

Duidelijkheid over poging tot uitlokking

Als iemand wordt ingehuurd en betaald om een moord te plegen, maar de ‘inhuurder’ bedenkt zich en probeert het betaalde geld terug te krijgen, is de strafbare uitlokkingspoging dan al voltooid? Of is nog – tot straffeloosheid leidende – vrijwillig terugtreden mogelijk? Onlangs hakte de Hoge Raad deze en een paar andere knopen door.

mr. H.D. Wolswijk
universitair docent strafrecht RUG

In HR 5 december 2000 (*NJ* 2001, 139) ging het om een poging tot uitlokking van een dubbele moord. De verdachte heeft Van R. verteld dat W. en Van A. betrokken zijn geweest bij seksueel misbruik van zijn dochter. Hij vraagt Van R. of hij iemand weet die W. en Van A. zouden kunnen vermoorden en hij stelt hem hiervoor *f* 25.000 in het vooruitzicht. Hij geeft hem *f* 2.500 voor de aanschaf van een wapen alsmede de *f* 25.000. Van R. onderneemt echter niets.

De verdachte doet voor de rechter een beroep op vrijwillig terugtreden: hij heeft geprobeerd de *f* 25.000 terug te krijgen. Zoals hierna zal blijken, beoordeelde het Hof Den Bosch dit verweer anders dan de Hoge Raad.

Trachten en pogen

Art. 46a Sr is in 1994 ingevoerd, tegelijk met de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen (art. 46 Sr). Het stelt de poging tot uitlokking strafbaar als *onvolkomen delictsvorm* (zoals ook de gewone

poging en de voorbereiding dat zijn). Art. 46a Sr is de opvolger van art. 134bis (oud) Sr, waarin de poging tot uitlokking een *zelfstandig delict* was: ‘Hij die (...) een ander tracht te bewegen om een misdrijf te begaan, wordt, indien het misdrijf of een strafbare poging daartoe niet is gevolgd, gestraft met ...’ De wetgever heeft niet bedoeld enige inhoudelijke wijziging ten opzichte van art. 134bis (oud) Sr aan te brengen.¹

Maar zo simpel is de zaak toch niet. Dat bleek reeds in 1996² toen de Hoge Raad zich moest uitspreken over het klachtver-eiste in verband met het nieuwe artikel. Was voordien de poging tot uitlokking tot een klachtdelict ook zonder klacht vervolgbaar omdat voor de poging tot uitlokking zelf (art. 134 bis oud) nu eenmaal geen klachtvereiste gold, met de invoering van de in het nieuwe art. 46a Sr vervatte *onvolkomen delictsvorm* moet worden gekeken naar het grondfeit (het feit waartoe gepogd wordt uit te lokken). Indien dit grondfeit slechts na klacht vervolgbaar is, dan geldt dit ook voor de poging tot uitlokking hiervan.

In de zaak die de aanleiding was voor deze beschouwing verschaft de Hoge Raad duidelijkheid omtrent een paar andere kwesties. Ten eerste het *bereik* van art. 46a Sr. Van poging een ander uit te lokken is geen sprake indien de ander het heeft gebracht tot een strafbaar (grond)feit, in de vorm van een voltooid misdrijf of een poging daartoe; dat is ‘gewone’ uitlokking ex art. 47 Sr. Welke situaties vallen er wél onder?

Poging tot uitlokking

Poging tot uitlokking is strafbaar gesteld in art. 46a Sr: de ‘poging om een ander door een der in art. 47, eerste lid onder 2^e, vermelde middelen te bewegen om een misdrijf te begaan’.

Vrijwillig terugtreden

Art. 46b Sr bepaalt dat er geen poging bestaat ‘indien het misdrijf niet is voltooid tengevolge van omstandigheden van de wil van de dader afhankelijk’

Onder art. 134bis (oud) Sr viel zowel de mislukte uitlokking als de zonder gevolg gebleven uitlokking. 'Mislukte uitlokking' het is in het geheel niet gelukt de ander te bewegen. De 'zonder gevolg gebleven uitlokking' de ander is wel bewogen – de uitlokking is in zoverre dus gelukt – maar deze komt niet tot een strafbaar begin van uitvoering van het misdrijf waartoe is bewogen. Om art. 134bis (oud) Sr beide vormen te laten bestrijken moest het 'trachten een ander te bewegen' in deze bepaling wel ruim worden uitgelegd. Deze uitdrukking lijkt immers alleen op de mislukte uitlokking te wijzen, hoewel de zonder gevolg gebleven uitlokking natuurlijk niet minder strafwaardig is; er is juist meer gebeurd. Het nieuwe art. 46a Sr stelt echter 'poging om een ander te bewegen' strafbaar en de vraag is of die formulering ook zo'n ruime uitleg toelaat.

Anders dan 'trachten', heeft 'poging (te bewegen)' een technisch-juridische betekenis: het duidt op een *onvoltooid* delict, zoals ook de gewone poging ex art. 45 Sr dat is. Het onvoltooid delict bestaat niet meer – het vervalt – als het delict voltooid is. Dat zou hier betekenen dat er geen 'poging te bewegen' meer is op het moment dat de ander is bewogen. Dan zou de zonder gevolg gebleven uitlokking dus niet onder art. 46a Sr vallen – en ook niet onder art. 47 Sr – en daarmee straffeloos zijn.³ De Hoge Raad blijkt echter opnieuw bereid de wet ruim te interpreteren (rov. 4.5). Uitdrukkelijk wordt gesteld dat art. 46a Sr ook ziet ook op de situatie dat 'de ander *daadwerkelijk is bewogen*' – d.i. de zonder gevolg gebleven uitlokking. Art. 46a Sr heeft op dit punt dus toch dezelfde reikwijdte als art. 134bis (oud) Sr.

In diezelfde overweging wordt ook een andere kwestie beslist waarover onduidelijkheid bestond als gevolg van de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen. Want als 46a Sr wél betrekking heeft op het geval dat de ander bewogen is, hoe zit het dan indien die ander het nog niet tot een poging maar wel tot strafbare voorbereiding heeft gebracht? Valt dit nog steeds onder de poging tot uitlokking of is er dan gewone uitlokking (art. 47 Sr)? Nu de Hoge Raad



overweegt dat 'het in art. 46a Sr gaat om gedragingen die er niet toe leiden dat het tot een *begin van uitvoering* komt van het misdrijf waarop die gedragingen waren gericht', moet worden aangenomen dat art. 46a Sr in zo'n geval nog toepasselijk is (en niet al art. 47 Sr).

in een verder gevorderd stadium, namelijk door het bij de ander ontstane plan weer uit diens hoofd te praten, of – nog later – door ervoor te zorgen dat de ander het niet tot een strafbaar begin van uitvoering brengt. Volgens het nieuwe art. 46b Sr is er geen poging 'indien het misdrijf niet is voltooid

Ook als de ander daadwerkelijk is bewogen kan er sprake zijn van poging tot uitlokking

Vrijwillige terugtred

De *vrijwillige terugtred* was de eigenlijke aanleiding tot het arrest. Hoewel art. 134bis (oud) Sr als zelfstandig delict strafbaar was gesteld, gold voor dit delict niet de vrijwillige terugtred-regeling ex art. 45 (oud) Sr. Het kende in het tweede lid een aparte regeling: 'Deze bepaling is op hem niet van toepassing, indien het misdrijf of een strafbare poging daartoe niet is gevolgd ten gevolge van omstandigheden van zijn wil afhankelijk.' De dader moest er dus voor zorgen dat het misdrijf of de strafbare poging waartoe hij de ander heeft getracht te bewegen, niet volgt. Dat kon hij doen door toch nog te voorkomen dat de ander wordt bewogen (er dus geen intentie om een misdrijf te gaan ontstaat), maar ook

ten gevolge van omstandigheden van de wil van de dader afhankelijk.' Maar wat is bij art. 46a Sr het misdrijf dat niet voltooid moet zijn?

Volgens het hof in de onderhavige zaak was de omstandigheid dat de verdachte het geld terug probeerde te krijgen irrelevant, omdat 'het ten laste gelegde misdrijf van art. 46a jo. art. 289 Sr (...) in ieder geval [was] voltooid op het moment dat verdachte Van R. het geldbedrag van f 25.000 had overgedragen.' Het misdrijf dat niet voltooid moet zijn, is volgens het hof dus het misdrijf van art. 46a jo. art. 289 Sr, met andere woorden het pogen te bewegen (tot moord). Dát misdrijf is inderdaad, zoals het hof stelt, al voltooid want de verdachte heeft gepoogd te bewegen (door het geven

van het geldbedrag); en dus is vrijwillig terugtreden bij dat misdrijf niet meer mogelijk. Eigenlijk past het hof de vrijwillige terugtred toe op de poging tot uitlokking als ware dit een zelfstandig misdrijf en niet een onvolkomen delictsvorm. Dat is des te opmerkelijker omdat dit zelfs bij art. 134bis (oud) Sr, dat wél als zelfstandig misdrijf strafbaar was gesteld, niet gebeurde, zo bleek hiervoor.

De opvatting van het hof leidt er in ieder geval toe dat de mogelijkheden voor vrijwillig terugtreden veel beperkter zijn dan onder de oude regeling. Er is eigenlijk nauwelijks ruimte meer. Het vrijwillig

geen betrekking op de poging tot uitlokking, maar op 'het misdrijf waarop de gedragingen van de verdachte waren gericht', in casu de uitlokking van de moord dus. Het is de uitlokking van het misdrijf die – ten gevolge van omstandigheden van de wil van de 'poging' afhankelijk – niet voltooid moet zijn; en de uitlokking van het misdrijf is niet voltooid zolang het misdrijf, of de poging tot het misdrijf, waartoe is uitgelokt nog niet tot stand is gebracht. Daarmee blijft ook ten aanzien van de vrijwillige terugtred de situatie zoals die onder de vigeur van art. 134bis Sr was.

Noten

- 1 TK 1991-1992, 22268, nr. 5, p. 25.
- 2 HR 28 mei 1996, *NJ* 1997, 426.
- 3 Vgl. Th.W. van Veen, *Delikt en Delinkwent* 25 (1995), p. 373; Noyon/Langemeijer/Remmeling, *Het Wetboek van Strafrecht*, aant. 3 bij art. 46a Sr.

Vrijwillig terugtreden is mogelijk zolang het misdrijf of de poging waartoe is uitgelokt, nog niet tot stand is gebracht

terugtreden zou immers moeten plaatsvinden nog vóór gepoogd is te bewegen. Daarna is het al te laat. In casu had de dader er dus voor moeten zorgen dat het geldbedrag toch niet bij Van R. terecht was gekomen.

De Hoge Raad wijst de visie van het hof af (rov. 4.6). De vrijwillige terugtred heeft

Overigens hoefde toch geen cassatie te volgen. Gebleken was namelijk dat Van R. van meet af aan ongevoelig was voor verdachte's plan. Het is dus door die houding – een omstandigheid niet van de wil van de dader afhankelijk – dat het misdrijf direct al niet voltooid is.

n

(advertentie)

Compu Smart

- Microsoft Office specialisten
- Koppelen van o.a. Legal Aid en Fidura aan uw Microsoft Office producten
- Access databases (maatwerk)
- Word sjablonen (huisstijl)

CompuSmart Aulmalisering, Overweg 59, 1191PT Ouderkerk a/d Amstel
Telefoon: 020-4416277, Fax: 020-4960367
E-mail: info@compusmart.nl, Website: www.compusmart.nl

TER SPOEDIGE OVERNAMEAANGEBODEN

Op 34 km afstand van het Paleis van Justitie te 's-Gravenhage een complete rechtspraktijk in gehuurd kantorenpand (± 125 m²), inclusief modern inventaris, waaronder digitale communicatiemiddelen, zoals ISDN telefooncentrale en Compaq internetcomputers, Canon copiers, lopende zaken, relaties etc. Geschikt voor ondernemende advocaat die na zijn/haar stage, de algemene advocatenpraktijk zelfstandig verder wil gaan uitbouwen.

Uw reacties gaarne - binnen 3 weken - onder nummer 7779 zenden aan:

Bureau BDM B.V.
Postbus 90
2380 AB Zoeterwoude