

# Platform Modernisering Strafvordering

## Of/Of: de alternatieve kwalificatie

Mr. dr. J.G.H. Altena-Davidsen

### 1 Inleiding

In het conceptwetsvoorstel voor Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (de berechting) is het voorstel gedaan om een alternatieve kwalificatie mogelijk te maken. Dat voorstel staat in deze bijdrage centraal. Wanneer het Openbaar Ministerie diverse feiten alternatief ten laste heeft gelegd, en de rechter na het onderzoek ter terechtzitting meent dat geen verantwoorde keuze kan worden gemaakt uit de voorgelegde scenario's, terwijl wel vaststaat dat de verdachte een van de tenlastegelegde feiten heeft gepleegd, dan kan de rechter – als het voorstel zou worden aangenomen – onder voorwaarden meerdere feiten alternatief bewezen verklaren en kwalificeren als of het ene, of het andere strafbare feit. Dit moet gebeuren door aan de opvolger van het huidige artikel 351 Sv een tweede lid toe te voegen, waardoor de bepaling als volgt zou komen te luiden:

'Artikel 4.3.1.4 [artikel 351 en nieuw]

1. Acht de rechtbank het ten laste gelegde feit bewezen, het bewezen verklaarde feit een strafbaar feit en de verdachte vanwege dat feit strafbaar, dan legt zij de straf of de maatregel op, die op het feit is gesteld.
2. Indien uit het bewezen verklaarde volgt dat de verdachte één uit meer strafbare feiten heeft begaan, dan kan de rechtbank het bewezen verklaarde feit alternatief kwalificeren indien dat in het belang is van een goede strafrechtspleging. In dat geval kunnen de straffen en maatregelen worden opgelegd die op elk van deze feiten zijn gesteld. Een alternatieve kwalificatie blijft achterwege in het geval beide strafbare feiten niet hetzelfde feit in de zin van artikel 68 van het Wetboek van Strafrecht betreffen.'

De – vrij beknopte – conceptmemorie van toelichting op dit artikel rechtvaardigt de wetwijziging als volgt: als vaststaat dat een verdachte een van twee tenlastegelegde delicten heeft gepleegd, dan wordt een vrijspraak omdat de rechter

in zijn overtuiging onvoldoende grond vindt om voor een van beide scenario's te kiezen onwenselijk geacht. Tevens verwijst de wetgever naar de steun die de alternatieve kwalificatie in de loop der jaren heeft gekregen in de literatuur, en de voorstellen die zijn gedaan voor de vormgeving daarvan.<sup>1</sup> De regering concludeert 'dat een aanpassing in deze richting draagvlak onder strafrechtjuristen heeft'.<sup>2</sup>

Inderdaad hebben diverse auteurs zich uitgesproken voor de alternatieve kwalificatie, dan wel ten minste voor het grondig doordenken daarvan. Dat daarmee kan worden voorkomen dat de rechter tot een vrijspraak komt terwijl wel vaststaat dat er een strafbaar feit is gepleegd, is op zijn minst aannemelijk. Om tot een afgewogen oordeel te kunnen komen over de wenselijkheid van de alternatieve kwalificatie zal echter eerst moeten worden gekeken naar de omvang van het probleem, op welke manieren dat zou kunnen worden opgelost en welke bezwaren tegen de voorgestelde oplossing zijn in te brengen. Deze bijdrage beoogt aanzetten te geven tot een nadere doordenking van het voorstel, door wat uitgebreider dan de conceptmemorie stil te staan bij de noodzaak van wetswijziging en bij mogelijke bezwaren daartegen, en door de vraag op te werpen of het probleem – en daarmee de oplossing – niet eerder moet worden gezocht in het materiële dan in het formele recht.

Met dat doel voor ogen zal in paragraaf 2 beknopt het geldende recht worden geschetst, waarna paragraaf 3 de wijzigingen bespreekt die het conceptwetsvoorstel daarin beoogt aan te brengen.<sup>3</sup> Vervolgens wordt in paragraaf 4 getracht een beeld te krijgen van de ernst en omvang van het probleem en dus de noodzaak van wetswijziging, waarbij de lezer op voorhand gewaarschuwd zij dat de omvang van het probleem niet met zekerheid is vast te stellen. Paragraaf 5 is gewijd aan de mogelijke materieelrechtelijke benadering van het probleem. Tot slot worden in paragraaf 6 de voordelen van, maar vooral ook de bezwaren tegen alternatieve kwalificatie geschetst tegen de achtergrond van het geldende recht. In paragraaf 7 wordt geconcludeerd dat de noodzaak van de voorgestelde wetswijziging nadere onderbouwing behoeft.

## 2 De stand van het recht

De conceptmemorie van toelichting geeft een recent voorbeeld van de problemen waarvoor de feitenrechter zich gesteld ziet en waar de alternatieve kwalificatie een oplossing voor zou moeten bieden.<sup>4</sup> De verdachte heeft zich wederrechtelijk een bedrag van bijna 30.000 euro toegeëigend, terwijl dit toebehoorde aan zijn werkgever, supermarktketen Aldi. Hoe hij dit heeft gedaan is onduidelijk: het kan zijn dat hij stortingszakjes die hij onder zich had, heeft gehouden in plaats van ze af te storten, hetgeen verduistering oplevert; het kan ook zijn dat hij door anderen reeds afgestorte stortingszakjes uit de kluis heeft gehaald, ergo: ze heeft gestolen.

Dit zijn – in beginsel – exclusieve alternatieven: de verdachte kan het geld niet én rechtmatig onder zich hebben gehad, én het wederrechtelijk hebben weggenomen.<sup>5</sup> Tot op heden is het zo dat bij een samengestelde tenlastelegging waarbij meerdere strafbare feiten alternatief zijn tenlastegelegd, de rechter wordt gedwongen tussen deze alternatieven een keuze te maken. Daarbij gaat het in de regel om gelijkwaardige mogelijkheden die elkaar uitsluiten, zoals diefstal en verduistering. De rechter kan echter pas een feit bewezen verklaren indien alle onderdelen van de tenlastelegging worden ondersteund door voldoende wettige bewijsmiddelen<sup>6</sup> en indien hij ook de overtuiging heeft bekomen dat het feit zich heeft voorgedaan zoals tenlastegelegd. Die bewezenverklaring van het feit moet vervolgens worden gerubriceerd onder één strafbepaling. Maakt de rechter geen keuze tussen de door het OM gepresenteerde alternatieven die de rechter tot een keuze dwingen, dan verlaat hij daarmee de grondslag van de tenlastelegging.<sup>7</sup>

Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad kan de rechter een keuze niettemin achterwege laten en komen tot een alternatieve bewezenverklaring ‘voor zover een keuze uit de in de tenlastelegging alternatief vermelde kwalificaties voor de strafrechtelijke betekenis van het feit van geen belang is’.<sup>8</sup> Een keuze binnen de context van één strafbepaling is daarmee vaak niet vereist. Gaat het om gelijkwaardige alternatieve omschrijvingen van een feitelijkheid in de tenlastelegging, bijvoorbeeld dat de verdachte het slachtoffer heeft geslagen met een honkbalknuppel of een tennisracket, dan behoeft tussen die mogelijkheden doorgaans geen keuze te worden gemaakt – vooropgesteld dat beide mogelijkheden afdoende worden geschraagd door de bewijsmiddelen.<sup>9</sup> Ook een keuze tussen alternatieve bestanddelen van één delictomschrijving, bijvoorbeeld ‘smaad, smaadschrift of openbaarmaking van een geheim’ in artikel 318 lid 1 Sr<sup>10</sup> is in beginsel niet van belang voor de strafrechtelijke betekenis van het feit, al geldt ook daarvoor dat er situaties denkbaar zijn waarin dat wel het geval is.<sup>11</sup>

Een keuze *tussen* strafbepalingen is tot op heden wel steeds vereist. Indien de keuze het toepasselijke wettelijke strafmaximum of de rubricering van het feit onder een bepaalde strafbepaling<sup>12</sup> beïnvloedt, dan mag deze niet achterwege blijven. Ten aanzien van de uiteenlopende strafmaxima was de rechtspraak van de Hoge Raad al langer duidelijk, aangezien de Hoge Raad in 2011 stelde dat ‘indien aan de alternatieven ongelijke strafmaxima zijn verbonden’, de keuze in ieder geval van belang is voor de strafrechtelijke betekenis van het feit.<sup>13</sup> Dat een keuze ook is vereist tussen twee strafbepalingen met vergelijkbare strafmaxima, is pas vrij recent duidelijk geworden. In het zojuist genoemde arrest uit 2011 suggereerde de Hoge Raad namelijk nog dat in ieder geval bij de poging, indien onduidelijk is gebleven met welk delict een aanvang is gemaakt, een alternatieve kwalificatie mogelijk is, mits de strafmaxima op beide delicten waarop de poging betrekking zou kunnen hebben gelijk zijn.<sup>14</sup> Het is goed denkbaar dat de Hoge Raad in de context van de

(onvoltooide) poging iets meer ruimte laat voor het openlaten van alternatieven, nu enige onzekerheid met betrekking tot het potentiële verloop van het feit daaraan inherent is. Gaat het om een voltooid delict, dan is echter ook de kwalificatie zonder meer van belang. Dit benadrukte de Hoge Raad ondubbelzinnig in het hierboven reeds kort aangehaalde arrest over de stortingszakjes, waarin het hof in de bewezenverklaring en kwalificatie geen keuze had gemaakt tussen diefstal en verduistering in dienstbetrekking. Volgens advocaat-generaal Hartevelde, reeds verklaard voorstander van de alternatieve kwalificatie,<sup>15</sup> paste deze bewezenverklaring en kwalificatie binnen het geldend recht, nu het strafmaximum op beide delicten nagenoeg gelijk is<sup>16</sup> en de kwalificatie daarom niet van belang is voor de strafrechtelijke betekenis van het bewezenverklaarde. Daar was de Hoge Raad het niet mee eens. De Hoge Raad herhaalde de hoofdregel dat een keuze slechts achterwege mag blijven indien die voor de strafrechtelijke betekenis van het feit van geen belang is en voegde daaraan toe dat de keuze in dit geval ‘gelet op de aan het feit te geven kwalificatie’ niet achterwege had mogen blijven.<sup>17</sup> In een nog recenter arrest voegde de Hoge Raad daar nog aan toe dat de keuze voor de ene of andere kwalificatie niet alleen relevant kan zijn voor de strafrechtelijke beoordeling van het feit, maar ook civielrechtelijk betekenis kan hebben (waarbij wordt gewezen op artikel 3:86 lid 3 BW). De Hoge Raad sprak daarnaast zijn voorkeur uit voor primair-subsidiaire tenlasteleggingen boven alternatieve tenlasteleggingen.<sup>18</sup> De teugels voor de feitenrechter zijn daarmee de afgelopen tijd eerder strakker aangetrokken dan dat de Hoge Raad een voorschot heeft willen nemen op een mogelijke wetswijziging.

### **3 De inhoud van het conceptwetsvoorstel**

Aan de gedwongen keuze voor één strafbaar feit wil de wetgever nu onder voorwaarden een einde maken. Een alternatieve bewezenverklaring moet mogelijk worden ook indien die bewezenverklaring niet langer onder één strafbepaling is te rubriceren. In de woorden van de voorgestelde bepaling: ‘Indien uit het bewezen verklaarde volgt dat de verdachte één uit meer strafbare feiten heeft begaan, dan kan de rechtbank het bewezen verklaarde feit alternatief kwalificeren.’ In deze formulering staat de alternatieve kwalificatie voorop, maar gezien het probleem dat deze bepaling beoogt op te lossen kan worden aangenomen dat deze bepaling uitsluitend van toepassing is op een (geheel of op onderdelen) alternatieve tenlastelegging die leidt tot een alternatieve bewezenverklaring. Er bestaat dus onzekerheid over het feitelijk gebeurde.<sup>19</sup> De verandering ten opzichte van het huidige recht is dat niet langer alleen een alternatieve bewezenverklaring, maar ook een alternatieve kwalificatie mogelijk wordt gemaakt. Onzekerheid over het feitelijk gebeurde wordt tot op heden slechts geaccepteerd zolang dit betrekking heeft op de invulling van een bestanddeel of de keuze tussen diverse gelijkwaardige

alternatieve bestanddelen, ergo: zolang dit geen invloed heeft op de vraag onder welke strafbepaling de gedraging wordt gerubriceerd. Het voorstel moet mogelijk maken dat een bewezenverklaring wordt gekwalificeerd als overtreding van ofwel strafbepaling a, ofwel strafbepaling b. Ook een keuze *tussen* strafbepalingen is derhalve dan niet langer zonder meer vereist.

De alternatieve kwalificatie is aan diverse voorwaarden verbonden. Ten eerste moet deze ‘in het belang [zijn] van een goede strafrechtspleging.’ Deze voorwaarde wordt in de conceptmemorie niet nader toegelicht. De diverse kwalificaties waaruit kan worden gekozen moeten daarnaast ‘hetzelfde feit’ betreffen zoals dit wordt uitgelegd in de context van artikel 68 Sr. Tussen al te uiteenlopende kwalificaties zal dus wel een keuze moeten worden gemaakt. Daarbij zal gezien artikel 68 Sr moeten worden gedacht aan uiteenlopende rechtsgoederen die met de bepaling worden beschermd of een fors verschil in de maximaal op te leggen straf.<sup>20</sup> Ook de alternatief omschreven gedragingen zullen niet te ver uiteen mogen lopen.<sup>21</sup> De conceptmemorie vermeldt expliciet dat dit toetsingskader door de Hoge Raad nader zou kunnen worden ingevuld. Voor de strafoplegging geldt dat alleen die straffen en maatregelen mogen worden opgelegd die bij beide kwalificaties kunnen worden opgelegd. Dit betekent dat, zou na de veroordeling duidelijk worden dat de verdachte het één ofwel het ander heeft gedaan, de straf steeds binnen de straftoemeterkaders van die strafbepalingen zou moeten passen, bij verschil in strafmaxima dus binnen het laagste strafmaximum.

Een kwestie die bij mij nog de nodige vragen oproept, is die van het benodigde bewijs. De conceptmemorie van toelichting meldt expliciet dat de voorgestelde bepaling *niet* vereist dat uit de bewijsmiddelen blijkt dat tussen de alternatieven geen keuze kan worden gemaakt.<sup>22</sup> De Hoge Raad zal moeten uitmaken of hij tot cassatie overgaat in een geval dat een keuze achterwege is gelaten, terwijl die wel degelijk mogelijk was geweest.<sup>23</sup> De vraag die open blijft, is hoeveel de bewijsmiddelen precies in het midden mogen laten. Tot op heden vereist de Hoge Raad dat voor alle bewezenverklaarde alternatieven steun is te vinden in de bewijsmiddelen. In de literatuur wordt deze kwestie niet altijd expliciet behandeld, maar is zowel de opvatting vindbaar dat slechts uit de bewijsmiddelen moet blijken dat ófwel het een, ófwel het ander is gebeurd,<sup>24</sup> als de opvatting dat er voor beide alternatieven voldoende bewijs moet zijn.<sup>25</sup> De concept-memorie behandelt dit thema evenmin expliciet. Een aanwijzing ligt mogelijk verscholen in de volgende zin: ‘De rechter wordt voor een lastige keuze gesteld als hij niet anders kan dan ofwel diefstal ofwel verduistering bewezen verklaren en hij van elk van beide mogelijkheden niet met de vereiste mate van zekerheid overtuigd is.’<sup>26</sup> Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat het probleem dat moet worden opgelost niet zozeer gelegen is in de bewijsmiddelen, als wel in de rechterlijke overtuiging. Misschien is dat inlegkunde, maar ik zie in ieder geval geen indicaties dat met het wetsvoorstel

de eis wordt losgelaten dat alle alternatieven steun moeten vinden in de bewijsmiddelen. In het hierna volgende zal ik dan ook van die lezing uitgaan.

#### 4 De omvang van het probleem

Het is niet eenvoudig om uit de gepubliceerde rechtspraak een idee te krijgen van hoe vaak het voorkomt dat de verplichte keuze tussen twee mogelijke kwalificaties in de praktijk tot een vrijspraak leidt. Er zijn arresten waarin de Hoge Raad casseert omdat het hof heeft verzuimd een keuze te maken,<sup>27</sup> maar het is mogelijk dat die zaken na verwijzing (indien nodig) alsnog resulteren in een veroordeling ter zake van een van de tenlastegelegde strafbare feiten. In de gepubliceerde rechtspraak heb ik één voorbeeld gevonden van een zaak die na verwijzing inderdaad eindigde in een vrijspraak – al is die uiteindelijke vrijspraak zelf niet gepubliceerd.<sup>28</sup>

Reijntjes geeft aan dat vrijspraken in de praktijk wel vaker voorkomen, maar dat deze in de gepubliceerde rechtspraak niet te vinden zijn nu het een beslissing van feitelijke aard betreft die zelden expliciet pleegt te worden gemotiveerd.<sup>29</sup> De frequentie waarmee vrijspraken inderdaad voorkomen, is echter binnen het bestek van deze bijdrage niet op verantwoorde wijze vast te stellen.

Het bestuderen van jurisprudentie waarin de (on)mogelijkheid van alternatieve kwalificatie op zijn minst een rol speelde, leidt niettemin tot een aantal observaties. In de eerste plaats dat de urgentie van het probleem door de jaren heen lijkt te zijn afgenomen. Voor 1990 was de feitenrechter na verwijzing door de Hoge Raad gebonden door de gedeeltelijke vrijspraken die besloten lagen in de gecasseerde bewezenverklaring. In de zaak uit 1990 waarin de Hoge Raad ‘om ging’<sup>30</sup> was ten laste gelegd dat de verdachte een dier ‘zonder redelijk doel, althans met overschrijding van hetgeen ter bereiking van zodanig doel toelaatbaar was’ opzettelijk pijn had toegebracht, en was bewezenverklaard dat hij dit had gedaan ‘met overschrijding van hetgeen ter bereiking van een redelijk doel toelaatbaar was’. Van het ‘zonder redelijk doel’ opzettelijk pijn toebrengen was de verdachte dus impliciet vrijgesproken. Op grond van het destijds geldende recht was die vrijspraak onaantastbaar na cassatie, waardoor na cassatie de rechter zich geconfronteerd zag met wat wel als een ‘verminkte’ tenlastelegging is omschreven.<sup>31</sup> Nu de verwijzingsrechter meende dat er sprake was van ‘zonder redelijk doel’ opzettelijk pijn toebrengen, had hij tot een vrijspraak moeten komen. De Hoge Raad wijzigde zijn rechtspraak in die zin dat de regel dat een vrijspraak na cassatie blijft staan niet meer wordt toegepast ‘voor zover de vrijspraak betrekking heeft op onderdelen van het ten laste gelegde die voor de strafrechtelijke beoordeling daarvan niet van zelfstandige betekenis zijn.’<sup>32</sup> In de context van het geldende recht tot 1990 is begrijpelijk dat het gemis aan de mogelijkheid van alternatieve kwalificatie zich sterk deed gevoelen.<sup>33</sup> Met de koerswijziging van de Hoge Raad is dat gemis voor een aanzienlijk aantal gevallen minder pregnant geworden.

In de tweede plaats is het opvallend dat het probleem zich met name lijkt voor te doen in een beperkt aantal specifieke gevallen, namelijk bij twijfel tussen diverse vermogensdelicten en tussen deelnemingsvormen. Om met dat eerste te beginnen: het Wetboek van Strafrecht bevat een tamelijk fijnmazig stelsel van vermogensdelicten.<sup>34</sup> Ingeval iemand wordt aangetroffen met goederen die hij zich wederrechtelijk heeft toegeëigend, dan bestaat de mogelijkheid dat hij deze heeft weggenomen (diefstal), dat hij ze voorhanden heeft terwijl hij weet dat ze uit misdrijf waren verkregen (heling), dat hij ze al anders dan door misdrijf onder zich had (verduistering) of dat hij zijn slachtoffer heeft gedwongen tot afgifte ervan (afpersing of afdreiging, al naar gelang het middel waarmee hij heeft gedwongen). Het materiële recht eist hier altijd een keuze, al zal in de volgende paragraaf worden besproken dat de rechtspraak van de Hoge Raad de feitenrechter wel mogelijkheden biedt om pragmatisch met de problematiek om te gaan.

Het tweede cluster van gevallen ligt in de sfeer van de deelnemingsvormen. In het geval van medeplichtigheid versus medeplegen zal vaak, zo wordt ook gesteld in de conceptmemorie,<sup>35</sup> een keuze voor medeplichtigheid kunnen worden gemaakt.<sup>36</sup> Voor de diverse vormen van daderschap geldt dat niet evident is dat een keuze daartussen altijd moet worden gemaakt. Waar medeplegen een wettelijke grond is voor strafverzwaring kan daarover uiteraard geen twijfel bestaan,<sup>37</sup> maar daarvoor geldt dat de rechter zal kunnen volstaan met een veroordeling voor het mindere, het plegen van het gronddelict. Ten aanzien van de andere deelnemingsvormen, waar die geen gevolgen hebben voor het strafmaximum, bestaat enige twijfel. Enerzijds kan, nu de keuze voor een deelnemingsvorm de kwalificatie raakt, worden verwacht dat de Hoge Raad ook de deelnemingsvorm van belang acht voor de strafrechtelijke betekenis van het feit. In een zaak uit 2005 was (onder meer) diefstal in vereniging met gebruikmaking van een valse sleutel, althans diefstal met gebruikmaking van een valse sleutel in de tenlastelegging opgenomen.<sup>38</sup> Vanwege de toepasselijkheid van artikel 311 sub 5 Sr (de valse sleutel) was het al dan niet plegen in vereniging niet langer van invloed op de maximaal op te leggen straf. Het hof maakte in de bewezenverklaring geen keuze, maar stelde dat het bewezenverklaarde niet kon worden gekwalificeerd als diefstal in vereniging.<sup>39</sup> De Hoge Raad oordeelde dat daarmee de grondslag van de tenlastelegging was verlaten: het hof had een keuze moeten maken.<sup>40</sup> Ook in een andere zaak ging de Hoge Raad over tot cassatie, omdat het hof een alternatief geformuleerde tenlastelegging inzake medeplegen dan wel plegen van – kortweg – btw-fraude zonder keuze tussen medeplegen en plegen bewezen had verklaard (wat vervolgens werd gekwalificeerd als medeplegen, waarna in de strafmotivering werd overwogen dat het feit ‘deels samen met een ander’ was gepleegd).<sup>41</sup> Uit die zaken lijkt dus te volgen dat de keuze tussen deelnemingsvarianten, ook waar die het strafmaximum

ongemoeid laat, van belang is<sup>42</sup> – al is enige behoedzaamheid gepast. Daar staat tegenover dat de Hoge Raad in zijn recentere rechtspraak de keuze tussen medeplegen en plegen in het kader van artikel 80a Wet RO niet (steeds) meer van voldoende belang acht.<sup>43</sup> Harteveld werpt daarom op dat deze keuze ook bij een alternatieve kwalificatie wellicht niet langer relevant zou worden geacht.<sup>44</sup> Een koppeling tussen het toetsingskader van artikel 80a Wet RO en de alternatieve kwalificatie zou ik echter niet zonder meer durven veronderstellen. Zolang de Hoge Raad immers het niet maken van een keuze ziet als grondslagverlating, ligt het voor de hand dat dit leidt tot cassatie.

Dat de situatie waarin de rechter tot een vrijspraak komt omdat hij niet kan kiezen tussen alternatief ten laste gelegde feiten als onbevredigend wordt ervaren, is invoelbaar. Die situatie lijkt zich niettemin niet vaak voor te doen, maar eerlijk is eerlijk: dat beweert dan ook niemand: de conceptmemorie van toelichting eindigt met de opmerking dat niet wordt verwacht dat de regeling veel zal worden gebruikt.<sup>45</sup> Ook in de literatuur is diverse malen gewezen op de beperkte praktische urgentie van het probleem.<sup>46</sup>

## 5 Een materieelrechtelijke benadering van het probleem

Nu het probleem zich vooral voordoet bij een beperkt aantal delicten en deelnemingsvormen, rijst de vraag of het probleem – en de oplossing – niet in ieder geval deels moet worden gezocht in het materiële recht in plaats van in het formele recht.<sup>47</sup> Dat de praktijk slechts in beperkte mate problemen ondervindt van het geldende recht, kan daarnaast wellicht mede worden verklaard door de omgang van de Hoge Raad met het materiële recht.

Enschedé verzucht in een annotatie onder een arrest, waarin onzekerheid over de vraag of al dan niet sprake was van medeplegen of medeplichtigheid uiteindelijk leidde tot een vrijspraak: ‘Er is òf met ons procesrecht òf met de wijze waarop het gehanteerd wordt iets mis, wanneer een vrijspraak volgt van een verdachte die zegt als (mede-)pleger òf als medeplichtige bij een poging tot diefstal betrokken te zijn, hetgeen door de bewijsmiddelen wordt gestaafd.’<sup>48</sup> In deze als dichotomie gepresenteerde kwestie ontbreekt een derde mogelijkheid: er is met ons materiële recht iets mis. Het is weliswaar het formele recht dat de rechter dwingt tot het maken van een keuze tussen uiteenlopende strafbare feiten, maar het is het materiële recht dat bepaalt welke bestanddelen voor die keuze van belang zijn. De behoefte aan de mogelijkheid van een alternatieve kwalificatie ontstaat wanneer de rechter wordt gedwongen tot het maken van een keuze, terwijl het in ieder geval de ministers kennelijk, als het erop aankomt, niet zoveel uitmaakt welk van de twee feiten is gepleegd. Zou dat niet eerder reden moeten zijn om niet langer te eisen dat wordt bewezen of een goed is weggenomen (diefstal), dan wel al in het bezit was van de verdachte (verduistering) of door het slachtoffer is afgegeven (afpersing),



met andere woorden: om het stelsel van de vermogensdelicten te vereenvoudigen? Datzelfde geldt voor het gedetailleerde en complexe onderscheid tussen diverse deelnemingsvormen.<sup>49</sup> Aanpassing van de wettelijke regelingen op dit punt is reeds in de vakliteratuur voorgesteld of in ieder geval onder de aandacht geweest, en mijns inziens het overwegen waard.<sup>50</sup> Hiermee kunnen natuurlijk niet alle dilemma's de wereld uit worden geholpen, maar een reflectie op het materiële recht acht ik aangewezen.

Afgezien van de mogelijkheid van wijziging van het materiële strafrecht liggen er ook kansen in de *uitleg* van het materiële recht, en de Hoge Raad haalt dan ook op diverse wijzen de angel in ieder geval deels uit de problematiek. Dit doet hij ten eerste door enige overlap tussen de delicten te accepteren. Voor afpersing bijvoorbeeld is niet vereist dat het slachtoffer het goed daadwerkelijk overhandigt: het slachtoffer kan ook worden gedwongen om de dader gelegenheid te geven het goed weg te nemen. Daarmee kan eenzelfde gedraging soms worden gekwalificeerd als diefstal met geweld of als afpersing.<sup>51</sup> Andersom volgt daaruit mijns inziens dat voor een veroordeling ter zake van afpersing eventueel in het midden mag blijven of het goed is afgegeven of dat onder dwang het wegnemen daarvan is gedoogd. De interpretatie van de vermogensdelicten door de Hoge Raad roept de vraag op of in de eerder genoemde casus met de stortingszakjes een veroordeling ter zake van diefstal cassatiebestendig zou zijn, ook als zou blijken dat de verdachte zelf af te storten zakjes onder zich heeft gehouden. Mede indachtig het recente arrest van de Hoge Raad over tanken zonder te betalen<sup>52</sup> is dit niet ondenkbaar. Indien de rechter kan vaststellen dat de intentie tot toe-eigening reeds bestond op het moment dat de verdachte de stortingszakjes in zijn bezit kreeg, lijkt kwalificatie van de gedraging als diefstal mij niet onmogelijk, ook indien en voor zover die bestond uit het niet afstorten van zakjes.<sup>53</sup> De twee kwalificaties sluiten elkaar daardoor niet langer volledig uit. Een tweede pragmatisch element in de benadering van de vermogensdelicten die maakt dat de rechter ook zonder alternatieve kwalificatie tot een bevredigende uitspraak kan komen is dat de Hoge Raad – en dat is niet nieuw – een veroordeling wegens bijvoorbeeld diefstal toelaat indien daarvoor voldoende bewijs voorhanden is, ook indien alternatieve mogelijkheden niet met zekerheid kunnen worden uitgesloten.<sup>54</sup>

Een niet al te dwingende interpretatie van het materiële recht kan op deze twee manieren procesrechtelijke problemen voorkomen. Ook een minder fijnmazig stelsel van delicten en deelnemingsvormen zou daaraan als gezegd kunnen bijdragen. Daarbij kan uiteraard de vraag worden gesteld of daarmee niet een bewijsprobleem via het materiële recht aan het zicht wordt onttrokken. Die vraag moet ontkennend beantwoord worden, nu met het materiële recht juist – althans tot op zekere hoogte – kan worden voorkomen dat bewijsproblemen ontstaan.

Nogmaals: als het voor een veroordeling niet relevant wordt geacht of een goed gestolen of verduisterd is, dan moet het recht dienaangaande geen bewijs eisen. In het materiële recht wordt bepaald welke punten wezenlijk zijn voor de strafrechtelijke waardering van het feit. Daar waar de behoefte aan alternatieve kwalificatie wordt gevoeld, moet derhalve de vraag worden gesteld of het materiële recht geen onnodig zware eisen stelt. Als die eisen wel relevant en noodzakelijk worden geacht, dan moet daaruit de conclusie worden getrokken dat bij onvoldoende bewijs geen veroordeling kan volgen. De kern van de vraag is erin gelegen wat we als samenleving strafrechtelijk relevant achten, en wat we dientengevolge in de bewezenverklaring terug willen zien.

## 6 Voordelen van en bezwaren tegen alternatieve kwalificatie

Als gezegd heeft de figuur van de alternatieve kwalificatie de nodige steun vergaard door de jaren heen. In de literatuur worden diverse argumenten aangedragen, die ook in de conceptmemorie te herkennen zijn. In de eerste plaats wordt gewezen op de onwenselijkheid van een vrijspraak indien vaststaat en de rechter ook ervan overtuigd is dat de verdachte één uit meer strafbare feiten heeft begaan. Een dergelijke vrijspraak is in de literatuur wel betiteld als ‘onverdiend’, want voortvloeiend uit een toevaligheid.<sup>55</sup> Een veroordeling ter zake van een van beide delicten wordt echter ook onwenselijk geacht, aangezien die mogelijk steunt op een zwakke bewijsconstructie<sup>56</sup> en een dergelijke veroordeling volgens De Jong ‘op gespannen voet staat met de waarachtigheid van de strafrechtspraak’.<sup>57</sup> Wanneer duidelijk is dat een strafbaar feit is gepleegd, is wel invoelbaar dat de rechter de neiging voelt om voor een van de alternatief tenlastegelegde feiten tot een veroordeling te komen – zelfs als zijn overtuiging zich niet uitstrekt tot alle bestanddelen van die tenlastelegging. Een bewezenverklaring en kwalificatie die beide mogelijkheden open laat, kan daarmee worden gezien als logisch de meest juiste.<sup>58</sup>

De alternatieve kwalificatie stuit echter ook op bezwaren. De Hoge Raad plaatst deze in de eerste plaats in de sfeer van de grondslag leer: op het moment dat het Openbaar Ministerie twee opties ter keuze voorlegt, wordt door het niet maken van die keuze de grondslag van de tenlastelegging verlaten.<sup>59</sup> De Hoge Raad leest de tenlastelegging kennelijk aldus dat het Openbaar Ministerie twee mogelijke scenario’s voorlegt, met het oog op een bewezenverklaring (en kwalificatie) van een van die scenario’s. Dit past bij de grondslag leer, die volgens Boksem in wezen een keuze ten aanzien van alle onderdelen van de tenlastelegging eist – zo bezien is *iedere* alternatieve bewezenverklaring reeds een uitzondering op de grondslag leer.<sup>60</sup> Hoewel in het verleden wel bezwaar is gemaakt tegen de alternatieve bewezenverklaring in al zijn verschijningsvormen,<sup>61</sup> is deze binnen de daaraan door

de Hoge Raad gestelde kaders (zie paragraaf 2) inmiddels algemeen geaccepteerd. Een uitholling van de grondslagleer lijkt men er niet in te zien. De lezing van de Hoge Raad is bovendien slechts een van de mogelijke interpretaties van een alternatieve tenlastelegging. Een dergelijke tenlastelegging kan immers ook gelezen worden zoals tenlasteleggingen met alternatieve feitelijkheden of alternatieve bestanddelen: er is gedreigd met smaad of smaadschrift, en dat tezamen is het verwijt.<sup>62</sup> Een keuze tussen smaad of smaadschrift is dan niet vereist.

Doorslaggevend is die lezing van de tenlastelegging dus niet en van een wezenlijke aantasting van de grondslagleer is naar mijn idee met dit voorstel dan ook niet per definitie sprake.<sup>63</sup> Ook de conceptmemorie gaat er kennelijk van uit dat de alternatieve kwalificatie de grondslagleer niet zal aantasten: de grondslagleer wordt in de algemene toelichting op Boek 4 juist genoemd als een van de uitgangspunten die worden gehandhaafd.<sup>64</sup>

Een bezwaar dat daarnaast is genoemd tegen de alternatieve kwalificatie is dat het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel zoals dat ligt besloten in artikel 1 Sr zich daartegen zou verzetten.<sup>65</sup> Vanuit het perspectief van voorzienbaarheid van strafbaarheid ligt die opvatting niet erg voor de hand: dat de gedraging strafbaar was, was voor de verdachte wel te voorzien op het moment van het begaan ervan. Toch heeft de figuur van de alternatieve kwalificatie in Duitsland relatief recent tegenstand gekregen van de tweede strafsenaat van het Bondsgerechtshof, vanwege het legaliteitsbeginsel.<sup>66</sup> De strafsenaat argumenteert dat de alternatieve kwalificatie de grondslag voor de bestraffing vormt en als zodanig dient te voldoen aan de normen voortvloeiend uit het materieelrechtelijk legaliteitsbeginsel. Anders gezegd: met de alternatieve kwalificatie wordt strafbaarheid gevestigd op basis van een norm die voorheen niet bestond: het verwijt dat de verdachte wordt gemaakt ligt niet besloten in een van beide strafbepalingen, maar in een derde, ongeschreven norm.<sup>67</sup> De grote kamer van de senaat ging echter niet mee in deze redenering: er wordt geen strafbaarheid gevestigd en de strafbaarheid is ook niet gebaseerd op een nieuwe, derde norm, maar op beide in aanmerking komende strafbaarstellingen.<sup>68</sup> Er zijn twee scenario's, en voor elk van die scenario's geldt dat duidelijk is welk strafbaar feit de gedraging oplevert. De kern van het probleem is daarom mijns inziens gelegen in de onzekerheid over het feitelijk gebeurde, niet in de waardering daarvan.<sup>69</sup>

Hoewel de grondslagleer en het legaliteitsbeginsel dus niet zonder meer in stelling kunnen worden gebracht tegen de voorgenomen wetswijziging, blijft het mijns inziens wel wringen dat bij een alternatieve kwalificatie in het ongewisse blijft wat de betrokkene nu precies wordt verweten: op wezenlijke punten is onduidelijk wat er is voorgevallen, en hoe dat strafrechtelijk moet worden gewaardeerd. Basaal uitgangspunt in het strafrecht is immers dat op de overheid de plicht rust om op te helderen wat zich heeft voorgedaan en om daaraan strafrechtelijke betekenis te

geven. Het bewijsrecht eist dat een bewezenverklaring wordt ondersteund met bewijsmiddelen en waarborgt daarmee de kwaliteit van de bewijsbeslissing. Daar gaat de Hoge Raad soms pragmatisch mee om, zo is besproken in paragraaf 5, maar als uitgangspunt heeft het feit dat de bewijs- en kwalificatielast op de overheid rust zelfstandige waarde. Het gaat in het strafrecht immers om de uitoefening van een uiterst ingrijpende bevoegdheid, die slechts onder strikte voorwaarden kan worden getolereerd. Daarmee raakt dit voorstel wel degelijk aan de fundamenten van het strafrecht.

Daarnaast zijn er nog de volgende – meer praktische – punten. Ten eerste het door de Hoge Raad opgeworpen bezwaar dat de kwalificatie betekenis kan hebben in andere contexten, bijvoorbeeld in het civiele recht.<sup>70</sup> Door Hartevelt is daarnaast gesteld dat de mogelijkheid van alternatieve kwalificatie (waar hij op zich een voorstander voor is) kan leiden tot ‘gemakzucht’ bij de politie.<sup>71</sup> Het verlicht immers de druk op de overheid om boven tafel te krijgen wat er precies is gebeurd, wanneer de strafbaarheid van het voorval daar niet langer van afhankelijk is. De wijziging draagt het risico in zich om de druk te verlichten voor opsporingsinstanties om het naadje van de kous te willen weten.

Kortom: voor gevallen waarin niet met zekerheid kan worden vastgesteld welk strafbaar feit is gepleegd, komt het neer op een afweging van twee kwaden: enerzijds zal met de huidige stand van het recht de rechter in de meeste gevallen tot een veroordeling ter zake van één feit kunnen komen, hoewel de mogelijkheid dat het feit zich anders heeft afgespeeld dan is bewezenverklaard niet als hoogst onwaarschijnlijk terzijde kan worden geschoven. In een enkel geval zal de keuze hem wellicht dusdanig onverantwoord voorkomen dat hij komt tot een vrijspraak. Met de voorgenomen wetswijziging wordt anderzijds de basisregel doorbroken dat op de overheid de plicht rust om de verdachte een concreet verwijt te maken, onderbouwd met bewijsmiddelen, en dat onder een strafbepaling te rubriceren. Wil de overheid die last verlichten, dan zullen daarvoor heel sterke argumenten moeten worden aangedragen. Instrumentaliteitsoverwegingen hebben op zichzelf beschouwd weinig overtuigingskracht wanneer zij botsen met meer principiële argumenten: zelfs wanneer de praktische voordelen van de alternatieve kwalificatie vaststaan, zal moeten worden gereflecteerd op de gevolgen daarvan.

## 7 Conclusie

In het voorgaande is gesteld dat de huidige regel dat de rechter bij een alternatieve tenlastelegging in de bewezenverklaring moet kiezen tussen de alternatieven en het bewezenverklaarde moet rubriceren onder één strafbaar feit in de praktijk niet tot grote problemen lijkt te leiden. Een mogelijke verklaring daarvoor is gezocht in het gegeven dat de Hoge Raad in de sfeer van de vermogensdelicten als gevolg van een

relatief vrije interpretatie van diverse delictsbestanddelen het onderscheid tussen de diverse delicten niet al te strikt handhaaft en bovendien niet vereist dat alternatieve scenario's met zekerheid kunnen worden uitgesloten. Die rechtspraak kan problemen echter niet helemaal voorkomen: er doen zich situaties voor waarin de bewijsmiddelen niet duidelijk in de richting van het ene of het andere delict wijzen, en die situaties plaatsen de rechter voor een lastige keuze tussen een vrijspraak of een bewijstechnisch 'magere' veroordeling. Beide uitspraken zijn onbevredigend. In deze bijdrage is betoogd dat vereenvoudiging van het sterk gedifferentieerde materiële recht wellicht kan bijdragen aan het verminderen van het dilemmapotentieel. Daarmee zou de oorzaak van het probleem kunnen worden weggenomen, in plaats van slechts de gevolgen daarvan. De behoefte aan de alternatieve kwalificatie zal daardoor niet volledig worden weggenomen, maar wellicht wel worden verminderd. Die optie zou daarom in ieder geval in overweging moeten worden genomen.

Tegen de ogenschijnlijk beperkte wijziging die in het conceptwetsvoorstel is voorgesteld zijn zowel praktische als meer fundamentele bezwaren in te brengen. Zo kan de kwalificatie van het feit ook buiten het strafrecht betekenis hebben, en bestaat het risico dat in de opsporing niet langer tot het uiterste wordt gegaan om de waarheid boven tafel te krijgen. Er is ook een meer fundamenteel bezwaar tegen de alternatieve kwalificatie: zij verlicht de taak van de overheid om duidelijk te maken wat is voorgevallen en wat de dader precies wordt verweten. Een dergelijke verlichting zou slechts op basis van goed onderbouwde en liefst principiële argumenten moeten worden ingezet. Nu de praktische voordelen die van de wetswijziging kunnen worden verwacht beperkt zijn, is terughoudendheid geboden. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de noodzaak tot wijziging in de conceptmemorie van toelichting onvoldoende duidelijk wordt gemaakt terwijl die noodzaak ook uit de gepubliceerde jurisprudentie niet blijkt, dat de wijziging zowel praktische als fundamentele aarzelingen oproept, dat alternatieve oplossingen het overwegen waard zijn en dat de voorgestelde wijziging daarom niet zonder nadere doordenking en onderbouwing zou moeten worden doorgevoerd.

## Noten

1 In de concept-MvT wordt verwezen naar de conclusie van A-G Hartevelde bij HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:227, *NJ* 2017/137 m.nt. Kooijmans; A.E. Hartevelde, 'Positie OM in relatie tot het onderzoek ter terechtzitting; de tenlastelegging als grondslag voor het strafproces,' in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, *Het onderzoek ter zitting* (Onderzoeksproject strafvordering 2001 eerste interimrapport), Groningen: RUG 1999; Röling in zijn annotatie bij HR 1 maart 1949, *NJ* 1949/308; J.M. Reijntjes, 'Over helers, stellers en rechters', in: A.A. Franken & A.M. van Woensel (red.), *Een rariteitenkabinet. Opvallende bepalingen in de strafwetgeving*,

Nijmegen: Ars Aequi Libri 1993, p. 69-74; B.F. Keulen e.a., *Daderschap en deelneming doorgelicht*, Zutphen: Paris 2010 en V.M.A. Sinnige, *De systematiek van de vermogensdelicten* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2017. Recent heeft ook Wolswijk voorgesteld om introductie van de alternatieve kwalificatie in ieder geval te overwegen. Zie punt 4 van zijn noot bij HR 28 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3022, NJ 2018/310.

**2** Concept-MvT bij het Voorstel van wet tot vaststelling van Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering inhoudende bepalingen over de berechting in verband met de modernisering van het Wetboek van Strafvordering, p. 189-190. Het citaat staat op p. 190.

**3** Voor een uitgebreide beschrijving van de huidige stand van het recht inzake de alternatieve bewezenverklaring zij verwezen naar de handboeken en commentaren, alsmede naar het proefschrift van Sinnige: Sinnige 2017. De lezer die geïnteresseerd is in de vormgeving van de *Wahlfeststellung* in het Duitse recht zij verwezen naar p. 231-246 van dat proefschrift.

**4** HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:227, NJ 2017/137 m.nt. Kooijmans. Zie de concept-MvT bij de Vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Berechting), p. 189.

**5** In paragraaf 5 zal worden besproken dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad de soep niet altijd zo heet gegeten wordt, en enige overlap tussen delicten niet wordt uitgesloten.

**6** M.J. Dubelaar, *Betrouwbaar getuigenbewijs* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, p. 207.

**7** HR 10 november 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB4395, NJ 1971/42; HR 14 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2903, NJ 2006/65.

**8** HR april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6691, r.o. 2.5.2, onder verwijzing naar HR 22 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9316, NJ 1986/827 m.nt. 't Hart, r.o. 6.4.

**9** HR 6 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1924, NJ 2003/710 m.nt. Schalken, r.o. 5.3; HR 16 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3230, r.o. 5.4; De Jong in zijn annotatie bij HR 18 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8108, NJ 2007/397; A-G Harteveld in zijn conclusie bij HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:227, NJ 2017/137 m.nt. Kooijmans, punt 3.11. Dat het moet gaan om gelijkwaardige alternatieven illustreert Kooijmans in zijn annotatie bij datzelfde arrest met het voorbeeld dat tussen de tenlastelegging van diefstal van een luciferdoosje of een dure auto wel degelijk een

keuze moet worden gemaakt. Zie de noot van Kooijmans, punt 2.

**10** Dit was (onder meer) aan de orde in HR 22 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9316, *NJ* 1986/827 m.nt. 't Hart.

**11** Zie HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:702, *NJ* 2014/302 m.nt. Keijzer.

**12** HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:227, *NJ* 2017/137 m.nt. Kooijmans. Keulen e.a. (2010, p. 117) wijzen erop dat de Hoge Raad niet iedere keuze die terugkomt in de kwalificatie van belang acht: zo hoefde tussen feitelijk leidinggeven en opdrachtgeven geen keuze worden gemaakt in HR 1 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AP8469, *NJ* 2006/422.

**13** HR 5 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6691, *NJ* 2011/316 m.nt. Mevis.

**14** Zie HR 5 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6691, *NJ* 2011/316 m.nt. Mevis; Sinnige 2017, p. 227.

**15** Hartevelde 1999.

**16** De gevangenisstraf gesteld op beide feiten is gelijk (vier jaar), maar de geldboete loopt uiteen: bij diefstal kan maximaal een geldboete van de vierde categorie worden opgelegd, bij verduistering in dienstbetrekking is dat een geldboete van de vijfde categorie. Zie art. 310 Sr en art. 321 jo. 322 Sr.

**17** HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:227, *NJ* 2017/137 m.nt. Kooijmans.

**18** HR 20 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:367, r.o. 2.3.

**19** Volgens Abels en Nijboer gaat het bij de alternatieve kwalificatie dan ook in de kern om onzekerheid over de feiten. Zie I.M. Abels & J.F. Nijboer, 'Alternatieve bewezenverklaring in strafzaken', *NJB* 1979, p. 203.

**20** Zie over die factoren in de context van art. 68 Sr HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, *NJ* 2011/394 m.nt. Y. Buruma.

**21** Voor een geval dat de toets van art. 68 Sr waarschijnlijk niet zou doorstaan zou bijvoorbeeld kunnen worden gedacht aan een situatie waarin onduidelijk blijft of de verdachte behulpzaam is geweest bij een zelfdoding (art. 294 lid 2 Sr, bedreigd met een gevangenisstraf van maximaal drie jaar), of dat hij het leven van een ander op diens 'uitdrukkelijk en ernstig verlangen' heeft beëindigd (art. 293 lid 1 Sr, bedreigd met een gevangenisstraf van maximaal twaalf jaar). In dat geval lopen de

gedragingen wezenlijk uiteen en zijn bovendien de strafmaxima significant verschillend. Een interessante discussie, die hier niet *in extenso* kan worden gevoerd, is nog of de rechter de keuze tussen een culpoze en een doleuze variant van een delict achterwege mag laten. Bij de keuze tussen een doleus of culpoos gevolgsdelict, bijvoorbeeld tussen doodslag (art. 287 Sr) of dood door schuld (art. 307 Sr), lijkt mij die keuze verplicht: tussen die varianten bestaat een verschil in strafmaximum (vijftien versus twee jaar gevangenisstraf) dat tot uitdrukking brengt dat de aard van het verwijt uiteenloopt. Dat ligt m.i. weer anders wanneer de culpa slechts betrekking heeft op een omstandigheid uit de delictsomschrijving (zoals in het geval van schuldwitwassen, art. 420quater Sr), laat staan wanneer ten aanzien van die omstandigheid zelfs ofwel dolus, ofwel culpa is vereist (zoals in het geval van verleiding van een minderjarige ten aanzien van de minderjarigheid, art. 248a Sr). In dat laatste geval kan ook onder het huidige recht een keuze al achterwege blijven.

**22** Dit is wel een vereiste voor de Wahlfeststellung in het Duitse recht, zie Eser/Hecker in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Beck 2014, aantekening 79 bij par. 1 (online geraadpleegd).

**23** Concept-MvT bij de Vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Berechting), p. 190.

**24** G.E. Mulder, 'Over alternatieven in de telastelegging', *NJB* 1979, p. 955.

**25** A-G Hartevelt in zijn conclusie bij HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:227, *NJ* 2017/137 m.nt. Kooijmans: een alternatieve kwalificatie kan worden toegestaan indien 'voor de gang van zaken die wordt beschreven in beide alternatieven wel voldoende bewijs is' (punt 3.11).

**26** Concept-MvT bij de Vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Berechting), p. 189.

**27** Zie bijvoorbeeld HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:227, *NJ* 2017/137 m.nt. Kooijmans; HR 5 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6691, *NJ* 2011/316; HR 14 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2903, *NJ* 2006/65; HR 7 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9792, *NJ* 2004/609; HR 10 november 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB4395, *NJ* 1971/42.

**28** HR 27 januari 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB6094, *NJ* 1970/326 m.nt. Enschedé, zo blijkt uit de annotatie. Het lijkt te gaan om een bijzonder geval, maar het arrest biedt daar weinig inzicht in.



**29** Reijntjes 1993, p. 70. Tegelijkertijd geeft Reijntjes op p. 74 aan dat het probleem nu ook weer niet van dien omvang is dat deze een zelfstandige wetswijziging rechtvaardigt – maar die opinie is mede ingegeven door zijn stelling dat alternatieve bewezenverklaring en kwalificatie binnen de grenzen van de wet reeds mogelijk was (en is, zo mag worden aangenomen).

**30** HR 18 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC8164, *NJ* 1990/135 m.nt. 't Hart.

**31** Mulder 1979, p. 952, met verdere verwijzing.

**32** HR 18 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC8164, *NJ* 1990/135 m.nt. 't Hart.

**33** Dit was een belangrijke reden voor Mulder om te pleiten voor de alternatieve kwalificatie, zie Mulder 1979, p. 952.

**34** Zie hierover Sinnige 2017.

**35** Concept-MvT bij de Vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Berechting), p. 190.

**36** Gezien het uiteenlopend opzet ligt die optie desalniettemin niet per definitie open.

**37** Zoals bij de diefstal in vereniging, art. 311 sub 4 Sr.

**38** HR 14 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2903, *NJ* 2006/65.

**39** Van een vergissing lijkt geen sprake, zie de conclusie van A-G Machielse bij het arrest, punt 3.4.

**40** HR 14 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2903, *NJ* 2006/65, r.o. 3.3.

**41** HR 7 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9792, *NJ* 2004/609.

**42** Keulen e.a. 2010, p. 117-118.

**43** Zie bijvoorbeeld HR 20 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2916, genoemd door Kooijmans in zijn annotatie bij HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:227, *NJ* 2017/137.

**44** Conclusie A-G Hartevelt bij HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:227, *NJ* 2017/137 m.nt. Kooijmans, punt 3.6 en voetnoot 2. Voor een vergelijkbaar punt zie D.H. de Jong, in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., *Wetboek van Strafvordering*, art.

261 Sv, aant. 17.6 (online, bijgewerkt tot 1 september 2016).

45 Concept-MvT bij de Vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Berechting), p. 190.

46 Kooijmans in zijn annotatie bij HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:227, *NJ* 2017/137, punt 3; D.H. de Jong, *De macht van de telastelegging in het strafproces* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1981 p. 222.

47 Deze mogelijkheid is ook in de Duitse literatuur geopperd. Zie B. Linder, 'Die Zukunft der Wahlfeststellung', *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2017-6, p. 311-323.

48 Reijntjes 1993, p. 73, onder verwijzing naar Enschedé, noot onder HR 27 januari 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB6094, *NJ* 1970/326.

49 Uitgebreid hierover Keulen e.a. 2010.

50 Zie over de deelnemingsvormen Keulen e.a. 2010. Zie over de vermogensdelicten Sinnige 2017. Sinnige komt echter tot een tegenovergestelde redenering dan die in deze bijdrage wordt gevolgd: zij stelt dat het stelsel van vermogensdelicten weliswaar niet perfect is, maar dat de problemen beter procesrechtelijk kunnen worden opgelost door de alternatieve kwalificatie toe te staan. Zij wijst op de complicaties die samenvoeging van diverse feiten met zich zou brengen, bijvoorbeeld met betrekking tot de strafverzwarende omstandigheden. Dit is niet de plaats om deze vraag uitputtend te bespreken, maar ik zie ondanks deze argumenten toch reden om deze optie niet op voorhand van tafel te veegen, en om materieelrechtelijke problemen op te lossen in het materiële recht.

51 HR 2 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5233; E.J. Hofstee, in: *Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht*, art. 310 Sr, aant. 1 (online, bijgewerkt tot 15 mei 2015).

52 HR 20 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:367.

53 Wel zal ook een gedraging moeten worden bewezen die als 'wegnemen' kan worden gekwalificeerd. Zonder kennis van het dossier is uiteraard niet met zekerheid te stellen dat een veroordeling ter zake van diefstal inderdaad mogelijk zou zijn.

54 Noot Röling bij HR 1 maart 1949, *NJ* 1949/308.

**55** D.H. de Jong, in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., *Wetboek van Strafvordering*, art. 261 Sv, aant. 17.6 (online, bijgewerkt tot 1 september 2016). E. André de la Porte, *De telastelegging in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1976, art. 261 Sv, aant. 49.

**56** Hartevelt 1999, p. 182-183.

**57** D.H. de Jong, in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., *Wetboek van Strafvordering*, art. 261 Sv, aant. 17.6 (online, bijgewerkt tot 1 september 2016). Zie ook Reijntjes 1993, p. 74.

**58** Zie in die zin Kooijmans in zijn annotatie bij HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:227, *NJ* 2017/137.

**59** HR 10 november 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB4395 *NJ* 1971/42; HR 14 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2903, *NJ* 2006/65.

**60** J. Boksem, *Op den grondslag der telastelegging. Beschouwingen naar aanleiding van het Nederlandse grondslagstelsel* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 278.

**61** Zie de publicaties van Abels en Nijboer in het *NJB* en de reacties van Mulder daarop: I.M. Abels & J.F. Nijboer, 'Alternatieve bewezenverklaring in strafzaken', *NJB* 1979, p. 200-205; G.E. Mulder, 'Over alternatieven in de telastelegging', *NJB* 1979, p. 951-955; I.M. Abels & J.F. Nijboer, 'Tegen alternatieven in de bewezenverklaring' *NJB* 1979, p. 956-959; G.E. Mulder, 'Nog eens alternatieven in de telastelegging', *NJB* 1980, p. 12-13; I.M. Abels & J.F. Nijboer, 'Alternatieven in de bewezenverklaring', *NJB* 1980, p. 206-207.

**62** Mulder 1979, p. 953-955.

**63** Daar komt nog bij dat de keuze voor de grondslagleer niet de enig denkbare is, dus ook indien de alternatieve kwalificatie zou leiden tot het loslaten daarvan is dat niet per definitie reden om ervan af te zien.

**64** Concept-MvT bij de Vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Berechting), p. 7.

**65** I.M. Abels & J.F. Nijboer, 'Alternatieve bewezenverklaring in strafzaken', *NJB* 1979, p. 202. Zonder zich met het argument te vereenzelvigen Boksem 1996, p. 279 en 282, vn. 137; Hartevelt 1999, p. 182.

**66** 2. Strafsenat des BGH, Anfragebeschluss van 28 januari 2014 (NStZ 2014, 392ff.), m.n. punt 18-26, besproken door K. Rogall, in: W. Mitsch, *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München: Beck 2018, Erster Teil, Allgemeine Vorschriften: Vorbemerkungen, Rn. 31.

**67** Zie in die zin ook J.F. Nieboer & W.L. Borst, in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Wetboek van Strafvordering*, artikel 338 Sv, aant. 29 (online, bijgewerkt tot 1 augustus 1993).

**68** Bundesgerichtshof Beschluss GSSt 1/17 van 8 mei 2017, ECLI:DE:BGH:2017:080517BGSST1.17.0.

**69** Ik hecht er niettemin aan nogmaals te benadrukken dat ik ervan uitga dat beide scenario's steun moeten vinden in de bewijsmiddelen. Ik ben geneigd om tot een andersluidend oordeel te komen indien die eis wordt losgelaten, maar die situatie valt buiten het bestek van deze bijdrage en laat ik daarom nu verder rusten.

**70** HR 20 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:367. De Hoge Raad wijst in dit arrest op art. 3:83 lid 3 BW, op grond waarvan de eigenaar van een roerend goed die zijn bezit door diefstal heeft verloren zijn goed kan opeisen.

**71** Hartevelde 1999, p. 183. Zie daarnaast over dit probleem in het Duitse recht Linder 2017, p. 320.

Trefwoorden: **Strafprocesrecht, Modernisering van strafvordering, Alternatieve kwalificatie, Kwalificatiebeslissing, Samengestelde tenlasteleggingen**