

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Grondslagleer: overbodig ten laste gelegde exceptie)

Borgers, M.J.

2009

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2009). *Case note: Hoge Raad (Grondslagleer: overbodig ten laste gelegde exceptie)*, No. 275, Feb 17, 2009. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2009).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

HR 17 februari 2009; grondslagleer: overbodig ten laste gelegde exceptie
NJ 2009, 275, zaaknummer: 07/12764A, LJN:BG5620

Noot van M.J. Borgers

1.

De tenlastelegging in de hierboven afgedrukte zaak is toegesneden op artikel 3 van de Antilliaanse Vuurwapenverordening 1930. Het gaat om een strafbaarstelling die is gebaseerd op de zogeheten techniek van regel en uitzondering: het eerste lid bevat een verbod op het voorhanden hebben van een vuurwapen of munitie, terwijl het tweede lid de uitzonderingen op die verbodsnorm opsomt. Indien het overtreden van een dergelijke strafbaarstelling ten laste wordt gelegd, kan worden volstaan met een tenlastelegging die de bestanddelen van de verbodsnorm omvat. Dat zich geen van de uitzonderingen op de verbodsnorm voordoet, hoeft niet ten laste te worden gelegd. Het enkele feit dat in de verbodsnorm reeds wordt gerefereerd aan de uitzonderingen — zie de woorden ‘behoudens de uitzonderingen in het volgende lid genoemd’ in artikel 3 lid 1 Vuurwapenverordening 1930 —, doet daar niet aan af. Een dergelijke vermelding maakt van de afwezigheid van die uitzonderingen geen delictsbestanddeel (zie De Jong, in: Melai/Groenhuijsen e.a., Het Wetboek van Strafvordering, aant. 3.5 op artikel 261).

Wanneer de steller van de dagvaarding echter — onverplicht — de afwezigheid van de uitzonderingen op de verbodsbepaling ten laste legt, geldt sedert HR 25 februari 1935, NJ 1935, p. 683 m.nt. T dat die afwezigheid een wezenlijk en onmisbaar onderdeel van de tenlastelegging vormt. De rechter zal over dat onderdeel moeten beraadslagen en beslissen, terwijl het onderdeel niet — door middel van een partiële vrijspraak — uit de tenlastelegging kan worden losgemaakt zonder daarmee de grondslag van de tenlastelegging te verlaten. Zie onder andere HR 25 juni 1968, NJ 1969, 20, HR 3 februari 1970, NJ 1970, 278, André de la Porte, De telastelegging in strafzaken, Arnhem: Gouda Quint 1976, p. 78-79, De Jong, De macht van de telastelegging in het strafproces, Arnhem: Gouda Quint 1981, p. 89-92 en de conclusie van A-G Vellinga voor HR 20 juni 2006, NJ 2006, 383, onderdeel 17.

2.

De beslissing van de Hoge Raad in de hierboven afgedrukte zaak sluit aan bij de bestaande lijn in de rechtspraak en biedt in zoverre niets nieuws (vgl. nadien ook HR 24 maart 2009, LJN BH1435, BH1472 en BH1473). Het belang van deze uitspraak blijkt echter wanneer men deze afzet tegen de beslissing in HR 11 februari 2000, NJ 2000, 588 (m.nt. De Jong onder NJ 2000, 589).

In het arrest uit 2000 draait het eveneens om een tenlastelegging die is gebaseerd op artikel 3 Vuurwapenverordening 1930 en waarin is opgenomen dat zich geen van de uitzonderingen van het tweede lid van dat artikel voordoet. Het Hof neemt dit overbodige onderdeel op in de bewezenverklaring. De klacht dat de bewezenverklaring op dit punt ontoereikend is gemotiveerd, verwerpt de Hoge Raad. De Hoge Raad wijst daarbij op de overbodigheid van dit onderdeel in de

tenlastelegging en op het feit dat geen verweer is gevoerd van de strekking dat zich wel een uitzondering op de verbodsnorm voordoet. Dit lijkt te betekenen dat, ook al moet het overbodig ten laste gelegde onderdeel op zich in de bewezenverklaring worden opgenomen, aan dat onderdeel niet of nauwelijks hoeft aandacht te worden geschonken in de bewijsmotivering, behoudens het geval dat ter zake een (serieus) verweer is gevoerd. In de hierboven afgedrukte zaak stelt A-G Knigge dat het arrest uit 2000 aldus moet worden verstaan en ontleent hij aan die duiding van het arrest een argument om ook ten aanzien van de partiële vrijspraak van het overbodig ten laste gelegde onderdeel een coulante benadering te bepleiten. Ook al strookt een dergelijke partiële vrijspraak niet met de vaste rechtspraak van de Hoge Raad, een klacht daarover zou niet tot cassatie moeten leiden indien geen verweer is gevoerd van de strekking dat een uitzondering op de verbodsbepaling toepassing vindt. In een dergelijk geval moet, aldus Knigge, worden gekozen voor een pragmatische oplossing door ofwel aan te nemen dat abusievelijk is vrijgesproken van het overbodig ten laste gelegde onderdeel, ofwel — en dat is een verderstrekkend voorstel — dat onderdeel niet op te vatten als onderdeel van de feitsomschrijving maar slechts als kwalificatieve verduidelijking (conclusie onder 25-26).

Annotator De Jong brengt in zijn noot onder het arrest uit 2000 naar voren dat de beslissing van de Hoge Raad in die zaak ook anders kan worden geduid. Die lezing komt er kort gezegd op neer dat de Hoge Raad geen nadere motivering nodig heeft geacht omdat uit de samenhang tussen de verschillende in deze strafzaak bewezen feiten, waaronder de diefstal van het wapen, reeds genoegzaam blijkt dat zich geen van de uitzonderingen op de verbodsnorm heeft voorgedaan. In de hierboven afgedrukte zaak laat de Hoge Raad zich niet expliciet uit over de wijze waarop het arrest uit 2000 moet worden verstaan. Duidelijk is evenwel dat de Hoge Raad thans geen reden ziet voor de coulante benadering zoals door A-G Knigge voorgesteld. Daarmee kan in retrospectief worden vastgesteld dat het arrest uit 2000 ook niet als een argument ten faveure van een dergelijke benadering kan worden beschouwd. Ook al zou de Hoge Raad — onder omstandigheden — geen hoge eisen willen stellen aan de bewijsmotivering ten aanzien van het overbodig ten laste gelegde ontbreken van uitzonderingen op de verbodsbepaling, dat doet er niet aan af dat dit onderdeel niet uit de tenlastelegging kan worden losgemaakt zonder de grondslag van de tenlastelegging te verlaten.

3.

Waarom houdt de Hoge Raad eigenlijk zo strak vast aan de reeds sinds 1935 geldende lijn in de rechtspraak? Ligt het, mede gelet op de reeds geruime tijd gaande deformaliseringstrend in de rechtspraak over de grondslagleer (vgl. De Jong, NJB 2004, p. 270-280 en Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 645-646), niet veeleer voor de hand om de door A-G Knigge voorgestane benadering te hanteren? Over de redenen waarom de Hoge Raad vasthoudt aan zijn vaste rechtspraak, kan men slechts speculeren. Dat neemt niet weg dat de vraag aan de orde kan worden gesteld of een deformalisering wenselijk zou zijn op het punt van het ten laste zijn gelegd van het zich niet voordoen van uitzonderingen op een verbodsbepaling, of iets ruimer gesteld: het ontbreken van *faits d'excuses*.

Voor de beantwoording van de hier opgeworpen vraag is het nuttig om te kijken naar de redenen die zijn aangevoerd ten faveure van de door de Hoge Raad gehanteerde lijn. Het centrale argument in de

rechtspraak van de Hoge Raad betreft de procespositie van de verdachte. Indien het ontbreken van een *fait d'excuse* ten laste wordt gelegd, zou een verdachte een beroep op dat ontbreken achterwege kunnen laten 'uit de overweging, dat in de telastelegging is gesteld, dat een en ander niet het geval was, en in de gegronde overtuiging, dat de rechter die feiten zal onderzoeken en daarover beraadslagen en beslissen', aldus de Hoge Raad in het arrest uit 1935. In de literatuur wordt voorts gewezen op de consequentie van het overbodig ten laste leggen van het ontbreken van uitzonderingen op de verbodsnorm in relatie tot het stelsel van motiveringsplichten. In een dergelijke situatie geldt een verweer dat ertoe strekt dat zich wel een uitzondering voordoet, immers als een bewijsverweer en niet als een verweer in de zin van artikel 358 lid 3 Sv. Verwerpt de rechter een dergelijk verweer, dan geldt ook niet de responsieplicht van artikel 359 lid 2 (eerste volzin) Sv, maar zullen de redenen voor de verwerping uit de bewijsmotivering moeten blijken. Dat noopt ertoe, aldus de literatuur, om het overbodig ten laste gelegde ontbreken van uitzonderingen op de verbodsnorm als een wezenlijk en onmisbaar onderdeel van de tenlastelegging aan te merken. Zie hierover met name De Jong 1981, p. 91-92. Vgl. ook de noot van Pompe onder HR 23 november 1965, NJ 1966, 293. Opmerking verdient dat deze literatuur is verschenen voor de introductie van de motiveringsverplichting ter zake van uitdrukkelijk onderbouwde standpunten, zoals neergelegd in de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv. Ik kom daar nog op terug.

4.

Bij beide argumenten kunnen kanttekeningen worden geplaatst. Ten aanzien van het eerste argument laat de vraag zich stellen of het voor de procespositie van de verdachte wezenlijk verschil maakt of al dan niet het ontbreken van uitzonderingen op de verbodsnorm onverplicht ten laste wordt gelegd. Het is de taak van de strafrechter om bedacht te zijn op belastende én bevrijdende feiten en omstandigheden. Wanneer concrete aanknopingspunten aanwezig zijn dat zich bevrijdende omstandigheden hebben voorgedaan, dient de rechter daar nader onderzoek naar te doen. De aanwezigheid van dergelijke aanknopingspunten zal in de regel door de verdediging onder de aandacht van de rechter worden gebracht. Dat neemt evenwel niet weg dat de rechter daaraan ook ambtshalve aandacht dient te schenken. De rechter dient dan ook altijd — of het ontbreken van uitzonderingen op de verbodsnorm nu wel of geen onderdeel uitmaakt van de tenlastelegging — erop bedacht te zijn dat in het concrete geval een dergelijke uitzondering zich kan voordoen. Voorts bestaat er naar mijn mening geen aanleiding om een relatie te leggen tussen enerzijds de wijze van ten laste leggen en anderzijds de mate van activiteit die van de verdachte wordt verlangd. Op de verdachte rust nimmer de bewijslast ter zake van de voor hem gunstige feiten en omstandigheden. Wel geldt in zijn algemeenheid dat de kans dat een verweer slaagt, groter is naarmate de daarvoor relevante feiten en omstandigheden beter worden geduid en onderbouwd. Niet valt in te zien waarom de verdachte geen aanleiding zou behoeven te zien om dergelijke feiten en omstandigheden naar voren te brengen wanneer het openbaar ministerie onverplicht het ontbreken van uitzonderingen op de verbodsnorm ten laste legt. Men zou ook kunnen zeggen dat juist omdat het openbaar ministerie zo expliciet naar voren brengt dat zich geen uitzondering op de verbodsnorm voordoet, het op de weg van de verdachte ligt om het tegendeel te beweren. (Zie over de hier geschetste positie van de rechter en de verdachte nader Borgers & Kristen, DD 2005, p. 573-576.)

Waar het gaat om de consequenties van het overbodig ten laste leggen van het ontbreken van uitzonderingen op de verbodsnorm voor de motiveringsverplichtingen, is het kernpunt in de literatuur dat een verweer dat zich richt tegen een dergelijk onderdeel van de tenlastelegging niet tussen wal en schip mag komen te vallen. Het is echter de vraag of het betrekken van het overbodig ten laste gelegde ontbreken van uitzonderingen op de verbodsnorm in de bewijsmotivering veel toegevoegde waarde heeft. Immers, dat de uitzonderingen op de verbodsnorm zich niet voordoen, zal als negatief feit in het algemeen lastig kunnen worden gemotiveerd aan de hand van de bewijsmiddelen. Veelal zal niet meer mogelijk zijn dan een nadere bewijsoverweging van de strekking dat uit de bewijsmiddelen niet blijkt dat zich een relevante uitzonderingsgrond voordoet. Dat is een tamelijk loze kreet. Het zou dan ook te prefereren zijn indien de motiveringsverplichting meer specifiek wordt betrokken op het gevoerde verweer. Nog afgezien van de vraag of dat niet reeds onder het 'oude' stelsel van motiveringsverplichtingen is te verwezenlijken (zie onder 5), kan thans uiteraard niet voorbij worden gegaan aan de introductie van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv. Zolang een verweer van de strekking dat zich een uitzondering op de verbodsbepaling voordoet, voldoet aan de eisen die aan een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt worden gesteld (vgl. HR 11 april 2006, NJ 2006, 393 m.nt. Buruma), vloeit de plicht om het verweer te responderen in ieder geval voort uit de genoemde tweede volzin.

5.

De besproken lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad past bij een traditionele, technisch-juridische benadering van de grondslag van de tenlastelegging, waarin de grondslagleer sterk verweven is met het beslissingschema van artikel 348 en 350 Sv (vgl. reeds Taverne, NJB 1935, p. 149-150 en voorts Simmelink in zijn noot onder HR 25 juni 2002, VR 2003, 40). Uit hetgeen onder 3 en 4 naar voren is gebracht, volgt dat de meer inhoudelijke argumenten die aan de rechtspraak over het overbodig ten laste leggen van het ontbreken van uitzonderingen op de verbodsbepaling ten grondslag liggen, niet — althans niet meer — overtuigend zijn. Dat geeft op zichzelf aanleiding om de lijn in deze rechtspraak te heroverwegen. Daar komt bij dat de grondslagleer reeds in andere opzichten van formalistische trekken is ontdaan. Die deformaliseringstrend lijkt vooral te zijn ingezet teneinde te voorkomen dat 'om puur tenlasteleggingstechnische redenen een formalistische vrijspraak zou moeten worden gegeven' (De Jong, NJB 2004, p. 276). Nu is wijziging van de lijn in de rechtspraak op het punt van het overbodig ten laste leggen van het ontbreken van uitzonderingen op de verbodsnorm op zich niet noodzakelijk om dergelijke vrijspraken te voorkomen. Wanneer een partiële vrijspraak ter zake van het overbodige onderdeel plaatsvindt of indien dit onderdeel wel bewezen wordt verklaard zonder dat de bewijsmotivering daarop is toegesneden, kan het gebrek na terug- of verwijzing betrekkelijk eenvoudig worden hersteld. Daarmee wordt tegelijkertijd duidelijk welk voordeel kan worden behaald met een gewijzigde koers. Namelijk het voorkomen van cassaties in gevallen waarin redelijkerwijs geen twijfel bestaat ten aanzien van de juistheid van de bestreden uitspraak. Dat is ook het kernargument van A-G Knigge om in de hierboven afgedrukte zaak — waarin in feitelijke instantie een verweer ontbrak van de strekking dat zich een uitzondering op de verbodsbepaling voerde, en ook anderszins geen indicaties voorhanden waren dat een dergelijke uitzondering aan de orde was — een pragmatische oplossing te bepleiten teneinde de uitspraak van het Hof in stand te kunnen laten.

Bij deze stand van zaken valt te overwegen om terug te keren naar de voor 1935 gehanteerde lijn in de rechtspraak, waarin het overbodig ten laste leggen van een fait d'excuse als bijkomend en niet voor de beoordeling van de zaak relevant onderdeel van de tenlastelegging werd beschouwd, behoudens het geval dat de verdachte zich juist beriep op het zich voordoen van het fait d'excuse. Vgl. de conclusie van A-G Berger voor HR 25 februari 1935, NJ 1935, p. 683 m.nt. T, met verdere vindplaatsen. Het voorstel van A-G Knigge om het overbodig ten laste gelegde onderdeel op te vatten als kwalificatieve verduidelijking komt vrijwel op hetzelfde neer. Bij een dergelijke benadering ligt het ook voor de hand dat een verweer van de strekking dat zich wel een uitzondering op de verbodsbepaling heeft voorgedaan, wordt aangemerkt als kwalificatieverweer. De verwerping van een dergelijk verweer dient reeds op de voet van artikel 358 lid 3 en 359 lid 2, eerste volzin, Sv te worden gemotiveerd (vgl. HR 13 januari 2009, NJ 2009, 60). Met de hier geschetste benadering wordt recht gedaan aan de belangen van de verdachte, zonder dat de formalistische trekken van de grondslagleer de overhand krijgen.