er kan geen sprake zijn het louter crimineel opzet te bestraffen.”<sup>135</sup>

**42. WEERSLAG OP STRAFTOEMETING** – De commissie van 1976 gaf gevolg aan deze nieuwe subjectieve benadering van de pogingsleer door de straftoemeting aan te passen. De poging moest even zwaar bestraft worden als het voltooide misdrijf. Van belang is evenwel dat de commissie ook voorstelde om de strafminima op te heffen, als uiting van de grondslag ‘Ruimere mogelijkheden tot individualisering van de straf’, waardoor er alsnog voldoende ruimte zou zijn voor differentiatie naarmate concrete gevallen daarom vroegen.<sup>136</sup> Het voorontwerp van 1985 nam deze ideeën over. Ook daar stelde men voor de poging te bestraffen met dezelfde straf als het voltooide misdrijf.<sup>137</sup> Rozie en Vandermeersch breken eveneens een lans voor de gelijke bestraffing van de poging tot misdaad en de voltooide misdaad.<sup>138</sup>

**43. RATIO** – De aanleiding om in 1985 strafmaten in te voeren naar het model van de subjectieve leer – die strenger zijn voor de dader – is gelijk aan die voor het voorstel (uit hetzelfde voorontwerp) om het onderscheid tussen dader en deelnemer af te schaffen, namelijk een toename van het gevaar veroorzaakt door “*meer ontwikkelde en actieve criminaliteit*”.<sup>139</sup> Deze aanleiding moet begrepen worden in het licht van de tekst die aan het Koninklijk Besluit tot oprichting van de herzieningscommissie voorafgaat en die verwijst naar de dreiging van georganiseerde criminaliteit in de vorm van terreuracties.<sup>140</sup>

**44. STRAFTOEMETING BIJ MISLUKT MISDRIJF** – De subjectieve leer stelt ook de straftoemeting bij mislukte misdrijven in vraag. Vanhoudt en Calewaert vragen zich af waarom de poging en het mislukte misdrijf gelijkgesteld worden.<sup>141</sup> Ze dragen echter geen oplossing aan. Met de gevaarlijkheid van de dader in het achterhoofd lijkt het logisch om het mislukte misdrijf strenger te bestraffen dan de eenvoudige poging, maar naar de subjectieve leer dient ook deze eenvoudige poging bestraft te worden met een straf gelijk aan die van het voltooide misdrijf.

<sup>135</sup> COMMISSIE VOOR DE HERZIENING VAN HET STRAFWETBOEK, *Verslag over de voornaamste grondslagen voor de hervorming*, Ministerie van Justitie, 1979, 95.

<sup>136</sup> COMMISSIE VOOR DE HERZIENING VAN HET STRAFWETBOEK, *Verslag over de voornaamste grondslagen voor de hervorming*, Ministerie van Justitie, 1979, 68 en 95.

<sup>137</sup> Artikel 77 voorontwerp van Strafwetboek 1985.

<sup>138</sup> Artikel 10 derde lid voorstel tot voorontwerp van Boek I van het Strafwetboek.

<sup>139</sup> R. LEGROS, *Voorontwerp van Strafwetboek*, Ministerie van Justitie, 1985, 151.

<sup>140</sup> Dat waren in België de CCC, actief in 1984 en 1985, en de Bende van Nijvel, met aanslagen in 1982, 1983 en 1985. Op Europees vlak werd de publieke opinie bedrukt door onder andere de *Rote Armee Fraktion* in Duitsland, opgericht in 1970 en verantwoordelijk voor de moord op Jürgen Ponto (30 juli 1977) en Hanns-Martin Schleyer (18 oktober 1977), en de Rode Brigades in Italië, eveneens opgericht in 1970 en verantwoordelijk voor de moord op de voormalige Italiaanse eerste minister Aldo Moro (9 mei 1978).

<sup>141</sup> C. J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1968, 398.

## 6. RECHTSPRAAK TER INVULLING VAN DE POGINGSOMSCHRJVING

45. Zoals uit de vorige hoofdstukken blijkt, geeft rechtspraak vorm aan een aanzienlijk deel van het pogingsbegrip. Omdat de wetgever zich niet heeft ingelaten met de invulling van enkele essentiële begrippen, komt die taak aan de rechtspraak toe. Betroffen zijn de begrippen ‘voorbereidingshandeling’, ‘begin van uitvoering’ en ‘vrijwillige terugtred’. Deze begrippen en hun onderling onderscheid zijn van essentieel belang voor de poging omdat zij bepalen over straf of straffeloosheid. Dit hoofdstuk biedt een overzicht van de rechtspraak ter zake en behandelt eerst de definitie van en het onderscheid tussen voorbereidingshandelingen en handelingen die een begin van uitvoering vormen, en vervolgens de invulling van het begrip ‘vrijwillige terugtred’.

### 6.1. VOORBEREIDINGSHANDELINGEN EN HANDELINGEN DIE EEN BEGIN VAN UITVOERING VORMEN

46. SOEVEREINITEIT VAN DE FEITENRECHTER – Omdat de wetgever voorbereidingshandelingen en een begin van uitvoering niet gedefinieerd heeft, kan het Hof van Cassatie er ook niet op toezien dat deze begrippen correct toegepast worden. De feitenrechter kan soeverein bepalen welke feiten voorbereidingshandelingen uitmaken en welke een begin van uitvoering.<sup>142</sup> Daarbij oordeelde het Hof van Cassatie aanvankelijk dat dit soevereine oordeel niet nader toegelicht moest worden.<sup>143</sup> Latere rechtspraak wijkt hiervan af en

---

<sup>142</sup> Het meest opmerkelijke arrest ter zake is dat van de inbreker in de nacht (zie inleiding): Cass. Fr. 23 september 1825 in A. CHAUCHEAU en F. HELIE, *Théorie du code pénal. Troisième édition, revue et mise en rapport avec la législation et la jurisprudence*, Parijs, Cosse, 1852, 359-360. Het Franse Hof van Cassatie kon daar niet ingrijpen, “quelque erronée puisse être l’opinion de la cour de Bordeaux”. Dit arrest werd in de latere Belgische rechtspraak meermaals bevestigd. Zie onder andere Cass. 21 oktober 1889, *Pas.* 1889, I, 322: “La constatation et l’appréciation des faits constitutifs de la tentative de vol rentrent dans le pouvoir souverain du juge du fond” en Cass. 9 maart 1891, *Pas.* 1891, I, 92: “le commencement d’exécution d’une infraction, pas plus que l’acte préparatoire, n’étant définis par la loi, l’appréciation des faits qui les constituent appartient souverainement au juge du fond.” Van gelijkaardige strekking zijn Cass. 10 juni 1901, *Pas.* 1901, 283-284; Cass. 4 augustus 1913, *Pas.* 1913, I, 399-400 en Cass. 5 maart 1945, *Arr. Cass.* 1945, 118-119. In dit arrest verwerpt het Hof het middel van de aanlegger na vastgesteld te hebben dat het Hof van Beroep van Brussel bepaalde dat de constitutieve bestanddelen die een poging uitmaken, aanwezig waren. Het treedt dus niet in de beoordeling van de feiten zelf. ROGRON bevestigt het principe zonder meer: J.-A. ROGRON, *Code pénal expliqué par ses motifs et par des exemples, avec la solution, sous chaque article, des difficultés ainsi que des principales questions que présentent le texte, et la définition de tous les termes de droit*, Brussel, H. Tarlier, 1832, 3-5. Voor verdere toelichting, zie E. PICARD, N. D’HOFFSCHMIDT, J. DE LE COURT et al., *Pandectes belges. Inventaire général du droit belge à la fin du XIXème siècle*, deel 106, Brussel, Ferdinand Larcier, 1913, 474 en C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, Gent, E. Story-Scientia, 1968, 377.

<sup>143</sup> Cass. 21 oktober 1889, *Pas.* 1889, I, 322: “Rien ne l’oblige à indiquer et à préciser les circonstances qui ont formé sa conviction, et qu’il a suffisamment qualifié le délit quand il en

vereist op basis van de motiveringsplicht van de feitenrechter dat hij de feiten opsomt die de bestanddelen van de poging uitmaken, met andere woorden de feiten die het materieel bestanddeel van de poging uitmaken (in tegenstelling tot het moreel bestanddeel, d.i. de intentie).<sup>144</sup> Die opsomming kan de cassatierechter wel nagaan. Vormen de opgesomde feiten een begin van uitvoering?<sup>145</sup> Tot vandaag gaat het Hof na of de opgesomde feiten inderdaad een begin van uitvoering uitmaken.<sup>146</sup> Naast de materiële bestanddelen van de poging, moeten ook de constitutieve bestanddelen van het misdrijf waartoe men poogt, vermeld worden.<sup>147</sup>

**47. OBJECTIEVE EN SUBJECTIEVE INVULLING VAN DE POGINGSOMSCHRIJVING AAN DE HAND VAN DE POGING TOT DIEFSTAL – Objectieve en subjectieve pogingsleer vullen het begrip ‘begin van uitvoering’ verschillend in. Daarbij zit de Belgische rechtspraak tussen twee vuren, omdat zij enerzijds gebonden is door het vigerende, objectivistische Strafwetboek van 1867 maar anderzijds**

---

*constate l'existence dans les termes de la loi.*” In dezelfde lijn ligt Cass. 10 juni 1901, *Pas.* 1901, 283-284. Deze opinie wordt ook gedeeld door P.-A.-F. GERARD, zie P.-A.-F. GERARD, *Code pénal expliqué par les rapports et les discussions des deux chambres législatives, la comparaison avec les dispositions correspondantes du code pénal de 1810 et la jurisprudence qui s’y apporte*, Brussel, 1867, 57.

<sup>144</sup> Cass. 19 juni 1905, *Pas.* 1905, 269-270: “*en condamnant du chef de tentative le juge doit constater l'existence des circonstances prévues par l'article du code pénal.*” Zie ook Cass. 8 januari 1906, *Pas.* 1906, 77-78; Cass. 11 juni 1917, *Pas.* 1917, 35: “*La décision qui condamne du chef de tentative, sans en constater les éléments constitutifs, n'est pas légalement justifié.*”; Cass. 19 oktober 1920, *Pas.* 1920, 104: “*Est non justifié l'arrêt qui condamne, du chef de tentative, sans constater l'existence des éléments de fait prévus par l'article 51 du Code pénal.*” In dezelfde lijn liggen Cass. 14 november 1939, *Arr. Cass.* 1939, 220-221 en Cass. 5 maart 1945, *Arr. Cass.* 1945, 118-119.

<sup>145</sup> Cass. 15 september 1916, *Arr. Cass.* 1916, 229-231: “*Lorsque le juge du fond, rencontrant les conclusions du prévenu, a énuméré les faits qui lui paraissent constitutifs de la tentative d'un crime ou d'un délit, la cour de cassation recherche si ces faits ont été légalement appréciés ou s'ils ne révèlent que des actes préparatoires.*”

<sup>146</sup> Cass. 3 november 2004, *Arr. Cass.* 2004, 1744-1747: “*Wanneer de bodemrechter de feiten heeft opgesomd die volgens wezenlijke bestanddelen van de poging tot misdaad of wanbedrijf schijnen te zijn, onderzoekt het Hof of die feiten wettig werden gekwalificeerd en met name of het juridisch begrip begin van uitvoering niet werd miskend.*” Van gelijkaardige strekking is Cass. 24 maart 2010, *Arr. Cass.* 2010, 897-900. Het arrest uit 2004 verwijst naar Cass. 10 januari 1995, *Arr. Cass.* 1995, 30-31 over het begrip ‘rechtvaardigingsgrond’, waar het Hof gelijkaardig te werk gaat: “het komt het Hof toe na te gaan of de feitenrechter uit de door hem onaantastbaar vastgestelde feiten wettig het bestaan van een rechtvaardigingsgrond heeft kunnen afleiden.”

<sup>147</sup> Cass. 19 oktober 1920, *Arr. Cass.* 1920, 104: “*N'est pas justifié l'arrêt qui condamne, du chef de tentative de vol, sans constater que le condamné a tenté de soustraire frauduleusement une chose appartenant à autrui. (Code pén., art. 461.)*” In dezelfde lijn liggen Cass. 7 oktober 1946, *Arr. Cass.* 1946, 321 en Cass. 20 maart 1950, *Arr. Cass.* 1950, 480. Het arrest ging over een vermeende poging tot sluikuitvoer van postzegels en stelde louter vast “*dat op 4 October 1947, te één uur, in het station te Herbestal, beklaagde, die naar Duitsland reisde, aan de agenten van de douane de niet onbruikbaar gemaakte postzegels [...] welke hij onder zijn mantel verborg, niet heeft aangegeven.*” Die algemene vaststelling volstond voor het Hof van Cassatie niet omdat zij niet dieper ingaat op de constitutieve elementen die het vermeende misdrijf vormen. Ook verbrak het Hof van Cassatie een arrest van het Hof van Beroep van Antwerpen dat in een zaak over autodiefstal veroordeelde voor poging tot diefstal zonder vast te stellen dat “*de poging tot het wegnemen van andermans zaken “bedrieglijk” is geschied.*” Zie Cass. 23 april 1985, *Arr. Cass.* 1985, 1127-1128.

beïnvloed is door de recentere subjectieve pogingsleer. Professor Van den Wyngaert, auteur van het basiswerk *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen* en voormalig rechter in het Internationaal Strafhof in Den Haag, spreekt van een gemengde theorie.<sup>148</sup> Het abstracte en objectieve ‘begin van uitvoering’ wordt nog steeds gehanteerd, maar ingevuld met bijzondere aandacht voor de intenties van de dader. Onderstaande rechtspraak over de poging tot diefstal illustreert deze evolutie.

(i) Rechtspraak conform de objectieve pogingsleer zal pas spreken van een begin van uitvoering wanneer de dader ook effectief begint met de uitvoering van de constitutieve bestanddelen van het misdrijf. Een klassiek voorbeeld is de inbreker die op de zolderverdieping betrappt wordt na een inbraak maar nog voor hij tot stelen kon overgaan (zie inleiding). Hij wordt vrijgesproken voor poging tot diefstal. Objectief gezien vormt het inbreken een voorbereidingshandeling ter voorbereiding van de eigenlijke diefstal.<sup>149</sup> Volgens Rogron moet de inbreker betrappt worden terwijl hij de ene kast na de andere opengooit op zoek naar enig bezit van waarde opdat er sprake zou zijn van een begin van uitvoering.<sup>150</sup> Een begin van uitvoering van de poging tot diefstal bestaat immers in een begin van wegneming omdat diefstal volgens de wet het bedrieglijk wegnemen van andermans zaak is.<sup>151</sup> Een gelijkaardig geval

---

<sup>148</sup> C. VAN DEN WYNGAERT en S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, I, Antwerpen, Maklu, 2014, 352.

<sup>149</sup> Cass. Fr. 23 september 1825 in A. CHAUVEAU en F. HELIE, *Théorie du code pénal. Troisième édition, revue et mise en rapport avec la législation et la jurisprudence*, Parijs, Cosse, 1852, 359-360. Hetzelfde voorbeeld wordt door NYPELS opnieuw aangehaald in de heruitgave naar Belgisch recht, zie A. CHAUVEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...] par J. S. G. Nypels*, Brussel, Bruylant-Christophe et compagnie, 1859, 203 en komt ook voor bij ROGRON: J.-A. ROGRON, *Code pénal expliqué par ses motifs et par des exemples, avec la solution, sous chaque article, des difficultés ainsi que des principales questions que présentent le texte, et la définition de tous les termes de droit*, Brussel, H. Tarlier, 1832, 3-5 en bij ROSSI: P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Brussel, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie., 1843, 293. Zij komen allebei tot de conclusie dat het om voorbereidingshandelingen gaat en een veroordeling voor poging tot misdaad ongepast zou zijn. Dat relateert meteen de tegenstelling tussen beide auteurs (hoofdstuk 3): waar ROGRON algemeenheid als criterium nam om voorbereidingshandelingen en handelingen die een begin van uitvoering uitmaken, te onderscheiden, vertrok ROSSI vanuit het individueel karakter van de handelingen. Zonder het expliciet te zeggen, ziet ook ROSSI hier echter de algemeenheid van voorbereidingshandelingen als criterium om ze te onderscheiden van daden die een begin van uitvoering uitmaken: de inbreker hoeft niet noodzakelijk een dief te zijn. “*Il s’agissait d’employer les mêmes moyens pour enlever une femme, pour arrêter illégalement un homme.*” (P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Brussel, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie., 1843, 293) Dat een poging tot misdaad hier uitgesloten is, hoeft overigens geen straffeloosheid te impliceren: een veroordeling voor inbraak blijft steeds mogelijk. Zie in die zin E. PICARD, N. D’HOFFSCHMIDT, J. DE LE COURT *et al.*, *Pandectes belges. Inventaire général du droit belge à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle*, deel 106, Brussel, Ferdinand Larcier, 1913, 470.

<sup>150</sup> J.-A. ROGRON, *Code pénal expliqué par ses motifs et par des exemples, avec la solution, sous chaque article, des difficultés ainsi que des principales questions que présentent le texte, et la définition de tous les termes de droit*, Brussel, H. Tarlier, 1832, 3-5.

<sup>151</sup> J. SIMON, *Handboek van het Belgisch strafrecht*, Brussel, Établissements Émile Bruylant, 1943, 101. Zie ook art. 461 Strafwetboek.

betrof een dief die op een balkon was geklommen en reeds ruiten had ingeslagen om in te breken, toen de bewoners van het huis thuiskwamen. Het hof van Beroep van Nancy sprak de dader van de inbraak vrij voor poging tot diefstal omdat het oordeelde dat er van een begin van uitvoering geen sprake was.<sup>152</sup> Haus verdedigt twintig jaar later een meer genuanceerde minderheidsstelling: als de inbraak een gevolg is van het voornemen om te stelen, vormt die inbraak een begin van uitvoering en moet zij als poging tot diefstal bestraft worden. De rechter kan kijken naar de omstandigheden waarin de inbraak plaatsvond om twijfels omtrent de intentie uit te sluiten.<sup>153</sup> Die minderheidsstelling lijkt terug te komen in volgende rechtszaak uit 1906. Iemand die een gat maakt in de muur van een winkel met de bedoeling om zo koopwaar te ontvreemden, wordt schuldig bevonden aan een poging tot diefstal.<sup>154</sup> De intentie wint aan belang en zal bij de subjectieve invulling van het begin van uitvoering centraal staan.

(ii) Conform de subjectieve pogingsleer is er inderdaad sprake van een begin van uitvoering zodra de intentie van de dader niet langer betwijfeld kan worden (ook al zou de objectieve pogingsleer op dat moment nog spreken over voorbereidingshandelingen). Dat wordt kernachtig verwoord door volgend Cassatiearrest: *“Het begin van uitvoering staat in noodzakelijk verband met het misdadig opzet van de dader en kan slechts worden verklaard uit diens wil om een welbepaald misdrijf te plegen dat rechtsreeks en onmiddellijk wordt beoogd door de gestelde daden; een daad die geen enkele twijfel laat bestaan over de bedoeling van eiser kan dus het begin van uitvoering uitmaken dat de strafbare poging kenmerkt.”*<sup>155</sup> In tegenstelling tot wat de objectieve pogingsleer stelt, moet de dader van een poging tot misdaad dus niet beginnen met de uitvoering van de constitutieve bestanddelen van het

---

<sup>152</sup> Cass. Fr. 4 oktober 1827 in A. CHAUVEAU en F. HELIE, *Théorie du code pénal. Troisième édition, revue et mise en rapport avec la législation et la jurisprudence*, Parijs, Cosse, 1852, 360 en A. CHAUVEAU, F. HELIE en J. S. G. NYPELS, *Théorie du code pénal par AD. Chauveau et F. Hélie. Édition augmentée en Belgique [...] par J. S. G. Nypels*, Brussel, Bruylant-Christophe et compagnie, 1859, 203.

<sup>153</sup> J. J. HAUS, *principes généraux du droit pénal belge*, I, Gent, AD. Hoste, 1879, 339-340.

<sup>154</sup> Cass. Fr. 10 augustus 1906 in E. PICARD, N. D'HOFFSCHMIDT, J. DE LE COURT *et al.*, *Pandectes belges. Inventaire général du droit belge à la fin du XIXème siècle*, deel 106, Brussel, Ferdinand Larcier, 1913, 473.

<sup>155</sup> Cass. 3 november 2004, *Arr. Cass.* 2004, 1744-1747. Opvallend genoeg verwijst het Hof naar eerder vermeldde minderheidsopinie van HAUS, hoewel HAUS de objectieve pogingsleer volgt (en bijvoorbeeld lichtere strafmaten verdedigt). Dat HAUS in zijn eerder vermeldde minderheidsopinie inderdaad meer belang lijkt te hechten aan de intentie dan zijn (al te objectieve?) tijdgenoten, maakt hem tot een interessant precedent. Het is evenwel belangrijk op te merken dat alle auteurs die over de poging schrijven belang hechten aan de intentie: de pogingsleer wil immers de poging tot misdaad bestrijden – een gevaar dat zich niet laat vatten door de strafbaarstelling op basis van constitutieve bestanddelen – en bij gebrek aan resultaat (de misdaad is immers niet voltooid) moeten de intenties daarbij wel centraal staan. Objectieve en subjectieve pogingsleer verschillen dus niet in hun aandacht voor de intentie van de dader als grondslag voor strafbaarheid, maar wel in de manier waarop ze deze intentie vaststellen. Deze essentiële nuance komt verder aan bod in de conclusie.

misdrijf zelf. Het volstaat dat hij zijn voorbereiding in de praktijk brengt.<sup>156</sup> Mocht de nachtelijke inbreker uit de vorige alinea opnieuw toeslaan, hij zou naar een subjectief ingevuld ‘begin van uitvoering’ veroordeeld worden voor een poging tot diefstal (met inbraak): niet alleen bestaat over zijn intenties weinig twijfel,<sup>157</sup> ook wordt de voorbereiding in de praktijk gebracht: de dief wendt zijn middelen (een ladder) aan om in te breken.<sup>158</sup>

**48. TUSSENPERSONEN IN DE POGINGSLEER** – Een bijzonder probleem stelt zich wanneer een tussenpersoon de misdaad uitvoert tegen betaling. Bij het bespreken van de pogingsleer is in het bijzonder de situatie relevant waarbij een opdrachtgever een tussenpersoon inschakelt zonder dat de misdaad wordt gepleegd. Waar situeert zich dan het begin van uitvoering dat met strafbaarheid gepaard gaat? Gunzburg haalt enkele voorbeelden aan. Een vrouw die haar schoonzus de zorg over haar kind toevertrouwdde en een vergif meegaf onder het voorwendsel dat het om een medicijn ging, mislukte in haar opzet toen de schoonzus de geur van het medicijn wantrouwdde en een apotheker liet vaststellen dat het om vergif ging. De vrouw werd door het Hof van Beroep van Lyon in 1874 schuldig bevonden aan poging tot vergiftiging en het Hof van Cassatie bevestigde dit.<sup>159</sup> Opmerkelijk is het onderscheid met een niet-poging tot vergiftiging uit 1937. De man die zijn vijand wil vergiften en daartoe vergif geeft aan een tussenpersoon die hem vervolgens aangeeft, wordt niet schuldig bevonden aan een poging tot moord bij gebrek aan uitvoeringshandelingen – ook al bleek zijn intentie uit die ene voorbereidingshandeling.<sup>160</sup> Het eerste geval wordt strafbaar geacht omdat de handeling zich in een ander stadium langs de *iter criminis* bevindt: de afstand tussen voornemen en voltooiing is kleiner. Het vergif werd immers meegegeven met de schoonzus in plaats van met een (kwaadwillige) tussenpersoon en bovendien vertelde de dader erbij dat het om een medicijn ging. Het tweede geval toont volgens Gunzburg aan dat de objectieve leer tekortschiet omdat zij met intenties geen rekening houdt. Dat blijft echter zo tot op vandaag: in 2009 oordeelde het Hof dat de opdrachtgever van een betaalde maar niet uitgevoerde misdaad niet vervolgd kan worden voor poging

<sup>156</sup> Cass. 3 november 2004, *Arr. Cass.* 2004, 1744-1747 en Cass. 24 maart 2010, *Arr. Cass.* 2010, 897-900.

<sup>157</sup> Zie het Franse Hof van Cassatie in 1825: “*Quelque erronée puisse être l’opinion de la cour de Bordeaux*”. Het Hof van Bordeaux, dat het voornemen tot diefstal van de inbreker ontkende, kon op weinig begrip rekenen.

<sup>158</sup> Zie in die zin Cass. 24 maart 2010, *Arr. Cass.* 2010, 897-900: “*Uit de omstandigheid dat één van de verdachten 's nachts in het landgoed is binnengedrongen, in de buurt waarvan inbrekersmaterieel was afgezet, kan de rechter naar recht afleiden dat een materiële daad werd gesteld die rechtstreeks en onmiddellijk tot het plegen van een welbepaald misdrijf leidt*”

<sup>159</sup> Lyon, 17 december 1874 en Cass. Fr. 2 juli 1886 in N. GUNZBURG, *La trajectoire du crime. Études sur le nouveau code pénal du Brésil*, Rio de Janeiro, Livraria Jacintho, 1941, 8 en 32-33.

<sup>160</sup> Piauhy, 18 maart 1937 in N. GUNZBURG, *La trajectoire du crime. Études sur le nouveau code pénal du Brésil*, Rio de Janeiro, Livraria Jacintho, 1941, 8 en 29-30.

tot misdaad omdat er enkel sprake is van voorbereidingshandelingen en niet van een begin van uitvoering.<sup>161</sup>

Gelijkaardig aan de poging tot misdaad na beroep op een tussenpersoon, is de poging tot omkoping met behulp van derden. Een persoon maakt een tussenpersoon een bedrag over met de bedoeling dat deze tussenpersoon het bedrag overmaakt aan een magistraat, om hem om te kopen. De derde maakt het bedrag echter niet over maar doet in plaats daarvan aangifte. Het Hof van Cassatie stelde een begin van uitvoering vast en bevestigde de veroordeling voor poging tot omkoping.<sup>162</sup> Hoe kan deze uitspraak verzoend worden met de algemene regel uit de vorige paragraaf, namelijk dat een opdracht zonder uitvoering een loutere voorbereidingshandeling vormt? Het antwoord schuilt in de bijzondere omschrijving van omkoping. De wet spreekt namelijk van het rechtsreeks of door tussenpersonen voorstellen van een aanbod.<sup>163</sup>

**49. VERDERE INVULLING AAN DE HAND VAN DIVERSE VOORBEELDEN** – Vanhoudt geeft voorbeelden volgens de objectieve pogingsleer. Een zakkenroller die alvorens te stelen een binnenzak aftast langs de buitenkant van de jas van zijn slachtoffer, stelt voorbereidende handelingen; steekt hij zijn hand ook effectief in de zak, dan is er sprake van een begin van uitvoering.<sup>164</sup> Goudstukken transporteren naar de grens is geen begin van uitvoering van een poging tot onwettige invoer zolang de transporteurs geen handelingen stellen om het goud ook effectief over de grens te krijgen.<sup>165</sup> Een begin van uitvoering

---

<sup>161</sup> Cass. 14 januari 2009, *Arr. Cass.* 2009, 128-129: “*Het enkele feit van een derde de opdracht te geven tot het plegen van een misdaad of een wanbedrijf, door hem met het oog daarop een geldbedrag te overhandigen, zonder dat die derde heeft gehandeld, is geen begin van uitvoering van die misdaad of van dat wanbedrijf, maar een voorbereidende handeling van het misdrijf.*” Deze stelling dateert van na het arrest van 3 november 2004 waarin het Hof de subjectieve invulling van het begrip ‘begin van uitvoering’ huldigde en sluit dus zonder twijfel aan bij de subjectieve pogingsleer, maar past eveneens in de objectieve pogingsleer, omdat het overeenkomt met bovenstaand arrest uit 1937. Dat arrest werd door GUNZBURG expliciet ingedeeld bij de objectieve pogingsleer. Zo groeit het vermoeden dat beide stromingen binnen de pogingsleer gelijklopen wat betreft de benadering van de derde-tussenpersoon.

<sup>162</sup> Cass. 30 september 1946, *Arr. Cass.* 1946, 311-312: Het Hof vermeldt dat “*de poging tot omkoping zowel als de omkoping zelve kan geschieden bij middel van een tussenpersoon*” en dat “*de omstandigheid dat de tussenpersoon in zake de geldaanbieding niet heeft willen overmaken aan de magistraat en de feiten onmiddellijk kenbaar maakte niet medesleept dat het hier in rechte gaat, in hoofde van de verdachte, om een poging van een wanbedrijf.*” Zie ook C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, Gent, E. Story-Scientia, 1968, 374.

<sup>163</sup> Art. 246, § 2 Strafwetboek. Omkoping wordt vandaag overigens bestraft met gevangenisstraffen en is dus een wanbedrijf, maar dat doet niet af aan de relevantie van het arrest ter zake; het arrest verwijst naar oud art. 252 Strafwetboek, dat de poging tot omkoping apart strafbaar stelt.

<sup>164</sup> C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, Gent, E. Story-Scientia, 1968, 371 en 374.

<sup>165</sup> Chambéry 27 november 1947 in C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, Gent, E. Story-Scientia, 1968, 372. Voorbeelden van voorbereidingshandelingen zijn volgens VANHOUDT overigens minder talrijk dan voorbeelden van uitvoeringshandelingen. Hij noemt twee redenen. Ten eerste dreigt voor voorbereidingshandelingen seponering nog voor ze voor de

deed zich wel voor in volgende situatie. Een man rijdt 's nachts met gedoofde lichten en plaatst zijn wagen vlak naast een vrachtwagen met volle benzinetank. Hij wordt betrapt met zijn koffer open en in die koffer lag een darm. Dat maakt een poging tot diefstal uit, ook al waren de stopsels van de benzinereservoirs van auto en vrachtwagen nog gesloten en was de darm nog niet aangebracht.<sup>166</sup>

Een subjectieve benadering vinden we terug bij de correctionele rechtbank van Mechelen. Het maken van een molotovcocktail voorzien van een lont vormt een begin van uitvoering van een poging tot brandstichting, ook al werd de lont nog niet ontstoken.<sup>167</sup> Ook duidelijk subjectief is de veroordeling van drugssmokkelaars die niet wisten dat hun vermeende drugs uit onschadelijk wit poeder bestonden. Het Hof van Beroep van Brussel oordeelde: “*De beklaagde die een wit poeder poogt uit te voeren waarvan hij overtuigd is dat het verdovende middelen betreft, maakt zich schuldig aan strafbare poging [...]. Het geheel van de feitelijke omstandigheden [is] van die aard om zekerheid te verschaffen over het bestaan van deze innerlijke overtuiging.*”<sup>168</sup>

## 6.2. VRIJWILLIGE TERUGTRED

**50. VRIJWILLIG EN ONVRIJWILLIG GESTAAKTE POGING** – Rogron geeft volgend voorbeeld van een vrijwillig gestaakte poging: iemand vergiftigt andermans voedsel met de bedoeling hem te doden, maar bedenkt zich en slaat zijn slachtoffer het voedsel uit de handen voor hij ervan kan eten. Een niet-vrijwillig gestaakte poging doet zich dan voor wanneer een dader andermans voedsel vergiftigt maar deze er niet van kan eten door toedoen van een derde.<sup>169</sup> Het belang van het onderscheid is groot: onvrijwillige staking is een constitutief bestanddeel van de poging en dus een voorwaarde voor strafbaarheid.<sup>170</sup> Vrijwillige staking leidt daarentegen tot straffeloosheid (wat overigens ingegeven is door opportunitaire redenen: de wetgever motiveert de dader om zijn poging te staken).<sup>171</sup>

---

rechtbank komen en daarnaast ligt het in hun aard dat ze vaak onbekend blijven omdat ze niet verder uitgevoerd worden. De dader kan bijvoorbeeld tijdig tot inkeer komen.

<sup>166</sup> Mil. Ger. 14 september 1966, *Rev. dr. pén.* 1967, 600.

<sup>167</sup> Corr. Mechelen 23 december 2005, *T. Strafr.* 2006, 155-157: “deze daad is immers niet voor een andere interpretatie vatbaar en laat geen enkele twijfel bestaan over het voornemen of de bedoeling om brandstichting te plegen.”

<sup>168</sup> Brussel 15 maart 2006, *T. Strafr.* 2006, 268. In dezelfde lijn ligt Antwerpen 18 december 2003, *NJW* 2004, 698.

<sup>169</sup> J.-A. ROGRON, *Code pénal expliqué par ses motifs et par des exemples, avec la solution, sous chaque article, des difficultés ainsi que des principales questions que présentent le texte, et la définition de tous les termes de droit*, Brussel, H. Tarlier, 1832, 3-5.

<sup>170</sup> Art 2 Strafwetboek 1810 en Art. 51 Strafwetboek 1867.

<sup>171</sup> Het gaat om een algemeen aanvaardde stelling. Zie onder andere C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, Gent, E. Story-Scientia, 1968, 379. VANHOUDT en CALEWAERT spreken van “strafrechtspolitieke redenen.” Zie ook C. VAN DEN WYNGAERT en S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, I, Antwerpen, Maklu, 2014, 357. Hier



51. SOEVEREINITEIT VAN DE FEITENRECHTER – Net zoals bij het vaststellen van het bestaan van een begin van uitvoering, geniet de feitenrechter soevereiniteit bij het vaststellen van vrijwillige terugtred.<sup>172</sup> De staking onafhankelijk van de wil van de dader, is een constitutief bestanddeel van de poging en moet dus expliciet vastgesteld worden door de feitenrechter. Er mag geen verwarring zijn over het al dan niet vrijwillige karakter van de staking.<sup>173</sup>

52. STRENGE INVULLING – De rechtspraak vult het begrip ‘vrijwillige terugtred’ in als ‘spontane terugtred’ en is dus streng. Zonder belang is evenwel het motief van de dader om zijn poging te staken, zolang het maar spontaan is.<sup>174</sup> Wordt niet als spontaan beschouwd: de dader die een einde maakt aan de uitwendige daden die een begin van uitvoering van de misdaad of wanbedrijf uitmaken ten gevolge van een externe gebeurtenis. Denk bijvoorbeeld aan de reactie van het slachtoffer, psychologische beïnvloeding of een verhoogd risico om betrapt te worden.<sup>175</sup> De volgende situatie was nog strenger. Een beklaagde had ingebroken in een voertuig met de bedoeling te stelen, maar vond na de wagen onderzocht te hebben niets van waarde. De appelrechters kunnen hieruit niet afleiden dat hij vrijwillig van zijn voornemen heeft afgezien.<sup>176</sup> Hetzelfde gold voor de dader die zijn moordpoging moest staken omdat hij de woning van zijn slachtoffer niet binnenraakte en de bewoners niet thuis waren. Hij werd veroordeeld voor poging tot moord.<sup>177</sup>

---

gaat het om “opportunitaire redenen.” *“Men wil de dader er tot op het laatste ogenblik toe aansporen van zijn misdadig plan af te zien.”*

<sup>172</sup> Het gaat wederom om een algemeen aanvaardde stelling. Zie onder andere C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, Gent, E. Story-Scientia, 1968, 379 en C. VAN DEN WYNGAERT en S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, I, Antwerpen, Maklu, 2014, 357. Het Hof van Cassatie vat het als volgt samen: *“De rechter stelt onaantastbaar vast of het begin van uitvoering wordt gestaakt door omstandigheden, onafhankelijk van de wil van de dader en het Hof gaat enkel na of de rechter uit zijn vaststellingen geen gevolgtrekkingen afleidt die daarmee geen verband houden of op grond daarvan niet kunnen worden aangenomen.”* Zie Cass. 11 juni 2013, *Arr. Cass.* 2013, 1457-1459.

<sup>173</sup> Cass. 24 april 1944, *Arr. Cass.* 1944, 149. Voor verdere toelichting, zie C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, Gent, E. Story-Scientia, 1968, 378 en 380. Eerder werd dit principe ook al vermeld door o. a. CHAUVEAU en HÉLIE, zie A. CHAUVEAU en F. HÉLIE, *Théorie du code pénal. Troisième édition, revue et mise en rapport avec la législation et la jurisprudence*, Parijs, Cosse, 1852, 363. In dezelfde lijn ligt een arrest van het Hof van Cassatie uit 2003: *“Het arrest is dubbelzinnig, wanneer het de dader van een poging tot doodslag veroordeelt en in het midden laat of deze alles heeft gedaan om het kwaad dat hij wilde toebrengen, te verzevenlijken, dan wel of hij vrijwillig ertoe bijgedragen heeft de voltrekking van de doodslag te verhinderen.”* Zie Cass. 29 juli 2003, *Arr. Cass.* 2003, 1555-1556.

<sup>174</sup> J. J. HAUS, *principes généraux du droit pénal belge*, I, Gent, AD. Hoste, 1879, 345; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, Gent, E. Story-Scientia, 1968, 379-380 en C. VAN DEN WYNGAERT en S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, I, Antwerpen, Maklu, 2014, 357-358.

<sup>175</sup> Cass. 11 juni 2013, *Arr. Cass.* 2013, 1457-1459; Antwerpen 19 juli 1985, *RW* 1985-86, 1430.

<sup>176</sup> Cass. 23 mei 2012, *Arr. Cass.* 2012, 1375-1377.

<sup>177</sup> Assisen 22 maart 2013, *NC* 2015, (140) 141, randnr. 4, noot J. ROZIE: *“Er is geen enkele twijfel dat de beschuldigde zijn moordplannen zou hebben uitgevoerd wanneer de bewoners wel aanwezig zouden zijn geweest en hem door zijn valse voorwendsels in de woning zouden hebben*

Van andere aard maar evenmin straffeloos, blijft de staking ingegeven door de overtuiging dat het misdrijf voltooid is en niet omdat de dader zijn voornemen niet meer aanhield.<sup>178</sup> Dit arrest sluit nauw aan bij het leerstuk over het mislukte misdrijf en stelt de intenties van de dader centraal bij het beoordelen van de vrijwillige terugtred.

## 7. CONCLUSIE

### 7.1. SAMENVATTING VAN HET ONDERZOEK

**53. DOEL VAN HET ONDERZOEK** – Dit werk beoogde te onderzoeken hoe de omschrijving en strafmaat van de poging tot misdaad geëvolueerd zijn sinds 1810 om zo te achterhalen hoe de pogingsleer in de Belgische gebieden een antwoord biedt op de incompatibiliteit van de poging tot misdaad en de strafbaarstelling op basis van constitutieve bestanddelen (het ‘pogingsprobleem’). Daartoe zijn 33 boeken en 37 rechtszaken bestudeerd, met bijzondere aandacht voor primaire bronnen.

Het eerste hoofdstuk bood een overzicht van de genealogie van de wetgeving inzake de poging tot misdaad. De wetgever biedt immers een eerste houvast bij het oplossen van het pogingsprobleem. De hoofdstukken twee tot vier gingen vervolgens dieper in op de doctrinale aspecten van de pogingsleer. Het tweede hoofdstuk introduceerde een *summa divisio* tussen de objectieve en subjectieve pogingsleer, het derde hoofdstuk besprak de omschrijving van de poging en het vierde de strafmaat. Het vijfde hoofdstuk ten slotte had bijzondere aandacht voor de bijdrage van de rechtspraak aan de ontwikkeling van de pogingsleer.

**54. GENEALOGIE VAN DE STRAFWETGEVING MET BETREKKING TOT DE POGING** – Na de opkomst van het pogingsbegrip in de middeleeuwen werd gedurende het oud-regime gewerkt met enerzijds omschrijving van een aantal pogingen tot zeer ernstige misdrijven, die als zelfstandig misdrijf strafbaar gesteld werden, en anderzijds de discretionaire bevoegdheid van rechters om niet-expliciet strafbaar gestelde pogingen te bestraffen naar eigen inzicht. Die werkwijze werd voor het laatst toegepast in het Strafwetboek van 1791, dat slechts twee pogingen expliciet strafbaar stelde. Toen de mogelijkheid om arbitrair recht te spreken inzake niet-strafbaar gestelde pogingen na de Franse Revolutie verdween, ontstond de dringende nood aan een alomvattende pogingsleer. Zo kwam de wet van 22 prairial IV tot stand. Gelijkaardig van opzet was artikel 2 van het Strafwetboek van 1810, dat toegepast werd tot aan de vervanging van het Strafwetboek van 1810 door het Strafwetboek van 1867. Artikel 51 van het Strafwetboek van 1867 handelt specifiek over de poging tot misdaad.

---

*toegelaten.*” ROZIE merkt in haar noot terecht op dat dit vergezocht lijkt: er was nooit enige confrontatie tussen dader en slachtoffer.

<sup>178</sup> Cass. 23 maart 1999, *Arr. Cass.* 1999, 415-416.

Tegenover deze twee wettelijke bepalingen staan vier hervormingspogingen uit 1828, 1834, 1985 en 2017. Zij vielen allen ten prooi aan politieke instabiliteit.

**55. OBJECTIEVE EN SUBJECTIEVE POGINGSLEER** – Het onderscheid tussen objectieve en subjectieve pogingsleer loopt als een rode draad doorheen alle aspecten van de pogingsleer. Zij huldigen elk een ander mensbeeld en koppelen daaraan rechtswetenschappelijke gevolgen. De objectieve pogingsleer beschouwt de *homo rationalis* als model en stelt het resultaat van de poging centraal. Volgens de subjectieve pogingsleer, met als model de *homo criminalis*, staat de intentie van de dader centraal als uiting van datgene waartoe externe en interne determinanten hem kunnen brengen. Chronologisch gezien komt de subjectieve pogingsleer na de objectieve, die voortspruit uit het Verlichtingsdenken. Hoewel de eerste subjectivistische ideeën teruggaan tot Rossi en Lombroso halverwege de negentiende eeuw, met een eerste hint van Filangieri in 1810, volgt de grote doorbraak pas een eeuw later. In 1985 staat de subjectieve pogingsleer voor het eerst in een wetsontwerp.

**56. OMSCHRIJVING VAN DE POGING** – Een eerste aspect van het pogingsprobleem is de omschrijving van de poging. De objectieve pogingsleer roept hiertoe de fictieve *iter criminis* in het leven, de weg tussen het misdadige voornemen en de voltooide misdaad. Het eerste stadium van de *iter criminis* is het loutere voornemen, dat niet objectief valt waar te nemen en dus ontsnapt aan de jurisdictie van de mens. De gedachten zijn vrij. Na de loutere gedachten komen dan handelingen die wel objectief waar te nemen vallen. Het gaat om voorbereidingshandelingen en handelingen die een begin van uitvoering vormen van de misdaad die men poogt te plegen. In 1810 begon de poging bij de voorbereidingshandelingen. Haus bekritiseerde dit en veranderde het in 1867. In beide gevallen is de poging tot misdaad pas strafbaar vanaf een begin van uitvoering. Die strafbaarheid is evenwel geen noodzakelijk gevolg van een begin van uitvoering: een dader kan eraan ontsnappen door zijn poging ‘vrijwillig’, dit is ‘spontaan’, te staken. Een bijzondere variant van de poging betreft het mislukte misdrijf. Lebeau stelde in 1834 als eerste voor om deze variant van de eigenlijke poging te onderscheiden. Haus bekritiseerde dat en stelde het mislukte misdrijf in 1867 gelijk met de eigenlijke poging.

De subjectieve leer uit kritiek op de complexe abstracte *iter criminis* en haar verschillende stadia. Alleen de intentie van de dader telt en vormt de basis voor omschrijving en strafbaarheid van de poging. Dat principe botst met de vrijheid van gedachten. In de wetsontwerpen van 1985 en 2017 gaat de vrijheid van gedachten voor op de subjectieve pogingsleer in haar meest radicale vorm en geldt het beoordelen van de intentie dus pas vanaf een uitwendig waarneembaar begin van uitvoering, dat evenwel wordt ingevuld met bijzondere aandacht voor de intentie van de dader.

Zo wordt tot vandaag gewerkt met drie constitutieve voorwaarden: een poging bestaat uit een misdadig voornemen, een begin van uitvoering en een niet-vrijwillige staking.

**57. BESTRAFFING VAN DE POGING** – De poging tot misdaad wordt in het wetboek van 1810 even zwaar bestraft als de voltooide misdaad. De verklaring hiervoor schuilt in de genealogie van het Strafwetboek van 1810, dat teruggaat op het Strafwetboek van 1791 en dat aldus strafmaten veralgemeent die waren bedoeld voor enkel de pogingen tot twee zeer zware misdaden. Ter verdediging van deze strafmaten geldt dat de afstand tussen misdadig voornemen en voltooid misdrijf voldoende gerespecteerd wordt door de gelijke strafmaten enkel toe te passen op pogingen gekenmerkt door een begin van uitvoering. Wanneer Haus in 1867 de poging beperkter definieert, valt dit argument weg en wordt de poging tot misdaad bestraft met de straf die direct lager dan de straf voor het voltooide misdrijf. Die keuze wordt verantwoord door verschillende argumenten, die niet allemaal stand houden. In het bijzonder het argument dat lichtere strafmaten de dader zouden motiveren om zich terug te trekken voor hij de misdaad voltooit, is voor discussie vatbaar.

De subjectieve pogingsleer vaart ook hier een andere koers. Gelet op de intentie van de dader, die aantoont hoe gevaarlijk de dader is, dringen gelijke strafmaten voor de poging tot misdaad en de voltooide misdaad zich op. Het al dan niet slagen van het misdrijf verandert immers niets aan de voornemens van de dader.

**58. RECHTSpraak TER INVULLING VAN DE POGINGSOMSCHRIJVING** – Waar de wetgever zwijgt, neemt de rechtspraak het woord. Inzake het invullen van de begrippen ‘voorbereidingshandeling’ en ‘begin van uitvoering’ en het onderscheid tussen deze begrippen, maar ook inzake het invullen van het begrip ‘vrijwillige terugtred’, is rechtspraak bepalend.

Een eerste belangrijke observatie daaromtrent betreft de soevereiniteit van de feitenrechter. De principiële onmacht van het Hof van Cassatie om in de beoordeling van feiten te treden, staat op gespannen voet met de motiveringsplicht van de feitenrechter. Vandaag geldt dat de feitenrechter de constitutieve bestanddelen van zowel de poging als de misdaad waartoe gepoogd werd, uitdrukkelijk dient in te vullen. Het Hof van Cassatie zal dan deze invulling controleren. De plicht van de feitenrechter om de constitutieve bestanddelen van de poging te beoordelen, brengt mee dat hij zich ook moet uitspreken over de (on-)vrijwilligheid van een eventuele terugtred. Vrijwillige terugtred is immers de keerzijde van het constitutieve bestanddeel ‘onvrijwillige staking’, met als inzet eventuele strafbaarheid.

## 7.2. SLOTOPMERKING

**59. GENEALOGIE VAN DE STRAFWETGEVING MET BETREKKING TOT DE POGING** – Twee wettelijke bepalingen staan tegenover drie wetsontwerpen (vier zelfs als men de hervormingspoging uit 1828 meetelt). Dat tekent de evolutie van de pogingsleer. De subjectieve pogingsleer domineert al meer dan een halve eeuw de rechtsleer maar vond nog geen weg naar het Strafwetboek. Nieuwe wetenschappelijke inzichten sijnepelen daarom noodgedwongen door via de rechtspraak (of komen tot uiting in aanvullende wetgeving, zie de aanzet tot verder onderzoek hieronder). Dat de subjectieve pogingsleer en de rol ervan bij het invullen van de het begrip ‘begin van uitvoering’ ontwikkeld werden via de rechtspraak, komt de rechtszekerheid niet ten goede. Vonnissen en arresten gelden immers enkel *inter partes* en rusten bovendien op losse fundamente: het Hof van Cassatie kan elk moment besluiten een andere koers te varen en kan zichzelf daarbij zelfs tegenspreken. Bovendien is het uitdrukkelijk niet de taak van de rechtspraak om zich in te laten met wetgeving. De scheiding der machten indachtig en uit angst voor een *gouvernement des juges*, is uitsluitend de wetgever daartoe bevoegd.

**60. OBJECTIEVE EN SUBJECTIEVE POGINGSLEER** – De ontwikkeling van de pogingsleer wordt getekend door een *summa divisio* tussen de objectieve en de subjectieve pogingsleer. Inzake de pogingsomschrijving is het evenwel van groot belang deze zwartwitbenadering te relativieren. Zowel de objectieve als de subjectieve pogingsleer dienen immers hetzelfde doel. Beiden willen aan het probleem van de incompatibiliteit van poging en strafbaarstelling op basis van constitutieve bestanddelen verhelpen door ook de dader van een poging tot misdaad te identificeren en te bestraffen. Beide erkennen dus het gevaar dat uitgaat van de dader van een poging. In plaats van te stellen dat de objectieve pogingsleer het resultaat centraal stelt en de subjectieve pogingsleer de dader, is het daarom juist te stellen dat beiden het pogingsprobleem centraal stellen. Dat wil zeggen: centraal staat het onrecht dat uitgaat van een daad en een dader die straffeloos zijn bij gebrek aan misdaad, maar die toch een gevaar vormen. Daarbij kan men niet voorbij aan de intenties van de dader. Slechte intenties vereisen repressie, goede intenties rechtvaardiging. De wil om zonder twijfel vast te stellen of en tot welk misdrijf een dader poogde te komen, wordt gedeeld door beide pogingstheorieën.<sup>179</sup>

---

<sup>179</sup> Dat verklaart bijvoorbeeld ook waarom er zelfs naar de objectieve pogingsleer geen sprake kan zijn van een onvrijwillige poging. De intentie van de dader is altijd van belang. Zie in die zin DE LE COURT, J., D'HOFFSCHMIDT, N., PICARD, E. *et al.*, *Pandectes belges. Inventaire général du droit belge à la fin du XIXème siècle*, deel 106, Brussel, Ferdinand Larcier, 1913, 469. Ook art. 51 Strafwetboek suggereert dat de poging valt te relativieren: het voornemen om een misdaad te plegen moet zich openbaren door uitwendige daden die een begin van uitvoering uitmaken. Het subjectieve voornemen staat schouder aan schouder met objectieve uitwendige daden. Afhankelijk van de pogingsleer die men volgt, zal men meer nadruk leggen op het subjectieve dan wel het objectieve. Zo schrijven VANHOUDT en CALEWAERT over het misdadig voornemen: “*Wij hechten veel belang aan deze overweging. Wij menen zelfs dat, indien de behandelde stof soms de indruk*

Het verschil tussen de objectieve en subjectieve leer (inzake pogingsomschrijving) schuilt vooral in de manier waarop het pogingsprobleem benaderd wordt: de objectieve pogingsleer zal de wil van de dader objectief vaststellen en wil uiterlijke aanknopingspunten die elke twijfel uitsluiten. De subjectieve leer daarentegen zal de wil van de dader louter afleiden uit zijn intenties en stelt als enige voorwaarde dat deze boven elke twijfel verheven moeten zijn, evenwel zonder dat dit moet gebeuren aan de hand van rigide uiterlijke aanknopingspunten.

**61. OPPORTUNE STRAFMATEN?** – In het Belgische strafrecht bestaat een lange traditie van ‘oneigenlijke straftoemeting’. Door al dan niet verzachtende omstandigheden aan te nemen en doordat de wet steeds een maximum- en minimumstraf bepaalt, hebben rechters in de praktijk voldoende ruimte om gepast te straffen. Daarom stelt zich de vraag hoe groot het belang is van het lichter dan wel gelijk bestraffen van de poging tot misdaad ten opzichte van de voltooide misdaad. In dat opzicht is het interessant om vast te stellen dat elke oproep tot gelijke strafmaten voor poging en voltooid misdrijf samenviel met een periode waarin het strafrecht door de publieke opinie als onvoldoende performant werd ervaren.<sup>180</sup> De gelijke strafmaten vooropgesteld door de subjectieve pogingsleer maken het in theorie inderdaad mogelijk een groter aantal pogingen strenger te straffen. Is dat nodig? Dit werk wil daaromtrent geen standpunt innemen, maar wijst op de correlatie tussen publieke opinie en strafwetgeving.

### 7.3. AANZET TOT VERDER ONDERZOEK

**62. BEPERKINGEN EIGEN AAN DE ONDERZOEKSVRAAG** – Dit werk is onderhevig aan een aantal beperkingen die opgesomd staan in de inleiding. Verder onderzoek naar het pogingsbegrip en de toepassing ervan in de rechtspraak uit het oud-regime ligt voor de hand. Hetzelfde geldt voor een rechtsvergelijkend onderzoek dat de ons omringende rechtssystemen betreft. De voltooide pogingsvormen en hun evolutie zijn een apart onderzoek waard. Het zou eveneens interessant zijn om na te gaan wat Rozie en Vandermeersch ertoe bracht voor te stellen om de klassieke regeling inzake wanbedrijven om te keren. Vooralsnog is een poging tot wanbedrijf niet strafbaar, tenzij de

---

*geeft verward te zijn, zulks vooral voortvloeit uit het feit dat niet voldoende belang aan het moreel bestanddeel wordt gehecht.*” Zie C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, Gent, E. Story-Scientia, 1968, 364.

<sup>180</sup> In 1985 was de publieke opinie in de ban van communistisch terrorisme. De CCC pleegde in België aanslagen in 1984 en 1985. De Rode Brigades in Italië ontvoerden en vermoordden in 1978 voormalig Italiaans eerste minister Aldo Moro en bleven actief tot in de jaren '80. De RAF in Duitsland werd opgericht in 1970 en meldde in 1998 dat ze zichzelf had opgeheven. Vandaag heeft de publieke opinie bijzondere aandacht voor moslimterrorisme. Ook over de grens, bijvoorbeeld in nazi-Duitsland, ging de hervorming van het Strafrecht naar een meer performant model gepaard met de introductie van de subjectieve pogingsleer. Zie in die zin C.J. VANHOUDT, *Progressieve en regressieve evolutie in het strafrecht onder invloed der dictatuur*, Antwerpen, De Sikkels, 1940.

wetgever uitdrukkelijk anders bepaalt. Welke redenering ligt aan de basis van het voorstel om de poging tot wanbedrijven in de regel wel strafbaar te stellen?

**63. RECHTSPRAAK INZAKE STRAFMATEN** – Het vijfde hoofdstuk van dit werk bespreekt de bijdrage van de rechtspraak aan de ontwikkeling van de pogingsleer. Het gaat daarbij om de invulling door de rechtspraak van bepaalde begrippen eigen aan de pogingsomschrijving. Wie op zoek gaat naar rechtspraak in verband met de strafbare poging, zal echter ook verschillende vonnissen en arresten tegenkomen over de correcte strafmaat. De wettelijke bepaling ter zake (art. 52 Strafwetboek) brengt de objectieve leer omtrent lagere strafmaten in de praktijk en verwijst daarbij naar artikelen 80 en 81 van het Strafwetboek. De concrete toepassing van die artikelen is niet altijd vanzelfsprekend en leidt tot vraagstukken die uiteindelijk voor het Hof van Cassatie komen. Dit werk schenkt geen aandacht aan die rechtspraak omdat zij niet bijdraagt aan de rechtswetenschap achter de pogingsleer en deze ook niet inhoudelijk aanvult zoals rechtspraak omtrent de pogingsomschrijving dat wel doet. Een studie naar deze rechtspraak zou echter zonder twijfel tot een beter begrip leiden van de complexe oefening genaamd straftoemeting.

**64. BIJZONDERE STRAFWETTEN** – Het Strafwetboek omvat meer en is meer rigide dan een wet met een meer beperkte inhoud en toepassingsgebied. Dergelijke wetten vinden dan ook sneller hun weg naar de werkelijkheid dan hervormingspogingen van het Strafwetboek. Daarom zou het interessant zijn om een aantal bijzondere wetten te onderzoeken en te bekijken op welke manier zij getekend worden door de rechtswetenschap die ook de poging beheerst. In het bijzonder de erg actuele anti-terroriswetgeving, die ertoe strekt terrorisme zo efficiënt mogelijk te bestrijden, belooft een viering van het subjectivisme in het strafrecht te onthullen.