

Artikel

Over de omvang van het hoger beroep

De uitleg van de tenlastelegging en de beperking van het hoger beroep nader beschouwd

Mr. M. (Menco) Rasterhoff en mr. D. (Dino) Bektesevic*

NTS 2020/78

1. Inleiding

De officier van justitie of verdachte die zich niet kan verenigen met een in een strafzaak gewezen vonnis, kan daarvan in de regel in hoger beroep komen bij het gerechtshof. In 2019 deden hoven meer dan 30.000 strafzaken af.¹ Voor zowel het hof als voor procespartijen is het van essentieel belang om te weten wat de omvang van het hoger beroep is. Het hof doet immers recht op de grondslag van de tenlastelegging (en het verhandelde ter terechtzitting) en moet vaststellen welk gedeelte van de tenlastelegging nog aan zijn oordeel is onderworpen. Zowel de officier van justitie als de verdachte kan (alsnog) willen afzien van het (doorzetten van het) hoger beroep als blijkt dat de omvang een andere is dan hij voor ogen had. Als de officier van justitie de verdachte in eerste aanleg één feit ten laste heeft gelegd, is die omvang eenvoudig vast te stellen. Het kan al ingewikkelder worden als de verdachte meer feiten ten laste zijn gelegd. Nog ingewikkelder wordt het als onduidelijkheid bestaat over de vraag hoeveel feiten ten laste zijn gelegd, zoals – als hierna zal blijken – het geval kan zijn bij samengestelde tenlasteleggingen. Deze laat-

ste situatie komt volgens de Hoge Raad ‘in toenemende mate’ voor.²

Deze bijdrage handelt over de omvang van het hoger beroep, het vaststellen van die omvang en het belang dat de verdachte en de officier van justitie kunnen hebben bij het beperken daarvan. Eerst komt in paragraaf 2 het wettelijk systeem aan de orde. Vervolgens staan wij in paragraaf 3 stil bij het belang dat de procespartijen kunnen hebben bij het beperken van het hoger beroep in geval van veroordelingen. In paragraaf 4 onderzoeken wij aan de hand van rechtspraak van hoven de problemen die kunnen ontstaan bij de uitleg van de tenlastelegging, de vaststelling van de omvang van het hoger beroep in geval van gedeeltelijke vrijspraken en de invloed die de inrichting van de tenlastelegging daarop kan hebben. Zowel in de derde als vierde paragraaf zullen enkele opmerkingen van waarderende aard worden gemaakt en aanbevelingen worden gedaan. De bijdrage besluit in paragraaf 5 met de conclusie.

2. Wettelijk systeem

2.1 Uitgangspunt en uitzondering

Artikel 404 Sv biedt procespartijen de mogelijkheid in hoger beroep te komen van het in eerste aanleg gewezen vonnis. Voor de verdachte geldt bij misdrijven dat beroep mogelijk is als hij niet van de gehele tenlastelegging is vrijgesproken. Voor de officier van justitie staat

* M. Rasterhoff is advocaat bij De Roos & Pen advocaten te Amsterdam.

Mr. D. Bektesevic is advocaat bij Ficq & Partners te Amsterdam.

1. Jaarverslag Rechtspraak 2019, p. 53.

2. HR 24 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:507, NJ 2020/270, m.nt. Mevis, r.o. 1.4.

steeds hoger beroep open.³ Het uitgangspunt van de wet is dat het gehele vonnis onderworpen is aan het oordeel van het hof.⁴ Bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering heeft dit tot de nodige discussie geleid, waarbij uiteindelijk de keuze is gemaakt partieel appel niet toe te laten.⁵ Het argument dat aan partijen moest worden overgelaten wat in hoger beroep nog ter beoordeling voor zou liggen aan het hof, werd daarbij ondergeschikt geacht aan het tegenargument dat een beperkt appel niet zou stroken met de taak van de strafrechter te zoeken naar de materiële waarheid. Als het beroep beperkt zou kunnen worden tot de strafmaat, dan zou de appelrechter straf moeten opleggen terwijl hij zich mogelijk niet met de bewezenverklaring of kwalificatie van de rechtbank kan verenigen.⁶ Het verbod op beperkt appel brengt met zich dat het beperken van het beroep tot beslissingen over bijvoorbeeld de strafmaat niet mogelijk is.⁷ Ook andere beslissingen, zoals die omtrent de vordering van de benadeelde partij, de vordering tenuitvoerlegging van een voorwaardelijke straf of het beslag kunnen op zichzelf niet buiten het beroep worden gehouden.⁸ Bij invoering van de Wet stroomlijnen hoger beroep⁹ is de keuze het partieel appel niet toe te laten gehandhaafd¹⁰ en ook in de (nabije) toekomst zal hierin geen verandering komen.¹¹ Naast dat de minister instemt met de redenen die bij totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering tot afwijzing van het partieel appel hebben geleid, worden als argumenten genoemd dat partieel appel een aanzuigende werking zou kunnen hebben en daarnaast dat de toegevoegde waarde ervan, gelet op de uitbouw van het concept van het voortbouwend appel, beperkt zou zijn.

Het uitgangspunt dat het beroep slechts tegen het gehele vonnis kan worden ingesteld, kent slechts één uitzondering. Deze uitzondering is te vinden in het tweede lid van het sinds 1926 ongewijzigde artikel 407 Sv. Dat artikel luidt als volgt:

3. Zie voor de uitzondering ten aanzien van bagatelzaken art. 404 lid 2 Sv en voor de uitzondering op de uitzondering met betrekking tot bepaalde verstekzaken art. 404 lid 3 Sv.
4. Ook de onderdelen waarvan de verdachte is vrijgesproken. HR 7 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0439, NJ 1996, 584; HR 20 februari 1939, ECLI:NL:HR:1939:215, NJ 1939, 973 m.nt. Taverne.
5. Zie hierover A.J. Blok & L.Ch. Besier, *Het Nederlands strafprocesrecht, tweede deel*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1925, p. 355-358. Zie met verwijzingen naar (de discussie in) de wetgeschiedenis J. de Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 183-188.
6. *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 150.
7. Naar Duits recht ook wel horizontale beperkingen genoemd, zie B.F. Keulen, 'Naar een appel met appeal: Over bezwaar en (hoger) beroep in strafzaken', *RM Themis* 2012, p. 8.
8. Zie met betrekking tot de vordering tenuitvoerlegging HR 14 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9760, NJ 1994/675, en recent nog HR 6 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:389. Zie ten aanzien van het beslag bijvoorbeeld HR 29 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0253, NJ 1988/878.
9. *Stb.* 2006, 470.
10. *Kamerstukken II* 2005/06, 30320, nr. 3, p. 8-11 en 14-15.
11. Zie in het kader van Modernisering strafvordering de recent gepubliceerde ambtelijke versie van het wetsvoorstel (art. 5.4.4) en de memorie van toelichting (p. 871-872), beide te raadplegen via www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2017/11/13/documenten-modernisering-wetboek-van-strafvordering.

- ‘1. Het hoger beroep kan slechts tegen het vonnis in zijn geheel worden ingesteld.
2. Zijn echter in eersten aanleg strafbare feiten gevoegd aan het oordeel van de rechtbank onderworpen, dan kan het hooger beroep tot het vonnis voor zoover dit eene of meer der gevoegde zaken betreft, worden beperkt.’

Bij gevoegde feiten kan het beroep wel worden beperkt tot een of meer van die feiten.¹² De gedachte hierachter is dat de feiten ook apart hadden kunnen worden vervolgd.¹³ Onder ‘gevoegde’ feiten moeten blijkens rechtspraak van de Hoge Raad worden begrepen cumulatief ten laste gelegde feiten.¹⁴

Als sprake is van een samengestelde tenlastelegging met cumulatief tenlastegelegde feiten,¹⁵ kan een of meer van die feiten buiten het hoger beroep worden gehouden. Beperken is niet toegestaan bij een samengestelde tenlastelegging met andere dan cumulatief ten laste gelegde feiten. Het gaat dan om óf de vaak voorkomende primair/subsidiaire tenlastelegging¹⁶ óf, zij het heel sporadisch, de alternatieve tenlastelegging, waarin de officier van justitie de rechter de keuze biedt hetzij het ene, hetzij het andere alternatief bewezen te verklaren.¹⁷

Voorts kan de officier van justitie de tenlastelegging inrichten als een cumulatief/alternatieve, vaak gekenmerkt door de woorden ‘en/of’ tussen de onderscheidene feiten. De officier van justitie laat in zo’n geval de keuze aan de rechter om de tenlastelegging hetzij als cumulatief hetzij als alternatief op te vatten. De Hoge Raad op zijn beurt laat de interpretatie van de tenlastelegging aan de feitenrechter. Eerst als de uitleg van de tenlastelegging onvereenigbaar is met de bewoordingen ervan, grijpt de Hoge Raad in.¹⁸

2.2 Beperken: hoe en wanneer?

Het beperken van het hoger beroep kan op twee manieren geschieden. In de eerste plaats kan het appel beperkt

12. Uiteraard geldt ook hier dat beroep tegen vrijspraken van gevoegde feiten niet mogelijk is (art. 404 lid 5 Sv).
13. Blok & Besier 1925, p. 357.
14. Zie bijvoorbeeld HR 8 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2521, NJ 2016/60 m.nt. Mevis en HR 7 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4196. Feiten kunnen door de officier van justitie gevoegd worden aangebracht (art. 259 Sv), terwijl de rechtbank ook ter zitting de voeging kan bevelen (art. 285 Sv).
15. Niet te verwarren met de op onderdelen samengestelde tenlastelegging, zie G.J.M. Corstens, bewerkt door M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 673.
16. Reijntjes spreekt in dit verband over de gelede tenlastelegging, J.M. Reijntjes, *De dagvaarding in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2011, p. 129.
17. In dat geval moet de rechter kiezen, tenzij zijn keuze niet van belang is voor de strafrechtelijke betekenis van het bewezenverklaarde. Zie met verwijzingen naar de relevante rechtspraak J.F. Nijboer, bewerkt door P.A.M. Mevis, J.S. Nan & J.H.J. Verbaan, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 37-38. In Modernisering Strafvordering wordt voorgesteld de rechter niet langer tot deze keuze te verplichten, tenzij dat niet te verenigen is met een goede procesorde, zie art. 4.3.4 lid 2.
18. Zie bijvoorbeeld HR 6 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1021; HR 3 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8393, NJ 2007/210 en voor een ouder voorbeeld HR 24 juli 1928, ECLI:NL:HR:1928:5, NJ 1928, p. 81.

worden ingesteld,¹⁹ in de tweede plaats kan een onbeperkt of reeds beperkt ingesteld hoger beroep later op de voet van artikel 453-454 Sv gedeeltelijk worden ingetrokken. De intrekking moet plaatsvinden vóór de aanvang van de behandeling van het hoger beroep, dat wil zeggen voordat de voorzitter de zaak heeft doen uitroepen.²⁰ Aan elke beperking die hierna wordt aangebracht, zal het hof voorbij moeten gaan. Andere mogelijkheden om de omvang van het beroep te beperken, bijvoorbeeld bij appelschriftuur of mondeling ter zitting, zijn niet toegelaten.²¹ Ten aanzien van het uiterste moment van intrekken van het hoger beroep als zodanig gaat de huidige regeling in het voorstel van de minister op de schop. In artikel 5.4.5 wordt voorgesteld dat het hoger beroep uiterlijk later dan een week nadat de ontvangst van de processtukken aan de procespartij is betekend. Voor deze veranderingen lijken efficiëntieoverwegingen doorslaggevend te zijn. Hoven zal immers (in theorie) de nodige voorbereidingstijd worden bespaard doordat intrekkingen kort voor inhoudelijke behandelingen worden uitgebannen.²²

De Hoge Raad houdt strikt de hand aan het verbod op beperkt appel. Het opnemen van een ontoelaatbare beperking in de akte leidt in beginsel tot de niet-ontvankelijkheid van de verdachte in het gehele beroep.²³ De ratio hiervan is dat de appelrechter niet kan beoordelen of de verdachte zijn beroep ook zonder deze niet-toegestane beperking zal willen doorzetten.²⁴ Uiteindelijk behoeft de soep echter niet zo heet te worden gegeten als zij wordt opgediend: verschijnt de verdachte, of namens hem zijn gemachtigd raadsman, ter zitting en wordt door of namens de verdachte te kennen gegeven dat hij zijn beroep zonder de ongeoorloofde beperking wil doorzetten, dan wordt geen acht geslagen op de beperking en blijft niet-ontvankelijkheid achterwege.²⁵

2.3 Niet-ontvankelijkheid ex artikel 416 Sv

Verder komt het voor dat het beroep onbeperkt wordt ingesteld, maar dat bij aanvang van de behandeling in hoger beroep (of later) blijkt dat de advocaat-generaal of de verdachte tegen het gehele vonnis of tegen een deel daarvan geen bezwaren (meer) heeft. In die gevallen kan het, mede gelet op het voortbouwende karakter van het hoger beroep, weinig zinvol zijn de procedure te laten voortduren. Artikel 416 Sv biedt daarvoor een oplossing. Het tweede lid van dat artikel biedt het hof de mogelijkheid het beroep van de verdachte zonder onder-

zoek van de zaak zelf niet-ontvankelijk te verklaren als door of namens hem geen schriftuur houdende grieven is ingediend en ook op zitting geen mondelinge bezwaren tegen het vonnis zijn opgegeven. Het derde lid bepaalt dat het beroep van de officier van justitie zonder onderzoek van de zaak niet-ontvankelijk kan worden verklaard, als het openbaar ministerie niet een schriftuur houdende grieven heeft ingediend.²⁶ Met de in die leden bedoelde situaties is gelijk te stellen dat de verdachte of het openbaar ministerie zijn initiële bezwaren niet handhaaft.²⁷ Bij een partiële toepassing van artikel 416 Sv gelden dezelfde grenzen als bij het beperken van het hoger beroep ex artikel 407 Sv.²⁸ Het hof kan de bevoegdheid tot niet-ontvankelijkverklaring ambtshalve aanwenden in elk stadium van het geding, maar de procespartijen kunnen ook verzoeken toepassing te geven aan die bevoegdheid.²⁹ De afwijzing van zo'n verzoek of vordering zal echter, gezien het feitelijke karakter van een dergelijk oordeel, in cassatie slechts beperkt worden getoetst.³⁰ Zo lijkt de enkele omstandigheid dat het hof niet uitsluit dat het tot een andere beslissing komt dan de rechtbank, voldoende te zijn om de begrijpelijkheidstoets in cassatie te doorstaan.³¹ Evenmin wordt van het hof een uitgebreide motivering verlangd. Het is zelfs de vraag of het verzuimen te beslissen op een dergelijk verzoek steeds tot cassatie zal leiden. De wet bedreigt dit verzuim niet met nietigheid. Mogelijk laten zich gevallen denken waarin het uitblijven van een beslissing zo moet worden begrepen dat het hof kennelijk geen behoefte heeft gevoeld gevolg te geven aan het verzoek van de verdediging. De Hoge Raad zal dan de kale, impliciete afwijzing toetsen op haar begrijpelijkheid.

2.4 'Bepalen' van straf ex artikel 423 lid 4 Sv

Als de verdachte of officier van justitie een feit waarvoor de verdachte is veroordeeld buiten het hoger beroep houdt, dan zijn de bewezenverklaring en de beslissingen omtrent de strafbaarheid ten aanzien van het feit en de verdachte in steen gebeiteld. Wat rest is de straf. Ingevolge artikel 423 lid 4 Sv wordt door het hof ter zake van dat buiten het beroep gehouden feit de straf 'bepaald'. Bij dat bepalen is van belang dat het hof niet zelf een sanctie oplegt die het passend en geboden acht, maar 'dat het hof moet beslissen welk gedeelte van de hoofd-

19. Op de wijze zoals omschreven in art. 451 Sv, ofwel door een verklaring als bedoeld in art. 451a Sv.
 20. Art. 270 jo. 415 Sv. HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BP2709, NJ 2013/531 m.nt. Mevis, r.o. 3.3.
 21. HR 3 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ5505, NJ 2007/211; HR 29 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2313.
 22. Ambtelijke versie memorie van toelichting Modernisering Strafverordening, p. 854.
 23. In cassatie is dat anders. De Hoge Raad gaat aan ongeoorloofde beperkingen van het cassatieberoep voorbij, zie HR 24 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:507, NJ 2020/270, m.nt. Mevis.
 24. HR 28 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO4030, r.o. 2.7.
 25. HR 7 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2819, NJ 2018/61 m.nt. Mevis.

26. Uit HR 2 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0910, NJ 2010/88 volgt dat art. 416 lid 3 Sv mede van toepassing is op de situatie waarin niet tijdig een schriftuur is ingediend.
 27. HR 28 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2709, r.o. 2.4.4.
 28. Zie voor een voorbeeld Hof Amsterdam 13 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3683.
 29. HR 28 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2709, r.o. 2.4.4. In de praktijk plegen met name verdachten die na aanvang van de behandeling van het hoger beroep geen prijs meer stellen op voortzetting ervan, het hoger beroep formeel in te doen trekken. In een dergelijk geval verdient het op informele wijze (per e-mail of brief) op voorhand te kennen geven aan het hof en de advocaat-generaal dat de verdachte geen prijs meer stelt op voortzetting van het hoger beroep de voorkeur boven het intrekken van het beroep, al is het maar om de medewerkers ter griffie het werk te besparen dat komt kijken bij het opmaken van een akte die in juridische zin zonder betekenis is.
 30. HR 28 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2709, r.o. 2.4.4.
 31. HR 25 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:15.

straf en/of bijkomende straf(fen) en/of maatregel(en) geacht moet(en) worden door de eerste rechter te zijn opgelegd ter zake van het feit dat of de feiten die niet aan het oordeel van het hof is/zijn onderworpen'.³² Hiermee wordt voorkomen dat het eerder genoemde principiële bezwaar van de wetgever de kop op steekt, zoals bijvoorbeeld het geval is wanneer het hof een straf moet opleggen voor een feit waarvan het de verdachte zelf zou hebben vrijgesproken. Dat principiële bezwaar blijft bestaan als het hof geen of weinig handvatten krijgt aangereikt van de rechtbank voor het 'bepalen' van de straf, omdat de rechtbank in haar vonnis niet duidelijk maakt welk deel van de straf ter zake van welk feit wordt 'opgelegd'.³³ A-G Vegter schrijft in zoverre terecht dat het hof zich in geval van toepassing van artikel 423 lid 4 Sv bezighoudt met waardering van feiten die niet aan zijn oordeel zijn onderworpen.³⁴ Dit wordt anders als de rechtbank per feit expliciteert welke straf het voor dat feit 'oplegt'.³⁵

In geval van een partiële niet-ontvankelijkheid op de voet van artikel 416 lid 2 of 3 Sv, ligt een analoge toepassing van artikel 423 lid 4 Sv voor de hand.³⁶ De Hoge Raad spreekt in het verband van (partiële) toepassing van artikel 416 lid 2 en 3 Sv immers over 'intrekking'. Dit biedt steun aan de stelling dat het hof vrijstaat te handelen als ware het beroep partieel ingetrokken.³⁷ Bovendien wordt deze situatie expliciet geregeld in het nieuwe Wetboek van Strafvordering. Het tweede lid van het voorgestelde artikel 5.4.31 moet als volgt komen te luiden:

'2. Het eerste lid [op het archaische taalgebruik na gelijkkluidend aan het huidige artikel 423 lid 4 Sv, MR/DB] is van overeenkomstige toepassing indien het ingestelde hoger beroep ten aanzien van een of meer feiten niet-ontvankelijk wordt verklaard.'

3. Voordelen van beperken

Waarom zou een verdachte of officier van justitie het beroep beperken? Een vrijspraak ten aanzien van een cumulatief ten laste gelegd feit behoeft de verdachte niet te beperken, althans het hof verklaart de verdachte in zoverre niet-ontvankelijk in zijn beroep. Een beperking zijnerzijds is dus niet noodzakelijk, maar bespaart het hof wel het moeten uitspreken van de onvermijdelijke niet-ontvankelijkheid. Daarentegen heeft een ontoelaatbare beperking mogelijk niet-ontvankelijkheid van het gehele beroep tot gevolg, waardoor het oppassen geblazen is bij het aanbrengen van beperkingen. Voor de offi-

cier van justitie is de situatie anders. Hij kan immers appelleren tegen zowel vrijspraak als veroordeling.

Voordelen van het beperken van de omvang van het hoger beroep lijken in de praktijk vaak niet te worden gezien. Toch zien wij in twee gevallen die voordelen wel.

3.1 De veroordeling veilig stellen

Het eerste voordeel van een beperking van het hoger beroep kan zijn dat een veroordeling wordt veiliggesteld. Het behoeft weinig inlevingsvermogen om te doorgronden waarom dat voor procespartijen aantrekkelijk kan zijn. Zij kunnen een bewezenverklaring 'accepteren' om te voorkomen dat de strafzaak in hoger beroep minder gunstig uitpakt. De verdachte kiest in dat geval eieren voor zijn geld.

Dit wordt het beste zichtbaar bij een (impliciet) primair/subsidiaire tenlastelegging. Als de verdachte in eerste aanleg is vrijgesproken voor de impliciet primair ten laste gelegde moord, maar is veroordeeld ter zake van de impliciet subsidiair ten laste gelegde doodslag, kan hij het beroep niet beperken tot de veroordeling ter zake van doodslag. Wel kan hij dit feit geheel buiten het beroep houden. Dan is de omvang van het beroep beperkt tot de andere feiten waarvoor hij in eerste aanleg is veroordeeld (bijvoorbeeld vuurwapenbezit en het wegmaken van het lijk) en voorkomt hij dat hij in hoger beroep voor moord wordt veroordeeld. De officier van justitie die in dit voorbeeld voorziet dat de verdachte in hoger beroep ook van de subsidiair ten laste gelegde doodslag zal worden vrijgesproken, kan het gehele feit buiten het beroep houden en op die manier voorkomen dat de verdachte in hoger beroep ten aanzien van het gehele feit de dans ontspringt. De verdachte kan dan in hoger beroep niet voor moord worden veroordeeld, maar in elk geval ook niet van de doodslag worden vrijgesproken. Vanzelfsprekend geldt dit voorbeeld alleen voor zover de andere procespartij van dat feit niet in hoger beroep komt.

Tevens kan een procespartij een feit buiten het hoger beroep willen houden, omdat nevenuitspraken die aan dat feit verknocht zijn haar gunstig voorkomen.³⁸ Dat kan het geval zijn bij vorderingen van de benadeelde partij die zijn toe- of afgewezen of waarin de benadeelde partij niet-ontvankelijk is verklaard, maar ook bij beslissingen omtrent het beslag of een vordering tot tenuitvoerlegging van een eerder opgelegde voorwaardelijke straf.³⁹

3.2 De straf veilig stellen

Het tweede voordeel is dat de verdachte of officier van justitie een feit waarvoor de verdachte is veroordeeld buiten het hoger beroep kan houden, als de rechtbank voor een bepaald feit een bepaalde straf passend en

32. Recent nog HR 11 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:232 onder verwijzing naar HR 2 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3202, NJ 2010/87.

33. Blok & Besier 1925, p. 385-386.

34. ECLI:NL:PHR:2020:589.

35. Blok & Besier 1925, p. 385-386.

36. Vgl. recent Hof Amsterdam 7 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2180.

37. Terecht plaatst de Hoge Raad 'intrekking' tussen aanhalingstekens. Het beroep is immers niet op de voet van art. 453-454 Sv. ingetrokken.

38. Vgl. Hof Amsterdam 7 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2180.

39. Zie over deze nevenuitspraken J.J.I. de Jong, 'De techniek van het bevestigen en vernietigen van het vonnis waarvan beroep', *TPWS* 2019/25.

geboden heeft geacht en hij zich met die straf kan verenigen. Om tot dat inzicht te komen is dienstig dat uit het vonnis gedestilleerd kan worden welke straf de rechtbank passend en geboden heeft geacht voor dat feit. Een complicerende factor daarbij is dat de wet in artikel 55 Sr e.v. omtrent samenloop bepaalt dat in geval van een veroordeling voor meer dan één misdrijf, slechts één straf wordt opgelegd. Daarnaast geldt dat uit wet noch jurisprudentie een verplichting voor de rechter kan worden afgeleid om in de strafmotivering aan te geven welke straf hij *per feit* passend en geboden acht. Dat neemt niet weg dat het de rechter vrijstaat dit wel te doen. Voor de feitenrechter bestaat zo gezegd een gebod noch een verbod per feit te expliciteren welke straf aangewezen is.

Een dergelijke explicitering per feit lijkt wel te veronderstellen dat de straffen per feit in geval van meerdaadse samenloop simpelweg bij elkaar worden opgeteld. De ervaringen in de praktijk stroken niet met die veronderstelling, zo blijkt uit WODC-onderzoek dat de Universiteit Leiden uitvoerde naar meerdaadse samenloop. Hoewel bij meerdaadse samenloop het wettelijk maximum dat op het zwaarste feit is gesteld met ten hoogste een derde kan worden verhoogd, is de ervaring in de praktijk dat bij veroordeling voor meer misdrijven niet telkens zuiver wordt gecumuleerd, maar dat de straf per feit lager uitvalt; ook wel ‘kwantumkorting’ genoemd.⁴⁰ Per feit expliciteren welke straf wordt opgelegd zou dus per saldo ook een strafverhogend effect kunnen hebben, omdat daarmee in feite dicht bij zuivere cumulatie wordt gekomen.⁴¹

3.3 Onderzoek feitenrechtspraak

Om een beeld te krijgen in hoeverre rechtbanken per feit expliciteren welke straf wordt ‘opgelegd’, hebben wij alle gepubliceerde strafrechtelijke uitspraken (n=404) bekeken die in de maand juni 2020 door rechtbanken zijn gedaan.⁴² 175 van die uitspraken waren relevant, in die zin dat dit vonnissen betrof waarin de rechtbank het bewezenverklaarde had gekwalificeerd als meer dan één misdrijf en daarvoor straf had opgelegd.⁴³ De overige uitspraken (n=229) waren in dit kader niet relevant. Het ging dan hoofdzakelijk om integrale vrijspraken en veroordelingen voor niet meer dan één misdrijf. Verder kwamen onder meer overleveringsuitspraken,⁴⁴ vonnissen waarin een isd- of louter een tbs-maatregel

werd opgelegd,⁴⁵ tussenvonnissen,⁴⁶ en wrakingsbeslissingen⁴⁷ voorbij.

Van de 175 relevante vonnissen is in negen gevallen uit de strafmotivering zonder meer af te leiden welke straf per bewezenverklaard feit wordt ‘opgelegd’.⁴⁸ In de overige gevallen (n=166) blijkt dit niet. Aangenomen dat deze steekproef representatief is, luidt de conclusie dat in het overgrote deel van de gevallen rechtbanken niet per feit straf ‘opleggen’. In de feitenrechtspraak is te zien dat in het gros van de uitspraken omstandigheden spelen die maken dat het zo kan zijn dat de rechter afziet van het per feit expliciteren welke straf wordt ‘opgelegd’ of eenvoudigweg het nut daarvan niet ziet. Zo komen zaken voorbij waarin ten aanzien van het onvoorwaardelijke deel van de gevangenisstraf wordt volstaan met de tijd die de verdachte reeds in verzekering en voorlopige hechtenis heeft doorgebracht. In zulke gevallen lijkt uitsplitsing van de straf niet zinvol.⁴⁹ Als een voorwaardelijk strafdeel wordt opgelegd is het expliciteren per feit evenmin eenvoudig.⁵⁰ Bovendien is vaak weliswaar geen sprake van eendaadse samenloop, maar wel van een situatie die daar tegenaan schuurt. Ook doet zich de situatie voor dat een betrekkelijk zwaar en een betrekkelijk licht feit worden bewezenverklaard, wat ertoe kan leiden dat het zwaardere feit het lichtere absorbeert.⁵¹ Maar ook op het moment dat het om duidelijk te onderscheiden feiten gaat en bovenstaande perikelen zich niet voordoen, wordt zelden per feit geëxpliciteerd welke straf daarvoor volgt.⁵²

3.4 Tussenconclusie en waarderende opmerkingen

Het beperken van de omvang van het hoger beroep kan om twee redenen voordelig zijn. De procespartij die het beroep instelt kan een veroordeling willen uitsluiten van het hoger beroep, omdat bij het niet-uitsluiten het risico ontstaat dat de strafzaak nadeliger uitpakt. Daarnaast kan het raadzaam zijn de veroordeling van een feit uit te sluiten als de procespartij kan leven met de straf die door de rechtbank in zoverre moet worden geacht te zijn opgelegd. Hiervoor is wel dienstig dat uit de strafmoti-

40. J.M. ten Voorde, C.P.M. Cleiren, C.P.M. Schuyt e.a., *Meerdaadse samenloop in het strafrecht*, Leiden 2013, par. 4.2.5, 5.4 en 7.5. Zie hierover ook F.C.W. de Graaf, *Meervoudige aansprakelijkstelling: Een analyse van rechtsfiguren die aansprakelijkstelling voor meer dan één strafbaar feit normeren* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 95 e.v.

41. Zie over zuivere cumulatie en de wetsgeschiedenis hieromtrent De Graaf 2013, p. 88 e.v.

42. Raadpleegdatum rechtspraak.nl 26 juli 2020. Een verzoek tot het delen van de achterliggende gegevens kan per e-mail worden gericht aan bektesevic@ficqadvocaten.nl of rasterhoff@deroospen.nl.

43. Als de rechtbank een feit kwalificeerde als ‘meermalen gepleegd’, is het in deze categorie opgenomen.

44. Onder meer Rechtbank Amsterdam 2 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2756.

45. Rechtbank Amsterdam 24 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3109.

46. Onder meer Rechtbank Gelderland 3 juni 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2812.

47. Rechtbank Overijssel 17 juni 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:2069.

48. Zie o.m. Rechtbank Den Haag 26 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5726; Rechtbank Den Haag 25 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5690; Rechtbank Noord-Nederland 25 juni 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2233. Voor voorbeelden buiten onze selectie kan worden gewezen op Rechtbank Amsterdam 7 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8713 en Rechtbank Den Haag 25 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11275.

49. In de Aanwijzing kader voor strafvordering meerderjarigen (*Stcr*. 2019, 14890) – gelet op het afnemend strafnut van steeds zwaardere sancties – onder ogen gezien dat cumulatie slechts tot op zekere hoogte kan worden doorgezet.

50. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Noord-Nederland 18 juni 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2191.

51. Rechtbank Noord-Nederland 9 juni 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2082.

52. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 3 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:4890; Rechtbank Limburg 30 juni 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:4922.

vering blijkt welke straf de rechtbank ter zake van dat betreffende feit aangewezen achtte. In de jurisprudentie zien wij dat in vonnissen zelden per feit de straf wordt ‘bepaald’ en gemotiveerd.

Een mogelijk voordeel van het per feit ‘opleggen’ van straf, is dat in het geval de procespartij ten aanzien van een bepaald feit kan leven met de straf, zij dat betreffende feit uitsluit van het hoger beroep. Waar nu met name de verdachte vaak nog onbeperkt hoger beroep instelt – onder het mom van ‘het kan toch geen kwaad’ – kan het voor hem in dergelijke situaties aantrekkelijk zijn het beroep te beperken. Dat heeft efficiëntievoordelen in hoger beroep: het hof hoeft zich dan niet te buigen over het niet aan de orde zijnde feit. Aan de andere kant zal het per feit expliciteren in eerste aanleg (enige) tijd kosten. Zo bezien is het maar de vraag of per saldo wel een efficiëntievoordeel optreedt. Belangrijker is evenwel het volgende. Als de rechtbanken niet per feit straf ‘opleggen’, dan blijft het principiële bezwaar van de wetgever gelden: het hof moet zich dan over de straf buigen, terwijl het zich mogelijk niet kan verenigen met de bewezenverklaring en/of kwalificatie.⁵³ Een dergelijke praktijk strookt in zoverre niet met de bedoelingen van de wetgever en bezien vanuit dat perspectief is het expliciteren van straf per feit wenselijk. Voor een motivering per feit pleit in meer algemene zin dat daarmee de rechter aan de verdachte – maar ook aan de rest van de maatschappij, het openbaar ministerie en slachtoffers/nabestaanden – inzichtelijk maakt welke straf hij verdient voor de afzonderlijke feiten.⁵⁴ Tegenover deze argumenten staat dat het, zoals in de vorige subparagraaf naar voren kwam, lang niet in elk geval even noodzakelijk en eenvoudig is tot een dergelijke uitsplitsing te komen. De aanbeveling van de Universiteit Leiden om in bepaalde gevallen de straf per feit of per groep van feiten uit te splitsen onderschrijven wij van harte, waarbij dus wel moet worden opgemerkt dat die ‘bepaalde’ gevallen beslist niet alle gevallen in de praktijk betreffen.⁵⁵ Aanleiding om de wettelijke regeling zo in te richten dat de rechter wordt verplicht de straf per feit te ‘expliciteren’, zien wij op basis van het beperkte jurisprudentieonderzoek niet.

4. (On)duidelijkheid over de omvang in geval van vrijspraken

De verdachte of officier van justitie die overweegt in hoger beroep te komen van een vonnis, heeft belang bij

53. Zie voor een voorbeeld waarin het hof een andere straf oplegde dan dat de politierechter naar het oordeel van het hof werd geacht te hebben gedaan Hof Amsterdam 23 augustus 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3063.

54. Zie hierover ook Ten Voorde, Cleiren, Schuyt e.a. 2013, par. 7.4.2 en 7.7.2.

55. Ten Voorde, Cleiren, Schuyt e.a. 2013, par. 7.7.2.

duidelijkheid over de omvang van een eventueel hoger beroep. Om te kunnen inschatten welke risico’s zij in appel loopt, zal een procespartij in de regel nauwkeurig willen weten welke feiten ter beoordeling aan het hof komen voor te liggen. Het kan aantrekkelijk zijn alleen hoger beroep in te stellen als zeker is dat bepaalde cumulatieve feiten in hoger beroep niet opnieuw aan de orde zijn.

Om het procesrisico goed te kunnen beoordelen is een nauwkeurige maatstaf, die niet of nauwelijks twijfel laat over de vraag hoe de tenlastelegging moet worden begrepen, van belang. Een dergelijke maatstaf ontbreekt echter. De rechtspraak van de Hoge Raad biedt geen duidelijkheid over de vraag wanneer een feit cumulatief ten laste gelegd is. A-G Wortel huldigt in een conclusie in 2005 de opvatting dat artikel 407 Sv slechts beperking toelaat in geval van ‘verschillende, van elkaar te onderscheiden en daarom zelfstandig te beoordelen, feiten’. Daarbij is niet verwezen naar jurisprudentie of literatuur, zodat niet blijkt waaraan deze definitie is ontleend.⁵⁶ Deze definitie biedt slechts in beperkte mate houvast, nog daargelaten dat hierna zal blijken dat zij in de feitenrechtspraak niet telkens wordt toegepast.

Gelet op het ontbreken van een nauwkeuriger maatstaf en de uiterst terughoudende toetsing door de Hoge Raad was onze veronderstelling dat in de feitenrechtspraak niet op eenduidige wijze wordt omgesprongen met de vraag wanneer een feit als cumulatief moet worden aangemerkt. Ter toetsing van deze veronderstelling hebben wij de feitenrechtspraak van de hoven onder de loep genomen.⁵⁷ Daarbij is een onderverdeling gemaakt tussen de inhoudelijke en tekstuele feiten en omstandigheden die door de hoven in aanmerking worden genomen (par. 4.1) en de mate waarin gewicht wordt toegekend aan opvattingen van de procespartijen en/of de rechter in eerste aanleg (par. 4.2). Vervolgens komt het moment waarop de uitleg van de tenlastelegging van betekenis is aan bod (par. 4.3).

4.1 Inhoudelijke en tekstuele aspecten

Een blik op de jurisprudentie van de hoven leert dat de door hen relevant geachte feiten en omstandigheden uiteenlopen en dat de gekozen benaderingen soms onderling tegenstrijdig zijn.

In een deel van de zaken spitst de discussie zich toe op de inhoudelijke, meer feitelijke kant van de zaak, bijvoorbeeld of de verwijten zien op hetzelfde feitencomplex,⁵⁸ met elkaar verweven zijn⁵⁹ en of de gedragingen zodanig met elkaar in verband staan dat niet kan

56. ECLI:NL:PHR:2005:AT2748. Zie in vergelijkbare zin ECLI:NL:PHR:2007:AZ5505.

57. Daarbij hebben we de zoekterm ‘impliciet cumulatief’ gebruikt op rechtspraak.nl op diverse momenten in mei/juni 2020. Volledigheidshalve merken wij op dat het ons niet erom te doen is een uitputtend overzicht te geven van de rechtspraak op dit punt, maar meer om globaal inzichtelijk te maken welke benaderingen in de feitenrechtspraak zijn te ontwaren.

58. Hof Amsterdam 8 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5236.

59. Hof Den Haag 21 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1007.

worden gesproken van gevoegde zaken.⁶⁰ Ook doen zich gevallen voor waarin het buiten twijfel staat dat de verdachte slechts één gedraging wordt verweten, maar waarbij het mogelijk is dat die gedraging meerdere juridische kwalificaties oplevert.⁶¹ In dergelijke zaken kan worden betoogd dat de verschillende kwalificaties met zich brengen dat op zichzelf sprake is van afzonderlijke strafbare feiten. Dit laat onverlet dat de officier van justitie ervoor kan kiezen deze feiten vervolgens primair/subsidiar, cumulatief, alternatief of cumulatief/alternatief ten laste te leggen. Kiest hij voor de laatste variant, dan levert dat in de rechtspraak de ene keer wel een cumulatieve uitleg op en de andere keer niet.⁶²

Toegespitst op de in artikel 273f Sr strafbaar gestelde mensenhandel, oordelen hoven wisselend over de vraag of de tenlastelegging cumulatief moet worden uitgelegd. Artikel 273f Sr bevat de strafbaarstelling van een groot aantal handelingen en middelen (korthedshalve door ons aangeduid als deelverwijten). Het komt voor dat een verdachte meerdere deelverwijten worden verweten. De vraag rijst dan of deze deelverwijten cumulatieve feiten zijn. Het hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in zo'n zaak dat één feit was ten laste gelegd, maar in een andere zaak dat sprake was van cumulatieve feiten.⁶³ Het hof Amsterdam oordeelde in twee soortgelijke zaken dat een dergelijke tenlastelegging een cumulatieve was,⁶⁴ terwijl het hof Den Haag in verschillende zaken tot verschillende oordelen kwam.⁶⁵

Het komt – bijvoorbeeld bij mensenhandelzaken – voor dat de verweten feitelijkheden (zoals het gebruikte geweld of de toegepaste dwang) soms slechts eenmaal worden uitgeschreven. Zij kunnen dan de feitelijke grondslag vormen voor een of meerdere deelverwijten. Er wordt wisselend geoordeeld over de vraag welke betekenis toekomt aan het slechts eenmaal uitschrijven van de feitelijkheden. Zo nam het hof Amsterdam in een uitspraak aan dat met deze werkwijze door de steller slechts werd beoogd onnodige herhaling in de tenlastelegging te voorkomen en stond die werkwijze voor het hof niet in de weg aan een uitleg als cumulatieve tenlastelegging,⁶⁶ terwijl het hof Arnhem-Leeuwarden vanwege dat eenmaal uitschrijven een tenlastelegging juist uitlegde als alternatief.⁶⁷

Bij andere zaken ziet het debat op aspecten van meer tekstuele aard. Soms wordt zonder nadere toelichting verwezen naar de tekst/redactie van de tenlastelegging als grondslag voor de gekozen uitleg.⁶⁸ In sommige gevallen wordt een tenlastelegging uitgelegd als cumulatief gelet op het gebruik van de en/of-constructie.⁶⁹ In dat verband kan verder worden gewezen op een uitspraak van het hof Amsterdam, waarin het hof overwoog dat voor zover het gebruik van 'en/of' de strekking heeft strafbare feiten cumulatief en tegelijkertijd alternatief aan de rechter voor te leggen, dergelijke tenlasteleggingen in wezen innerlijk tegenstrijdig zijn, terwijl het hof geen aanleiding had te veronderstellen dat het openbaar ministerie had bedoeld een alternatieve tenlastelegging aan de rechter voor te leggen.⁷⁰ In andere gevallen wordt evenwel uitgegaan van de lijn dat een en/of-constructie een cumulatief/alternatieve tenlastelegging oplevert die de rechter de keuze laat.⁷¹

Ten slotte is in andere zaken het gebruik van gedachte-streepjes ter afbakening van de onderscheidenlijke feiten relevant bevonden, waarbij in een enkel geval de appelrechter een ontbrekende en/of-formulering 'inleest' om daarna tot het oordeel te komen dat sprake is van een cumulatieve tenlastelegging.⁷²

4.2 Wiens opvatting doet ertoe?

De rechtspraak van de Hoge Raad verplicht de feitenrechter er niet toe het standpunt van de rechtbank, het openbaar ministerie⁷³ of de verdediging te volgen. Zoals in paragraaf 2.1 bleek, grijpt de Hoge Raad immers pas in als de uitleg van de tenlastelegging onverenigbaar is met de bewoordingen ervan.

Soms wordt door de appelrechter aansluiting gezocht bij een toelichting of standpunt van de officier van justitie in eerste aanleg.⁷⁴ Dat is niet altijd mogelijk. In sommige gevallen zal niet uit de processtukken blijken wat de officier van justitie als steller heeft beoogd, bijvoorbeeld omdat dit punt in eerste aanleg geen onderwerp van debat is geweest. In zulke gevallen lijkt het accent te verschuiven naar een eigen uitleg door het hof, een interpretatie van de wens van de steller of het standpunt van de advocaat-generaal.⁷⁵

Over de betekenis van het standpunt van het OM is de appelrechtspraak wisselend. In een deel van zaken wordt betekenis toegekend aan het standpunt van de advocaat-

60. Hof Arnhem-Leeuwarden 12 april 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ0982.

61. Bijvoorbeeld door ter zake van dezelfde uitlating zowel groepsbelediging (art. 137c Sr) als aanzetten tot haat (art. 137d Sr) ten laste te leggen.

62. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10978; Hof Leeuwarden 4 mei 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BM3169.

63. Zie de zaak die vooraf ging aan HR 8 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2521 in tegenstelling tot Hof Arnhem-Leeuwarden 20 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2419.

64. Hof Amsterdam 12 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2421 en Hof Amsterdam 20 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3410.

65. Hof Den Haag 9 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:269 en Hof Den Haag 28 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:371 (wel cumulatief) en Hof Den Haag 24 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1524 (niet cumulatief).

66. Hof Amsterdam 12 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2421.

67. Hof Arnhem 17 februari 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BP4965.

68. Hof Den Haag 9 maart 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA0456; Hof Den Haag 7 juni 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX0403.

69. Hof Arnhem-Leeuwarden 3 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:108; Hof Arnhem-Leeuwarden 6 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7247.

70. Hof Amsterdam 19 december 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AV6573.

71. Hof Den Haag 30 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1082; Hof Amsterdam 5 maart 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF8173.

72. Hof Arnhem 3 mei 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BT6699; Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juni 2015 ECLI:NL:GHARL:2015:4798.

73. Vgl. HR 8 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2521.

74. In Hof Amsterdam 22 februari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL6939 en Hof Amsterdam 27 maart 2013 ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ5632 nam het hof de toelichting in het requisitoir in aanmerking.

75. Vgl. Hof Amsterdam 16 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ7878.

generaal.⁷⁶ Door het hof Arnhem-Leeuwarden is in een uitspraak uit 2018 tot uitgangspunt genomen dat de bedoeling van de steller van de tenlastelegging moet worden gerespecteerd, in welk verband ook betekenis toekomt aan mededelingen van de advocaat-generaal.⁷⁷ Datzelfde hof volgde in diverse andere zaken de advocaat-generaal niet, omdat het hof oordeelde dat de officier van justitie als steller van de tenlastelegging een andere uitleg voor ogen stond dan de advocaat-generaal wenste.⁷⁸ Het hof Amsterdam week in een zaak, mede gelet op de procesgang in eerste aanleg en een aldaar gedane wijziging van de tenlastelegging, af van het standpunt van de advocaat-generaal.⁷⁹ Voor de conclusie dat de opvatting van het openbaar ministerie, hetzij ingenomen door de officier van justitie, hetzij door de advocaat-generaal, zonder meer leidend is bij de uitleg, bestaat gelet op deze feitenrechtspraak geen grond.

De rol van de verdediging lijkt beperkt tot het innemen van een standpunt over de gewenste uitleg van de tenlastelegging, zonder dat aan dat standpunt zelfstandige betekenis toekomt. Slechts in een enkel geval wordt ook de door de verdediging gegeven uitleg in de beoordeling betrokken.⁸⁰

Omdat het oordeel over de uitleg van de tenlastelegging is voorbehouden aan de feitenrechter die zich over de zaak buigt komt in appel geen zelfstandige betekenis toe aan de uitleg van de tenlastelegging door de rechtbank. Het hof is niet gebonden aan het oordeel van de lagere rechter. Het hof Arnhem oordeelde dat een expliciete deelvrijspraak in eerste aanleg niet maakt dat de betreffende deelverwijten (het ging om bepaalde kinderpornografische afbeeldingen waarvan de rechtbank had vrijgesproken) in appel niet aan de orde zijn.⁸¹

Gelet op de geconstateerde veelvoud aan verschillende benaderingen en maatstaven kan de tussenconclusie worden getrokken dat de eerder genoemde veronderstelling dat in de feitenrechtspraak niet op eenduidige wijze wordt omgesprongen met de uitleg van de tenlastelegging bevestiging vindt.

76. In Hof Amsterdam 5 november 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY2548 nam het hof in aanmerking dat de uitleg van de advocaat-generaal niet in strijd is met 'bewoordingen en strekking' van de tenlastelegging. In Hof Amsterdam 16 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2013:BY8481 werd acht geslagen op het standpunt van de advocaat-generaal en 'wat verder ter zitting naar voren gekomen is'. In Hof Den Haag 9 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2943 werd acht geslagen op de mededeling van de advocaat-generaal. Vgl. ook Hof Den Haag 21 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1007.

77. Hof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:5635.

78. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10978 en Hof Arnhem-Leeuwarden 20 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3124.

79. Hof Amsterdam 19 december 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AV6573. In Hof Amsterdam 5 maart 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF8173 werd nog geoordeeld dat een en/of-tenlastelegging met zich bracht dat het feit in volle omvang aan het hof voorlag.

80. In Hof Amsterdam 19 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4358 werd in aanmerking genomen dat de advocaat-generaal door te rekwireren ter zake van een feit impliciet had laten blijken dat het feit haars inziens voorlag, terwijl de verdediging eveneens vrijspraak had bepleit.

81. Hof Arnhem 25 januari 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV2126.

4.3 Moment van beoordelen

Gedurende de strafprocedure kan de omvang van het geding en uitleg van de tenlastelegging op verschillende momenten onderwerp van discussie zijn. Tijdens de behandeling in eerste aanleg valt daarbij te denken aan de voordracht van de zaak door de officier van justitie, een vordering tot wijziging van de tenlastelegging, het requisitoir en het pleidooi. Het is ook mogelijk dat de uitleg van de tenlastelegging in eerste aanleg geen onderwerp van discussie is geweest en pas bij het instellen van hoger beroep relevant wordt.

Zoals eerder opgemerkt kan de verdachte of het openbaar ministerie na aanvang van het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep het appel niet meer intrekken. In de praktijk wordt bij aanvang van het onderzoek ter terechtzitting soms een prealabel standpunt ingenomen met betrekking tot de omvang van het hoger beroep.⁸² Dat kan ertoe leiden dat het gerechtshof bij tussenbeslissing de omvang van het hoger beroep bepaalt.⁸³ In een enkel geval kwam het hof bij eindarrest overigens toch tot een andersluidend oordeel (in de zin dat het hof oordeelde dat een cumulatief feit alsnog niet voorlag), waarbij het hof benadrukte dat daarmee geen belangen waren geschaad omdat zowel openbaar ministerie als de verdediging meende dat de verdachte moest worden vrijgesproken.⁸⁴ Weliswaar staat het een procespartij vrij om – bijvoorbeeld na een tussenbeslissing op het prealabele verweer – kenbaar te maken dat (alsnog) geen grieven bestaan en kan het gerechtshof dan het beroep op de voet van artikel 416 lid 2 of 3 Sv niet-ontvankelijk verklaren, maar het gerechtshof is daartoe – zoals bleek in paragraaf 2.3 – niet gehouden.

4.4 Tussenconclusie en waarderende opmerkingen

Het vaststellen van de omvang van het hoger beroep kan tegen de achtergrond van wat hiervoor aan bod is gekomen licht tot problemen leiden. In beginsel vindt die vaststelling immers aan het einde van de procedure in hoger beroep, bij arrest, plaats, maar in elk geval op een moment dat de procespartij zijn beroep niet meer kan intrekken. Bovendien vindt de vaststelling plaats aan de hand van verschillende criteria die door appelrechters niet eenvormig worden toegepast, terwijl de Hoge Raad bij de toets van die vaststelling in cassatie voor zichzelf nauwelijks een rol ziet weggelegd. Een en ander komt

82. Vgl. Hof Arnhem 25 januari 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV2126.

83. Vgl. Hof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1414; Hof Den Haag 28 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1835. Overigens oordeelde het hof Amsterdam recent in de zaak-Holleeder naar aanleiding van een prealabel verweer dat in hoger beroep het – naast het uitlokken van moord – cumulatief tenlastegelegde medeplegen van (poging tot) moord niet voorligt, nu de verdachte daarvan was vrijgesproken, hetgeen overigens de vraag oproept waarom deze feiten door het OM niet zekerheidshalve alternatief tenlastegelegd waren gelegd (Hof Amsterdam 8 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1904). Vgl. voorts Hof Amsterdam 25 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3003, waarin de rechtbank de grondslag van de tenlastelegging had verlaten, hetgeen aanleiding gaf tot een tussenbeslissing van het hof over de omvang van het hoger beroep.

84. Vgl. Hof Den Haag 17 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:326.

erop neer dat het, zeker bij het instellen van het hoger beroep, vaak niet duidelijk is wat de omvang van het hoger beroep is. Uit oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid komt dit ons onwenselijk voor.

Ook gezien de informatiefunctie van de tenlastelegging behoort geen onduidelijkheid te bestaan over wat de verdachte (in appel nog) wordt verweten. De tenlastelegging strekt er immers toe 'voor de procesdeelnemers – zowel voor het openbaar ministerie en de rechter als voor de verdachte – de inzet van het geding met de vereiste duidelijkheid vast te leggen'.⁸⁵ Het voortbouwende karakter van het hoger beroep brengt met zich dat de discussie in appel zich behoort toe te spitsen op hetgeen partijen verdeeld houdt. Zolang de officier van justitie en de verdachte niet weten welk verwijt in hoger beroep nog voorligt, is dat ongewis. Om die reden is het belangrijk dat zij tijdig duidelijkheid kunnen krijgen over de omvang van het appel en ook in die fase nog de regie hebben over de vraag of het hoger beroep ten gronde wordt behandeld. Onze normatieve gedachten op dit punt laten zich als volgt omschrijven. Indien de officier van justitie of verdachte niet langer prijs stelt op behandeling van zijn hoger beroep omdat het hof oordeelt dat in hoger beroep feiten aan de orde zijn die zij in het geheel niet wensen voor te leggen, dan behoren zij het beroep op die grond te kunnen intrekken, althans de niet-ontvankelijkheid te kunnen afdwingen.⁸⁶ Als de officier van justitie of de verdachte eerder de duidelijkheid zou hebben gehad waar hij recht op heeft, dan zou hij mogelijk het hoger beroep nooit hebben ingesteld. In dat geval zou het hof nimmer kennisnemen van de zaak en evenmin gebruik kunnen maken van zijn bevoegdheid van artikel 416 lid 2 Sv de behandeling voort te zetten ondanks het gebrek aan bezwaren tegen het vonnis. Daarmee is tevens gegeven waarom deze bevoegdheid tot voortzetting van de behandeling niet zou moeten worden ingezet indien de procespartij als gevolg van een tussenbeslissing omtrent de omvang van het hoger beroep haar eigen niet-ontvankelijkheid verzoekt.

Wenst de procespartij na vaststelling van de omvang van het hoger beroep toch door te zetten, dan gelden uiteraard de gebruikelijke risico's – alsnog vrijspraak of veroordeling, alsnog een andere straf, etc. – in appel. Eerst op dat moment zouden ook andere belangen, zoals dat van de samenleving bij oplegging van een andere straf(modaliteit), het belang van een benadeelde partij of de taak van de appelrechter bij het bewaken van de rechtseenheid in de afweging moeten worden betrokken bij beslissingen omtrent de voortzetting van de behandeling in appel.

85. HR 27 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0095, NJ 1996/126. Zie over de begrijpelijkheid van de tenlastelegging en de informatie recent J. Boksem, 'Begrijpelijk ten laste leggen – Zo'n vijftienvintig jaar later...', NTS 2020/57.

86. Voor zich spreekt dat een vereiste zal zijn dat de betreffende procespartij een redelijk standpunt ter zake kan innemen, opdat 'misbruik' van oneigenlijke 'intrekkingen' wordt voorkomen.

Dan blijft over de vraag of en, zo ja, op welke wijze de hiervoor geschetste problematiek kan worden vermeden. Met andere woorden: hoe kan ervoor worden gezorgd dat op dit punt meer rechtszekerheid en rechtsgelijkheid wordt gecreëerd? Voor diverse actoren in de strafrechtpleging is hier een rol weggelegd.

Het openbaar ministerie richt een tenlastelegging vaak cumulatief/alternatief in. Of de keuze voor een en/of-tenlastelegging thans telkens berust op een weloverwogen keuze betwijfelen wij. Vaak lijkt deze voort te komen uit een automatisme om zekerheids- of gemakshalve voor alle ankers te gaan liggen.⁸⁷ Wat daarvan zij, door het gebruik van de en/of-tenlastelegging komt de vrijheid om de tenlastelegging cumulatief óf alternatief op te vatten bij de rechter te liggen. Gelet op de *dominus litus*-positie die de officier van justitie inneemt ten aanzien van het dagvaarden van de verdachte en het opstellen van de tenlastelegging, stuit het verleggen van deze vrijheid naar de rechter in onze ogen op bezwaren. De officier van justitie bepaalt de omvang van het geding en daarbij past beter dat de officier van justitie uitdrukkelijk kiest of de feiten cumulatief of alternatief ten laste worden gelegd. Gelet ook op de informatiefunctie van de tenlastelegging, waarbij het verwijt niet in nevelen gehuld behoort te zijn, mag van het openbaar ministerie worden verwacht dat het deze keuze op voorhand beargumenteerd maakt.⁸⁸ Daarin is overigens ook een belang van het openbaar ministerie zelf gelegen: het kan op die manier de regie houden en voorkomen dat het in hoger beroep wordt geconfronteerd met een onwelgevallige uitleg. Hoewel kan worden betoogd dat de en/of-tenlastelegging de rechter altijd nog de mogelijkheid biedt de verdachte 'in bescherming te nemen' door te kiezen voor een alternatieve uitleg,⁸⁹ geniet het onze voorkeur dat problematiek met betrekking tot het uitleggen van de tenlastelegging wordt voorkomen en die bescherming niet door de rechter behoeft te worden geboden.

Verder verdient het aanbeveling de tenlastelegging vaker op zo'n wijze op te stellen dat bij lezing ervan duidelijk(er) wordt hoe de officier van justitie de tenlastelegging heeft bedoeld in te kleden.⁹⁰ Te denken valt dan eerst en vooral aan het bij een cumulatieve tenlastelegging apart nummeren van de feiten.

Voor de verdachte en/of zijn raadsman lijkt in dit opzicht geen grote rol weggelegd. Hij stelt immers de

87. Een sprekend voorbeeld is Rb. Oost-Brabant 11 juni 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2931. In die zaak werd het voorhanden hebben van een in een tas aangetroffen pistool en jachtgeweer cumulatief/alternatief ten laste gelegd. Het is lastig voorstelbaar dat de officier van justitie in dit geval bewust de keuze aan de rechter heeft gelaten om een van de alternatieven bewezen te verklaren. Zie voor een soortgelijk geval Rechtbank Rotterdam 9 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5430.

88. Mevis, Nan & Verbaan 2017, p. 37 schrijven hierover dat een duidelijke(re) keuze van het openbaar ministerie veel problemen kan voorkomen.

89. A.M. van Woensel in A.A. Franken & T.J. Kelder, Sporen in het strafrecht. Liber amicorum Jan Sjöcrona, Deventer: Kluwer 2014, par. 25.5.

90. In gelijke zin Mevis in zijn noot onder HR 24 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:507, NJ 2017/270, punt 7.

tenlastelegging niet op, terwijl evenmin aan hem het oordeel is hoe die tenlastelegging moet worden begrepen. Dit neemt niet weg dat het raadzaam kan zijn tijdens het onderzoek ter terechtzitting (in eerste aanleg of in hoger beroep) een debat aan te zwengelen over hoe de tenlastelegging moet worden uitgelegd teneinde de officier van justitie een standpunt en de zittingsrechter een oordeel te ontlocken. Ook kan worden gedacht aan het voeren van een verweer strekkende tot de nietigheid van de inleidende dagvaarding wegens innerlijke tegenstrijdigheid voor zover dat ziet op het gebruik van 'en/of'.⁹¹ Een andere optie zou kunnen zijn om bij onzekerheid of een feit cumulatief ten laste is gelegd, de vrijspraak uit te sluiten van het hoger beroep. Indien het hof – anders dan de verdachte – van oordeel is dat het feit niet cumulatief ten laste is gelegd, is sprake van een ongeoorloofde beperking en zal het hof de verdachte de gelegenheid dienen te bieden zich uit te laten over het zonder die beperking doorzetten van het hoger beroep.

Het gebrek aan uniformiteit bij de uitleg van cumulatieve en cumulatief/alternatieve tenlasteleggingen door de hoven brengt voor de procespartijen onzekerheid met zich. Nu de Hoge Raad noch de wetgever een maatstaf voorschrijft die problemen bij de uitleg van de tenlastelegging voorkomt, zouden hoven hierover onderling afstemming kunnen bereiken. Dergelijke afspraken zijn weliswaar geen recht in de zin van artikel 79 Wet RO, maar kunnen wel bijdragen aan meer eenduidigheid en voorspelbaarheid van de rechtspraak op dit punt.⁹² Daarbij kan worden gedacht aan afspraken over de aanvaardbaarheid van en/of-tenlasteleggingen, alsmede aan afspraken voor de eerder beschreven zaken waarbij gedachtestreepjes worden gebruikt in de tenlastelegging, zaken waarin de feitelijkheden slechts eenmaal zijn uitgeschreven en zaken waarin niet ter discussie staat dat er één verweten gedraging is die mogelijk meerdere kwalificaties oplevert. In zaken waarin niet duidelijk is of het om hetzelfde feitencomplex gaat, is de discussie feitelijk van aard en de rechtspraak casuïstisch. Betwifteld kan worden of in die zaken nauwkeuriger maatstaf mogelijk is of dat slechts aan de hand van vuistregels aansluiting gezocht kan worden bij omstandigheden als tijd, plaats, aard en object van de gedraging. Juist omdat een nauwkeuriger maatstaf lastig te geven is, zal een wijziging in de bestendige jurisprudentie van de Hoge Raad vermoedelijk niet snel te verwachten zijn.

De sleutel ligt volgens ons, zoals vaker, vooral bij de wetgever. In de ambtelijke versie van het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering voorziet het eerste lid van artikel 5.4.18 erin dat de voorzitter na de voordracht van de advocaat-generaal de omvang van het hoger beroep vaststelt.

Blijkens de memorie van toelichting volgt die vaststelling uit hetgeen in het register is vastgelegd omtrent de omvang van het hoger beroep.⁹³ Hiermee lijkt dus vooral te worden bedoeld dat melding wordt gemaakt van de akte en wat daarin al of niet aan beperkingen is opgenomen. Van het vaststellen van de omvang in die zin dat het hof aan het begin van de procedure oordeelt over hoe de tenlastelegging moet worden uitgelegd, lijkt geen sprake.⁹⁴ Als aan het belang van duidelijkheid over de omvang van het beroep waarde wordt gehecht, is het begin van de procedure bij uitstrek het moment die omvang te bepalen. Wij bevelen daarom aan dat dit uitdrukkelijk in de wet wordt opgenomen. Als na de vaststelling de procespartij die het beroep heeft ingesteld besluit geen prijs meer te stellen op het hoger beroep, zou zij dat moeten kunnen intrekken, althans de niet-ontvankelijkheid moeten kunnen afdwingen.

5. Conclusies

In deze bijdrage is verkend welke mogelijkheden er voor de verdachte en de officier van justitie zijn het hoger beroep te beperken, welke doelen een beperking kan dienen en welke problemen kunnen ontstaan bij vaststelling van de omvang van het hoger beroep. Het wettelijk kader laat weinig ruimte voor beperking van het hoger beroep, maar binnen dat kader zijn significante voordelen te ontwaren: het veiligstellen van de veroordeling alsmede het veiligstellen van de straf.

Dat in de praktijk dat laatste voordeel niet volledig tot wasdom komt, houdt mede ermee verband dat – zoals uit de feitenrechtspraak blijkt – rechtbanken nauwelijks per feit motiveren welke straf passend wordt geacht. Daar liggen mogelijkheden voor verbetering. Ook voor de rechtspraak kan het, mogelijk vanuit het oogpunt van efficiëntie maar in elk geval met het oog op de maatschappelijke acceptatie van de strafoplegging, aantrekkelijk zijn als rechtbanken meer dan zij thans doen per feit in het vonnis – in gevallen die zich daarvoor lenen – kenbaar maken welk gedeelte van de straf op dat feit ziet.

Daar waar het de uitleg van de tenlastelegging betreft, ligt eveneens ruimte voor verbetering, nu de feitenrechtspraak op dit punt kan worden omschreven als grilloos. Dat zorgt voor een (deels) vermijdbaar debat over een onderwerp dat glashelder behoort te zijn: het strafrechtelijk verwijt dat (in hoger beroep nog) voorligt. Uit de voorgaande bespiegelingen volgt onzes inziens dat op dit punt kansen en verantwoordelijkheden liggen voor – in niet geheel willekeurige volgorde – het openbaar ministerie, de wetgever, de rechter en de verdediging om tot duidelijkere tenlasteleggingen en eenduidi-

91. A.M. van Woensel in A.A. Franken & T.J. Kelder (red.), *Sporen in het strafrecht*. Liber amicorum Jan Sjöcrona, Deventer: Kluwer 2014.

92. LOVS-afspraken zijn niet afkomstig van een instantie die de bevoegdheid heeft rechters te binden wat betreft het gebruik dat zij maken van de hun door de wetgever gelaten ruimte. Zie ten aanzien van oriëntatiepunten in het kader van straftoemeting HR 2 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8838, NJ 2003/570.

93. Ambtelijke versie memorie van toelichting Modernisering Strafvordering, p. 884.

94. Een andere indicator hiervoor is dat het niet in de rede ligt dat de voorzitter (in plaats van het hof) de omvang van het hoger beroep zelfstandig zal kunnen vaststellen.

ger rechtspraak te komen. Het openbaar ministerie kan zich committeren aan het inrichten van duidelijkere tenlasteleggingen en in het bijzonder het vermijden van (onnodig) gebruik van de en/of-tenlastelegging. De wetgever kan voorzien in een regeling waarbij de uitleg van de tenlastelegging en daarmee de omvang van het hoger beroep bij aanvang van de behandeling wordt vastgesteld. De hoven kunnen onderlinge afspraken maken om tot eenduidiger rechtspraak te komen als het gaat om de uitleg van de tenlastelegging. *Last but not least* is het de taak van de verdachte en zijn raadsman om in voorkomend geval debat over die uitleg aan te zwen- gelen en weloverwogen keuzes te maken bij het beperken van het hoger beroep.