

University of Groningen

De systematiek van de vermogensdelicten

Sinnige, Vanessa Maria Agatha

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2017

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Sinnige, V. M. A. (2017). De systematiek van de vermogensdelicten: Reden voor verandering? [Groningen]: Rijksuniversiteit Groningen

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

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.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

DE SYSTEMATIEK VAN DE VERMOGENSDELICTEN

Omslagontwerp: Hans Roenhorst, www.h2plus.nl

ISBN 978 90 13 14292 1
ISBN 978 90 13 14293 8 (E-book)
NUR 824-402

© 2017, Vanessa Sinnige, Naarden

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Wolters Kluwer Nederland BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Wolters Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Wolters Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing.

^
Zie inhoud van deze uitgave ook op:
www.wolterskluwer.nl/navigator
v

NAVIGATOR



rijksuniversiteit
groningen

De systematiek van de vermogensdelicten

Reden voor verandering?

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Rijksuniversiteit Groningen
op gezag van de
rector magnificus prof. dr. E. Sterken
en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op
donderdag 30 maart 2017 om 12.45 uur

door

Vanessa Maria Agatha Sinnige

geboren op 11 oktober 1980
te Franekeradeel

Promotor

Prof.mr. G. Knigge

Beoordelingscommissie

Prof.mr. A.J. Machielse

Prof.mr. W.H. Vellinga

Prof.mr. H.D. Wolswijk

INHOUDSOPGAVE

LIJST VAN AFKORTINGEN	IX
Hoofdstuk 1 Inleiding	1
1.1 Inleiding	1
1.2 Onderzoeksvragen	4
1.3 Overzicht, plan van aanpak, afbakening en methodiek	6
Hoofdstuk 2 Formeel en materieel omschreven delicten	9
2.1 Inleiding	9
2.2 Het onderscheid tussen formeel en materieel omschreven delicten in de literatuur	10
2.3 De wetsgeschiedenis	18
2.4 Conclusie	25
Hoofdstuk 3 De vermogensdelicten in Nederland	27
3.1 Inleiding	27
3.2 Diefstal	28
3.2.1 Wetsgeschiedenis	29
3.2.2 Wegnemen (literatuur en jurisprudentie)	41
3.2.3 Conclusies over wegnemen	55
3.3 Verduistering	57
3.3.1 Wetsgeschiedenis	58
3.3.2 Onder zich hebben (literatuur en jurisprudentie)	63
3.3.3 Conclusies over onder zich hebben	76
3.4 Afpersing en oplichting	79
3.4.1 Inleiding	79
3.4.2 Wetsgeschiedenis	81
3.4.2.1 Afpersing	81
3.4.2.2 Oplichting	82
3.4.3 Afgifte van enig goed (literatuur en jurisprudentie)	85
3.4.4 Conclusies over afgifte	92
3.5 Slotbeschouwing	93

Hoofdstuk 4 Overlappen en grensgevallen	95
4.1 Inleiding	95
4.2 Diefstal en verduistering	95
4.3 Diefstal (met geweld) en afpersing	107
4.4 Diefstal en oplichting	114
4.5 Verduistering en oplichting	123
4.6 Afpersing en oplichting	133
4.7 Slotbeschouwing	143
Hoofdstuk 5 De vermogensdelicten in Engeland	145
5.1 Inleiding	145
5.2 Het Engelse rechtssysteem in het kort	145
5.3 Theft	150
5.3.1 Inleiding	150
5.3.2 De Larceny Act 1916	151
5.3.3 De CLRC	155
5.3.4 De Theft Act 1968	160
5.3.4.1 Appropriation	161
5.3.4.2 Dishonesty	172
5.3.4.3 Property	175
5.3.4.4 Belonging to another	176
5.3.4.5 Intention of permanently depriving the owner	179
5.4 Robbery	181
5.5 Blackmail	183
5.6 Burglary	186
5.7 Fraud	193
5.7.1 Inleiding	193
5.7.2 De Larceny Act 1916	193
5.7.3 CLRC	195
5.7.4 De Theft Act 1968	201
5.7.5 De Theft Act 1978 en de Theft (Amendment) Act 1996	202
5.7.6 De Law Commission	204
5.7.7 De Fraud Act 2006	208
5.8 Slotbeschouwing	215
Hoofdstuk 6 Procesrechtelijke oplossingen	219
6.1 Inleiding	219
6.2 Nederland	221
6.2.1 Het grondslagstelsel	221
6.2.2 Alternatieve bewezenverklaring en kwalificatie	227

6.3	Duitsland	231
6.3.1	Het Duitse strafproces	231
6.3.2	Wahlfeststellung	234
6.3.2.1	Eenduidige veroordeling op basis van een meervoudige feitelijke basis	236
6.3.2.2	Meeruidige veroordeling op basis van een meervoudige feitelijke basis	243
6.4	Slotbeschouwing	246
Hoofdstuk 7 Slotbeschouwingen		249
7.1	Inleiding	249
7.2	Algemene of specifieke strafbaarstellingen	249
7.3	Beantwoording van de onderzoeksvragen	252
7.3.1	Formele en materiële delicten	252
7.3.2	De ontwikkeling van de vermogensdelicten	253
7.3.3	Materieelrechtelijke veranderingen?	255
7.3.4	Alternatieve bewezenverklaring en kwalificatie	259
7.4	Eindconclusie	261
Samenvatting		263
English Summary		275
Lijst van verkort aangehaalde literatuur		287
Curriculum Vitae		295
Bijlage 1		297
Bijlage 2		301

LIJST VAN AFKORTINGEN

Abs.	Absatz
AC	Appeal Cases
BGH	Bundesgerichtshofs
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BW	Burgerlijk Wetboek
CLRC	Criminal Law Revision Committee
Cox	Cox's Criminal Cases
C.P.	Code Pénal
Crim.App.R.	Criminal Appeal Reports
DD	Delikt en Delinkwent
Den	Denison & Pearce's Crown Cases Reserved
diss.	dissertatie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
GEM	G.E. Mulder
GG	Grundgesetz
G.O.	Gewijzigd Ontwerp
'tH	A.C. 't Hart
HR	Hoge Raad
JIN	Jurisprudentie in Nederland
Law Com No	Law Commission number
m.nt.	met noot
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no./nr.	nummer
O.	Overwegende
O.M./OM	Openbaar Ministerie
O.R.O.	Oorspronkelijk Regeringsontwerp
p.	pagina('s)
par.	paragraaf
Pol.r.	politierechter

Lijst van afkortingen

Q.B.	Law Reports, Queen's Bench (3rd Series)
Q.B.D.	Law Reports, Queen's Bench Division
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
s./ss.	section(s)
SEW	Sociaal Economische Wetgeving
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StR	Strafsenat
Sv	Wetboek van Strafvordering
v	versus
W	Weekblad van het Recht
WED	Wet op de economische delicten
zaaknr.	zaaknummer

HOOFDSTUK 1

INLEIDING

1.1 Inleiding

A gaat naar de woning van Z met het plan Z te beroven. Daar aangekomen zet A een pistool op het hoofd van Z en roept: "Geld, wiet, bankpasje, pincode!" Z pakt uit de kast een bakje wiet en geld en legt dit op tafel. Zijn pinpas geeft Z aan A. De bijbehorende pincode schrijft hij op een stukje papier. A stopt de spullen vervolgens in zijn jaszak en gaat ervandoor. A wordt gepakt en wordt vervolgd wegens diefstal met geweld zoals strafbaar gesteld in art. 312 Sr. De rechtbank veroordeelt A, maar in hoger beroep spreekt het hof hem vrij. Het hof oordeelt dat 'de voor diefstal karakteristieke eigenmachtige wegnemingshandeling' niet uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid. Wel volgt volgens het hof uit die bewijsmiddelen dat Z onder bedreiging met een vuurwapen is gedwongen wiet, geld, zijn pinpasje en zijn pincode aan A ter beschikking te stellen. Z heeft deze goederen onder dwang afgegeven, waarna A daarover kon beschikken. Dat levert naar het oordeel van het hof geen diefstal met geweld op, maar afpersing als bedoeld in art. 317 Sr. Dat was echter niet tenlastegelegd.¹

Een moeilijk uit te leggen uitspraak. Iedereen zal het erover eens zijn dat het handelen van A strafwaardig is en dat het strafbare feit waarvoor A werd vervolgd erg lijkt op wat er is gebeurd. Deze (waargebeurde) zaak liep uiteindelijk met een sisser af. Het Openbaar Ministerie ging tegen de uitspraak in cassatie. De Hoge Raad overwoog in zijn arrest onder meer dat tussen 'wegnemen' zoals bedoeld in art. 312 Sr en 'afgifte' in de zin van art. 317 Sr geen scherpe grens bestaat. Onder bepaalde omstandigheden kan het gedogen van wegnemen zowel 'wegnemen' als 'afgifte' opleveren. Dat brengt mee dat in voorkomende gevallen aan de feitenrechter enige vrijheid toekomt om bepaalde gedragingen ofwel als 'wegnemen', ofwel als 'afgifte' in vorenbedoelde zin te kwalificeren. De Hoge Raad vernietigde de uitspraak van het hof en wees de zaak terug.² Bijna vier jaar na

1 Vgl. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 oktober 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB6403 (waarbij moet worden aangetekend dat de casus hier behoorlijk is gesimplificeerd).

2 HR 2 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5232, NJ 2009, 281.

het plegen van het feit kwam het hof alsnog tot een bewezenverklaring van diefstal met geweld.³

Deze casus illustreert dat zich honderddertig jaar na de invoering van het Wetboek van Strafrecht nog problemen kunnen voordoen met betrekking tot bestanddelen van de vermogensdelicten, zelfs in een niet bijzonder ingewikkelde zaak. De uitleg van de bestanddelen is in laatste instantie voorbehouden aan de Hoge Raad. Een proces waarin een interpretatieprobleem speelt kan aldus jaren duren en is een grote belasting van het justitieel systeem. Wat in deze zaak is gebeurd, is een gevolg van de gedifferentieerde vormgeving van de vermogensdelicten in het Nederlandse Wetboek van Strafrecht. Die systematiek dwingt het Openbaar Ministerie bij de vervolging en de rechter bij de berechting een keuze te maken tussen de verschillende vermogensdelicten. Aan de systematische vormgeving van de vermogensdelicten is tot nu toe in de literatuur nauwelijks aandacht besteed.⁴ De huidige, gedifferentieerde, vormgeving van de vermogensdelicten lijkt vanzelfsprekend.

Men kan zich echter afvragen welk (wezenlijk) belang de onderscheidingen vertegenwoordigen. De bestanddelen die in de vermogensdelicten worden aangetroffen zijn – aldus Den Hartog en De With – maatschappelijk weinig relevant. Zij lijken met name een gevolg te zijn van de wens van de wetgever om zo precies mogelijk de verschillende vormen van wederrechtelijke verrijking ten opzichte van elkaar af te bakenen. Dit heeft geleid tot een vergaande differentiatie in de vermogensdelicten. De belangrijkste vermogensdelicten die aldus moeten worden onderscheiden zijn diefstal, afpersing, verduistering en oplichting. Den Hartog en De With stellen dat de overeenkomst tussen deze delicten is dat – in het algemeen gesproken – sprake is van wederrechtelijke verrijking. De verrijking is wederrechtelijk omdat dit een gevolg is van een (niet gerechtvaardigde) inbreuk op eigendom van een ander. Het verschil tussen de delicten is de wijze van verrijking, dat wil zeggen de wijze waarop het goed wordt verkregen. Of de dader het goed heeft weggenomen, heeft toegeëigend of door afgifte heeft verkregen is een omstandigheid die echter weinig zegt over de strafwaardigheid ervan.⁵ Ook de strafmaxima van

3 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 februari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL3459.

4 Wel kan worden gewezen op De Jong 1996, p. 847-850 en Den Hartog & De With 2002, p. 855-879.

5 Den Hartog & De With 2002, p. 857.

diefstal, verduistering en oplichting lopen niet erg uiteen.⁶ Afpersing kent een hoger strafmaximum, gelijk aan diefstal met geweld, maar dat is verklaarbaar door de bijkomende omstandigheid dat daarbij ook (bedreiging met) geweld een rol speelt.⁷

De Jong wijst er op dat de jurisprudentie leert dat de oorspronkelijke scherpe onderscheidingen tussen de vermogensdelicten aan het vervagen zijn. Volgens De Jong legt de Hoge Raad de vermogensdelicten ruim en functioneel uit. Met enige vindingrijkheid en zonder dat van een zeer geforceerde interpretatie kan worden gesproken, lukt het in de meeste gevallen om nieuwe vormen van vermogenscriminaliteit te brengen onder delictsom-schrijvingen die meer dan een eeuw oud zijn. Vaak wordt daarbij een in eerdere jurisprudentie reeds gecreëerde functionele interpretatie verder verruimd.⁸

De gedifferentieerde vormgeving van de vermogensdelicten kan tot allerlei problemen leiden.⁹ In de eerste plaats leidt de gedifferentieerde vormgeving soms tot ingewikkelde tenlasteleggingen om zeker te stellen dat een veroordeling zal volgen. Een gedetailleerde strafbaarstelling bevat veel bestanddelen, die in een strafproces allemaal moeten worden tenlastegelegd en bewezen. Om een veroordeling zeker te stellen zal een officier van justitie vaak kiezen voor een primair-subsidiaire of een alternatieve tenlastelegging. Dat maakt de tenlastelegging ingewikkelder, minder goed leesbaar en ontoegankelijker. In de zaak tegen A had de officier van justitie bijvoorbeeld veiligheidshalve subsidiair of alternatief afpersing ten laste kunnen leggen. In de tweede plaats kunnen zich zoals gezegd interpretatieproblemen voordoen. De vermogensdelicten bevatten bestanddelen waarvan het enige doel lijkt te zijn ze van een ander vermogensdelict te onderscheiden. Maar alle wettelijke bestanddelen moeten worden uitgelegd. Dat levert soms problemen op, met name bij grensgevallen. In de derde plaats kan de gedifferentieerde vormgeving van de vermogensdelicten leiden tot onterechte vrijspraken. Dit probleem doet zich in twee varianten voor. Het kan zo zijn dat een verdachte die zich wederrechtelijk heeft verrijkt, wordt vrijgesproken omdat het verkeerde delict is tenlastegelegd. Dit overkwam A in het eerder genoemde voorbeeld. Het kan ook

6 Diefstal en oplichting worden bedreigd met een strafmaximum van vier jaren, verduistering kent een strafmaximum van drie jaren.

7 Op diefstal met geweld en afpersing staat in beginsel een maximumstraf van 9 jaren.

8 De Jong 1996, p. 847.

9 Vgl. Den Hartog & De With 2002, p. 868-872. Zie ook De Jong 1996, p. 847 e.v.

zo zijn dat uit het bewijsmateriaal niet kan worden afgeleid hoe de verdachte zich heeft verrijkt. Heeft de verdachte de bij hem aangetroffen goederen gestolen? Of had hij ze rechtmatig onder zich en heeft hij ze verduisterd? Voor een bewezenverklaring is nodig dat de wijze van verkrijgen vast komt te staan. De verkrijgingswijze is immers een onderscheidend bestanddeel van de verschillende vermogensdelicten. De officier van justitie kan in een dergelijk geval kiezen voor een alternatieve tenlastelegging. Niettemin zal de rechter uiteindelijk toch moeten kiezen.¹⁰ Als hij die keuze niet kan maken, zal hij strikt genomen moeten vrijspreken. Anders dan in Duitsland zijn in Nederland alternatieve bewezenverklaringen niet toegestaan. De Hoge Raad eist dat de rechter een keuze maakt tussen in de tenlastelegging opengelaten alternatieven als dat van belang is voor de strafrechtelijke betekenis van het bewezenverklaarde.¹¹ In de vierde en laatste plaats kan een kloof ontstaan tussen de juridische en maatschappelijke werkelijkheid. Om bij het eerdergenoemde voorbeeld te blijven: de (initiële) vrijspraak van A zal aan een willekeurige burger moeilijk uit te leggen zijn.

1.2 Onderzoeksvragen

De hiervoor geschetste problemen leiden tot de volgende centrale onderzoeksvraag:

“Dient, mede gelet op de processuele implicaties, te worden vastgehouden aan de thans in het Wetboek van Strafrecht vastgelegde gedifferentieerde strafbaarstelling van vermogensdelicten?”

Met deze centrale onderzoeksvraag hangen een aantal deelvragen samen. In de literatuur wordt wel aangenomen dat de vermogensdelicten zogenoemde formele delicten betreffen.¹² De eerste deelvragen zijn daarom:

“Wordt de vergaande differentiatie in de vermogensdelicten geheel verklaard door de keuze voor formele delictomschrijvingen of spelen (daarnaast ook) andere factoren een rol? Wat is de ratio van de differentiatie?”

Wat betreft andere factoren kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de omstandigheid dat ruime strafbepalingen, waaronder veel gedragingen vallen, zo hun eigen problemen meebrengen. Een ruime strafbepaling

10 Vgl. ook Reijntjes 1993, p. 69-74.

11 Vgl. bijv. HR 7 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9792, NJ 2004, 609.

12 Vgl. bijv. De Jong 1996, p. 847 en Knigge/Wolswijk 2015, p. 74.

brengt bijvoorbeeld het risico met zich mee dat te veel gedragingen strafbaar worden gesteld. Zo zou (hele rooskleurige) reclame mogelijk onder een ruime strafbaarstelling van bedrog kunnen vallen. Dat zou in strijd kunnen komen met de gedachte dat het strafrecht als ultimum remedium moet worden beschouwd. Ook straftoemeting kan vragen om een zekere vorm van differentiatie. Een ruime bepaling legt veel verantwoordelijkheid bij de rechter. Of dat wel of niet gewenst is, hangt mede samen met rechtspolitieke afwegingen. Een ander punt is dat in de maatschappij behoefte kan bestaan aan herkenbare kwalificaties van strafbaar gedrag. Iedereen weet (ongeveer) wat diefstal is. Daarvan afwijkende juridische kwalificaties kunnen daarbij soms op onbegrip stuiten.¹³

De Jong heeft er zoals gezegd op gewezen dat de jurisprudentie leert dat de oorspronkelijke scherpe onderscheidingen tussen de vermogensdelicten aan het vervagen zijn. Andere deelvragen zijn derhalve:

“Wat is er van het oorspronkelijke stelsel overgebleven in de jurisprudentie? Welke systeemvreemde elementen zijn daarin binnengeslopen? Zijn de grenzen tussen vermogensdelicten aan het vervagen?”

Mochten de grenzen tussen de vermogensdelicten inderdaad zijn vervaagd en mocht dit voor grote problemen zorgen, dan vraagt dat uiteraard om oplossingen. Een eerste mogelijke oplossing zou aanpassing van het materiële recht zijn. Een volgende deelvraag is daarom:

“Biedt een ander systeem een redelijk en werkbaar alternatief?”

Oplossingen hoeven niet alleen te worden gezocht in het materiële recht, maar kunnen ook worden gevonden in het formele recht. Dit brengt mij bij de volgende deelvragen:

“Welke consequenties heeft de differentiatie voor de procespraktijk? Kunnen de eventuele nadelen worden ondervangen door wijzigingen in het procesrecht?”

13 Vgl. bijv. HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2653, NJ 2013, 437 m.nt. Keijzer (Tongzooen-arrest).

1.3 Overzicht, plan van aanpak, afbakening en methodiek

In dit onderzoek zal vaak worden gesproken over ‘de vermogensdelicten’. Het Wetboek van Strafrecht kent vele vermogensdelicten, maar in het kader van dit onderzoek worden daaronder in verband met de praktische uitvoerbaarheid slechts begrepen de delicten diefstal (met geweld), afpersing, verduistering en oplichting. Deze vier veelvoorkomende vermogensdelicten vertonen zo veel overeenkomsten dat een overkoepelende delictomschrijving denkbaar is. De delicten hebben min of meer gemeen dat iemand zich op een ontoelaatbare manier ten koste van een ander verrijkt.¹⁴ De verrijking is ontoelaatbaar (wederrechtelijk) omdat het een gevolg is van een niet gerechtvaardigde inbreuk op eigendom van een ander. Vanwege het ontbreken van een directe niet gerechtvaardigde inbreuk valt heling niet onder deze definitie. Aan het delict heling zal daarom geen speciale aandacht worden besteed. Ook het delict afdreiging (art. 318 Sr) komt niet aan de orde omdat het verschil met afpersing te klein is, zodat de toegevoegde waarde van het betrekken van dit delict bij het onderzoek beperkt is.¹⁵

In de hierna volgende hoofdstukken komen de in de vorige paragraaf geformuleerde onderzoeksvraag en deelvragen aan de orde.

Hoofdstuk 2 is voornamelijk wetshistorisch van aard en handelt over het onderscheid tussen formele en materiële delicten, oftewel delicten waarin een handeling dan wel een gevolg strafbaar is gesteld. Er wordt stilgestaan bij de totstandkoming van de huidige vermogensdelicten, waarbij getracht wordt een verklaring te vinden voor de differentiatie. Voorts wordt aan de hand van literatuur stilgestaan bij het onderscheid als zodanig.

In hoofdstuk 3 wordt de ontwikkeling van de vermogensdelicten geschetst. Daarbij zal ik mij vooral concentreren op de onderscheidende bestanddelen van diefstal, afpersing, verduistering en oplichting. Hiertoe zal de Nederlandse wet, literatuur en jurisprudentie vanuit een vooral historisch perspectief worden gezien.

14 Verrijking is van geen van de genoemde delicten een bestanddeel, maar normaal gesproken zal bij de vermogensdelicten altijd sprake zijn van (een oogmerk van) verrijking.

15 Door de ruime interpretatie van ‘geweld’ vallen veel zaken die in het dagelijks leven chantage zouden heten overigens toch onder afpersing, vgl. HR 19 juni 1979, NJ 1979, 585.

Zoals al aangegeven, kunnen zich tussen de verschillende vermogensdelicten grensproblemen voordoen. Ook zijn overlappingsen ontstaan. Deze worden besproken in hoofdstuk 4. Aldus wordt geprobeerd antwoord te vinden op de vraag wat er van het oorspronkelijke stelsel is overgebleven.

De hoofdstukken 5 en 6 zijn voornamelijk rechtsvergelijkend van aard. In hoofdstuk 5 komt het Engelse (materiële) recht met betrekking tot vermogensdelicten, de law of theft en de law of fraud, aan de orde. Hiervoor is gekozen omdat het Engelse systeem anders is opgebouwd dan het onze en in de literatuur wordt aangenomen dat het Engelse theft meer omvat dan alleen diefstal. Ook wat wij verduistering noemen zou hieronder kunnen worden gebracht.¹⁶ Dit deel van het onderzoek heeft het doel handvatten te identificeren voor het beantwoorden van de vraag of een andere wetssystematiek een redelijk alternatief zou kunnen bieden. Hoofdstuk 6 is procesrechtelijk van aard en begint met een korte inleiding over de Nederlandse grondslagleer en de stand van zaken met betrekking tot alternatieve bewezenverklaringen en kwalificaties. Heel kort samengevat is het deze grondslagleer die ervoor zorgt dat een verdachte moet worden vrijgesproken als het verkeerde delict ten laste is gelegd. Het verbod op alternatieve bewezenverklaringen leidt ertoe dat een verdachte moet worden vrijgesproken als weliswaar duidelijk is dat een verdachte op ontoelaatbare wijze in het bezit is gekomen van een goed, maar niet op welke ontoelaatbare wijze. Vervolgens zal het Duitse procesrecht op dit punt worden besproken, aangezien het de Duitse rechter wel is toegestaan tot een alternatieve bewezenverklaring te komen.¹⁷ De bevindingen over het Duitse recht kunnen helpen bij het formuleren van mogelijke aanpassingen in het Nederlandse procesrecht.

Hoofdstuk 7 is ten slotte concluderend van aard. In dit laatste hoofdstuk zal de centrale onderzoeksvraag worden beantwoord.

Het onderzoek is afgesloten op 1 oktober 2016.

16 Vgl. bijv. Noyon-Langemeijer/Rommelink, Titel XXII, aantekening 1 (online, bijgewerkt tot en met 15 mei 2015).

17 Den Hartog & De With 2002, p. 871-872. Het Engelse procesrecht zal buiten beschouwing blijven. Het Engelse procesrecht kent weliswaar alternative verdicts, ook in de Theft Act, maar deze alternatieven zijn (net als in Nederland) beperkt en bieden geen oplossing voor het hier geschetste probleem. Vgl. Criminal Law Act 1967, s.6(3) en Theft Act 1968, s.12(4).

HOOFDSTUK 2

FORMEEL EN MATERIEEL OMSCHREVEN DELICTEN

2.1 Inleiding

Inbrekers gaan de woning van Z binnen. Ze halen daar papieren, paspoorten en een groot geldbedrag uit de kluis. Op enig moment komt de politie ter plaatse en slaan de mannen op de vlucht. Een tas met daarin onder meer paspoorten en geld laten ze achter; deze wordt later op het dak van de schuur aangetroffen. Hebben de inbrekers zich schuldig gemaakt aan (een voltooide) diefstal van de paspoorten en het geld? Of is het bij een poging gebleven?¹ Zelf zullen de inbrekers het ongetwijfeld geen voltooide diefstal vinden. Juridisch gezien komt het erop aan wat precies strafbaar is gesteld in de diefstalbepaling. Gaat het slechts om de wegnemingshandeling? Of is voor een voltooide diefstal een gevolg vereist, bijvoorbeeld dat de dader ongestoord over het goed kan beschikken?

In het Wetboek van Strafrecht kan een onderscheid worden gemaakt tussen delicten waarin vooral het verrichten van een bepaalde handeling strafbaar is gesteld en delicten waarin het veroorzaken van een bepaald gevolg strafbaar is gesteld. In het eerste geval wordt wel gesproken van formele delicten, in het tweede van materiële delicten. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal of de gedifferentieerde strafbaarstelling van de vermogensdelicten – waarmee diefstal, afpersing, verduistering en oplichting worden bedoeld – wordt verklaard door een keuze van de wetgever voor formele

1 Vgl. Rechtbank Breda 11 september 2013, ECLI:NL:RBBRE:2012:BX7013. De rechtbank oordeelde op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad dat in dit geval sprake was van een voltooide diefstal, zodat – in de ogen van de rechtbank – moest worden vrijgesproken van de tenlastegelegde poging. Mijns inziens is de rechtbank daarbij uitgegaan van een te strikte lezing van de jurisprudentie van de Hoge Raad. In de jurisprudentie waarop de rechtbank zich baseert oordeelt de Hoge Raad niet dat sprake is van een voltooide diefstal en neemt evenmin een voltooide diefstal aan. De Hoge Raad oordeelt ‘slechts’ of het oordeel van de feitenrechter blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting of niet en of dat oordeel al dan niet onbegrijpelijk is. Dat laatste oordeel laat veel ruimte voor de feitenrechter. Het is niet uitgesloten dat de Hoge Raad in de zaken die de rechtbank noemt ook een veroordeling wegens een poging tot diefstal in stand had gelaten.

delictomschrijvingen. Dit valt uiteen in een aantal onderwerpen. Eerst komt aan de orde wat formele delictomschrijvingen zijn en of de vermogensdelicten inderdaad tot de formele delicten kunnen worden gerekend. Die vraag zal in het onderstaande worden beantwoord aan de hand van de literatuur. Vervolgens komt de vraag aan de orde of de wetgever bij de vormgeving van de vermogensdelicten heeft stilgestaan bij het onderscheid tussen formele en materiële delicten en zich daardoor heeft laten leiden bij de differentiatie in die delicten.

2.2 Het onderscheid tussen formeel en materieel omschreven delicten in de literatuur

De discussie over formele en materiële delicten had aan het eind van de negentiende eeuw, begin van de twintigste eeuw vooral betrekking op de vraag of zo een onderscheid wel kan worden gemaakt. Zijn er wel delicten waarbij alleen een handeling of alleen een gevolg strafbaar is gesteld? Volgens Pols is in rechtskundige zin een handeling een werking van de wil die zich openbaart in een uiterlijk waarneembare vorm en een gevolg tevoorschijn roept ten opzichte van een ander rechtssubject. Pols onderscheidt een handeling in drie momenten of tijdvakken. Eerst wordt "in den geest van den mensch" de wil om te handelen gevormd. Deze wil treedt vervolgens naar buiten, "in eene zinnelijk waarneembare verrichting", die Pols de materiële daad noemt. Tenslotte wordt door de daad ten opzichte van een ander rechtssubject een gevolg tot stand gebracht. Deze drie momenten komen bij iedere handeling voor en zijn altijd door enige tijdsruimte gescheiden, aldus Pols. Gezamenlijk vormen de drie momenten de handeling, die pas bestaat op het ogenblik dat het gevolg tot stand is gekomen.² In rechtskundige zin heeft iedere handeling volgens Pols dus een gevolg.

Ook Gewin stelt zich op het standpunt dat elke daad een gevolg heeft. "Er is geene spierbeweging denkbaar zonder eenig gevolg te hebben, hoe gering of voorbijgaand ook." Hij voegt daaraan toe dat elke daad volgens dat gevolg wordt gestraft. De onderscheiding tussen formele en materiële delicten is volgens Gewin dan ook onjuist.³

2 Pols 1889, p. 96-97.

3 Gewin 1907, p. 112.

Van Hamel sluit zich daar min of meer bij aan. Hij stelt dat van de causale kant gezien de handeling een daad is die een gevolg heeft, dat wil zeggen een spierbeweging die een verandering in de buitenwereld veroorzaakt. De vorm waarin dat gevolg bij delictomschrijvingen wordt aangeduid verschilt. Deze aanduiding is duidelijk wanneer de wet in het algemeen het veroorzaken van een bepaald gevolg verbiedt, zonder nadere omschrijving van de wijze van uitvoering. Dan kunnen spierbewegingen dat gevolg op velerlei wijzen veroorzaken, dadelijk of na tijdsverloop, op de plaats van de daad of op afstand. Minder duidelijk is die aanduiding “wanneer de aard van het delikt medebrengt, dat (...) de handeling niet omschreven wordt als het veroorzaken van een toestand, doch als het verrichten van eene werkzaamheid welke van zelf een, dan niet nader te omschrijven toestand medebrengt”.⁴ Als voorbeeld van zo een aanduiding noemt Van Hamel art. 310 Sr. Ook bij dit soort delicten behoort het teweegbrengen van een gevolg volgens Van Hamel tot het begrip, zodra men zich voorstelt dat deze zo gepleegd zijn dat tussen de spierbeweging en de voltooiing door de ingetreden toestand een afstand ligt van tijd en plaats. In de eerste door Van Hamel omschreven vorm van aanduiding zijn de materiële delicten te herkennen, in de tweede de formele. Met zijn betoog is volgens Van Hamel “de door vele criminalisten, met name ook bij de samenstelling van het Ned. Strafwetboek gehuldigde onderscheiding tusschen materiele en formele delikten,⁵ alsof het hier een verschil gold in aard, absoluut verworpen”. Wel mag en moet volgens Van Hamel onderscheid worden gemaakt tussen delicten met een materiële en een formele omschrijving.⁶

Volgens Zevenbergen houden de overwegingen van Van Hamel echter geen stand. Dat elke handeling een gevolg heeft wordt niet ontkend maar wel dat elke handeling wegens dat gevolg wordt gestraft. Slechts de gevolgen die de wettelijke omschrijving geeft, kunnen in aanmerking worden genomen. Zevenbergen stelt: “In de erkenning van de formele wettelijke omschrijvingen ligt besloten dat de wet op alles wat na de handeling gebeurt soms niet gelet wil zien”. Wel vindt ook Zevenbergen het juist te spreken van delicten met formele of materiële wettelijke omschrijvingen.⁷

4 Van Hamel 1913, p. 232-234.

5 Van Hamel verwijst hierbij naar minister Modderman, Smidt I 1891, p. 82.

6 Van Hamel 1913, p. 232-234.

7 Zevenbergen 1924, p. 54-55.

Simons is het evenmin met Van Hamel eens. Weliswaar erkent ook hij dat bij formele delicten als regel sprake is van een zich naar buiten openbarend gevolg maar bij formele delicten is “dit gevolg (...) dan met den afloop der handeling, zooals de wet haar omschrijft, ontstaan en daarvan plaatselijk of tijdelijk niet gescheiden”.⁸

Aan het eind van de jaren dertig van de vorige eeuw pakte Cluysenaer⁹ het anders aan. Hij stelde dat de vraag naar het onderscheid tussen formele en materiële delicten een vraag van terminologie is. Het hangt ervan af wat men onder ‘gevolg’ verstaat. Indien men onder ‘gevolg’ verstaat een door tijd of ruimte van de gedraging gescheiden uiterlijk waarneembaar gebeuren, dan bestaat er inderdaad een onderscheid tussen formele en materiële delicten. Indien men onder ‘gevolg’ echter verstaat het ‘rechtsgevolg’, de door de gedraging teweeggebrachte inbreuk op een rechtsbelang, dan is er geen verschil. Cluysenaer is van mening dat ieder delict zowel een gedraging als een gevolg, in de zin van de schending van een rechtsbelang, vereist. Met Van Hamel is hij van mening dat de vorm waarin het gevolg wordt aangeduid verschilt. Soms verbiedt de wetgever het veroorzaken van een bepaald gevolg zonder nadere omschrijving van de wijze van uitvoering, terwijl in andere gevallen naast het veroorzaken van een bepaald gevolg (schending van een rechtsbelang) ook de wijze waarop is aangeduid. Delicten van de eerste vorm zijn delicten met een materiële omschrijving, delicten van de tweede vorm delicten met een formele omschrijving. Cluysenaer stelt zich vervolgens de vraag of er delicten zijn waarbij één bepaald omschreven gedraging, en daarnaast delicten waarbij iedere gedraging die het in de delictsomschrijving strafbaar gestelde gevolg veroorzaakt, strafbaar is gesteld. Hij beantwoordt deze vraag vervolgens aan de hand van het delict diefstal, door Van Hamel genoemd als voorbeeld van een delict met een formele omschrijving. Cluysenaer stelt dat de vraag of voor diefstal slechts één gedraging strafbaar is gesteld, algemeen ontkennend wordt beantwoord. Hij is van mening dat de grote vraag is hoe ver men bij het interpreteren van het bestanddeel ‘wegnemen’ mag gaan. Een ruime interpretatie houdt geen rekening met de door de wetgever gewilde beperking van gedragingen, blijken uit de vele andere vermogensdelicten. Een enge interpretatie houdt echter geen rekening met het doel van de wetgever. Cluysenaer stelt het aldus: “Steeds is strafbaar gesteld een gedraging, doch deze gedraging is slechts strafbaar gesteld voorzoover en omdat zij een rechtsbelang schendt. Niet om bepaalde spierbewegingen te treffen, doch om rechtsbelangen te

8 Simons 1937, p. 136.

9 Cluysenaer 1939, p. 21-39.

beschermen heeft de wetgever de strafbepalingen opgesteld". Cluysenaer vindt dat hij de interpretatie van het gedragsbestanddeel zoals bij de delicten met een materiële omschrijving wordt aanvaard, mag overbrengen op de delicten met een formele omschrijving. Dat brengt met zich dat wegnemen wordt omschreven als "het verrichten van iedere gedraging, welke (adequaat) veroorzaakt, dat een goed wordt weggenomen". Cluysenaer merkt op dat hij bij deze interpretatie niet meer vasthoudt aan de eis dat het eigenlijke wegnemen eigenhandig gebeurt: "wegnemen is het verrichten van een gedraging, welke veroorzaakt, dat een goed is weggenomen door wie dan ook". Samengevat komt het standpunt van Cluysenaer op het volgende neer:

"Voor ieder delict is zoowel een gedraging (doen of laten) als een gevolg (inbreuk op een rechtsbelang) vereischt; daarmee is de scheiding tusschen formeele en materiele delicten verworpen. Wel zijn echter de delicten verschillend omschreven, al naar mate iedere inbreuk of slechts het op een bepaalde wijze inbreuk maken strafbaar is gesteld: delicten met materiele resp. formeele omschrijving. Uit dit verschil in omschrijving der delicten volgt echter niet, dat het gedragsbestanddeel verschillend omschreven is; dit zal steeds mogen worden geïnterpreteerd als: het verrichten van een gedraging, welke adequaat veroorzaakt, dat het door de delictomschrijving beschermde rechtsbelang, eventueel op de aldaar aangegeven wijze, wordt geschonden."¹⁰

Van Eck¹¹ wijst niet zozeer de onderscheiding tussen formeel en materieel omschreven delicten af, maar is van mening dat veel meer delicten tot de categorie van de materieel omschreven delicten behoren dan over het algemeen wordt aangenomen. Bij een juiste analyse van de strafrechtsnormen blijkt dat bij veel meer strafbare feiten een gevolg als element van de delictsomschrijving valt te ontdekken. Daarbij wijst hij erop dat het hier niet gaat over de vraag of iedere menselijke gedraging, fysiek gesproken, noodzakelijk een gevolg meebrengt. Het doet slechts ter zake of een bepaald gevolg in de delictsomschrijving is opgenomen. De 'ratio legis' van ieder strafbaar feit is bescherming van het rechtsgoed. Men zou als materieel feit al die strafbare feiten moeten aanmerken waarbij de aantasting van een bepaald rechtsgoed tot het wezen der normovertreding behoort. Zo bezien zijn diefstal, afpersing, verduistering en bedrog materiële feiten, aldus Van Eck. Wegnemen en zich toe-eigenen bevatten immers al een gevolg in zich. Bij materiële delicten

10 Cluysenaer 1939, p. 39.

11 Van Eck 1947, p. 18-24.

is de strafrechtsnorm pas overschreden en dus het strafbare feit begaan als in concreto het beschermde rechtsgoed is geschonden. Formele delicten zijn daarentegen al voltooid “indien het daarin vervatte gedrag heeft plaatsgehad, ook, indien in een bepaald geval het beschermde rechtsgoed, terwille waarvan de norm was opgesteld, in geen enkel opzicht is geschonden, resp. in gevaar gebracht: ja, zelfs, indien – hetgeen theoretisch denkbaar is en het principe goed in het licht stelt – door de overtreding onverwachterwijze het rechtsgoed in een bepaald geval beter zou zijn gediend”.¹²

Op hetzelfde spoor als Van Eck zit Vermunt.¹³ Hij stelt voorop dat de uitsluitende bedoeling van de strafwetgever is het rechtsgoederenbestand der rechtsorde strafrechtelijke bescherming te verlenen. Dat kan langs tweeërlei weg: ofwel hij neemt de verboden relatie handeling-beschermde rechtsgoed als constitutief bestanddeel op in de wettelijke delictomschrijving, ofwel hij maakt slechts de handeling tot feitelijke component van de delictomschrijving, daarmee bedoelde relatie buiten de wettelijk geformuleerde voorwaarden voor strafbaarheid houdend. Materiële delicten vallen volgens Vermunt in de eerste categorie, formele in de tweede. Net als Van Eck stelt Vermunt zich op het standpunt dat veel meer strafbare feiten tot de materiële delicten moeten worden gerekend dan in de ‘traditionele visie’¹⁴ het

12 Van Eck 1947, p. 22.

13 Vermunt 1984, p. 181 e.v.

14 Tot de aanhangers van de traditionele visie rekent hij Rummelink en Van Bemmelen. Volgens Rummelink zijn formele delicten die strafbare feiten, waarbij de wet volstaat met het aangeven van een specifieke handeling of nalatigheid. Materiële delicten zijn die, welke het veroorzaken van een bepaald gevolg omvatten, waarbij soms de daartoe voerende gedraging wel, soms ook niet als bestanddeel in de delictomschrijving voorkomt. Als voorbeeld van een formeel delict noemt Rummelink onder meer diefstal, als voorbeeld van een materieel delict onder andere doodslag. Met betrekking tot de formele delicten merkt Rummelink nog op dat ‘typerend voor alle delicten (is), dat door menselijk toedoen iets in de buitenwereld gebeurt, dat de wetgever, krenking of bedreiging van rechtsbelangen aanwezig achtend, niet wil dulden. Zijn deze nu direct met de gedraging gegeven, dan kan hij zich echter bepalen tot het omschrijven van de gedraging zonder van het gevolg afzonderlijk te gewagen. Zo is het in geval van diefstal (art. 310 Sr), waarbij de wet slechts spreekt van wegnemen, uiteraard de bedoeling om te ageren tegen het effect, namelijk dat enig goed tegen iemands wil uit zijn bezit geraakt’. Vgl. Rummelink 1996, p. 107-109 (Vermunt verwijst overigens naar de druk uit 1983, waar Rummelink zich in ongeveer dezelfde bewoordingen uitlaat). Van Bemmelen definieert een delict met een formele delictomschrijving als een delict, dat volgens een omschrijving louter in een bepaalde gedraging bestaat. Als voorbeeld noemt hij diefstal, waar het wegnemen strafbaar wordt gesteld. Men spreekt van een delict met een materiële delictomschrijving, wanneer een gedraging om strafbaar te zijn een bepaald gevolg teweeg moet brengen, bijvoorbeeld doodslag, aldus Van Bemmelen. Vgl. Van Bemmelen 1979, p. 243.

geval was. Wat betreft het delict diefstal merkt Vermunt op dat niet slechts het wegnemen strafbaar is gesteld. Het gaat om wegnemen met een bepaalde strekking, namelijk wegnemen met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening. Door de gedraging naar haar strekking te specificeren heeft de wetgever volgens Vermunt van een gevolg gewaagd. Daarom zou ook diefstal een materieel delict kunnen worden genoemd. Hij kan zich vinden in de opvatting van G.E. Mulder, die stelt dat “voor een voltooide diefstal behalve de handeling ook een gevolg nodig [is]; er moet – Duits uitgedrukt – ‘Bruch fremden Gewahrsams’ zijn, de zeggenschap van de bestolene over het onvreemde goed moet verbroken zijn. Hiermede wordt duidelijk een gevolg uitgedrukt”.¹⁵ Volgens Vermunt zou, in termen van wat hij de ‘traditionele visie’ noemt, op basis hiervan in het kader van art. 310 Sr wellicht gesproken kunnen worden van een formeel omschreven delict met materiële tendensen.¹⁶

Knigge en Wolswijk schrijven dat het onderscheid tussen formele en materiële delicten betrekking heeft op de wijze waarop de gedraging is omschreven. Bij materiële delicten is de gedraging omschreven als het veroorzaken van een gevolg. Bij formele delicten is de wetgever niet in de gevolgen geïnteresseerd en wordt een bepaalde gedraging als zodanig – ongeacht de door die gedraging veroorzaakte gevolgen – strafbaar gesteld. Zij stellen vervolgens dat het onderscheid op drijfzand lijkt te zijn gebaseerd, aangezien bijna iedere gedraging, hoe formeel ook omschreven, immers een verandering teweegbrengt. Desondanks zijn voornoemde auteurs van mening dat het onderscheid gehandhaafd moet worden, omdat het gebruikt kan worden om bepaalde delicten te typeren.¹⁷ Knigge en Wolswijk noemen diefstal als voorbeeld van een formeel delict. Niet de inbreuk die wordt gemaakt op het eigendomsrecht van een ander staat centraal, maar de wijze waarop die is gemaakt. Dat wordt duidelijk als men zich voorstelt hoe art. 310 Sr zou hebben geluid als het materieel delict zou zijn geweest: “Hij die opzettelijk een goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort, wederrechtelijk zich toe-eigent, wordt gestraft...” Een dergelijke omschrijving zou andere vermogensdelicten als verduistering, afpersing en oplichting overbodig maken. Volgens Knigge en Wolswijk heeft de wetgever voor een formele omschrijving gekozen omdat hij juist onderscheid wilde maken

15 Mulder 1980, p. 179-180.

16 Vermunt 1984, p. 188-189.

17 Knigge/Wolswijk 2015, p. 73.

tussen de verschillende manieren waarop men zich een goed kan toe-eigenen. Het intreden van het gevolg is dus niet voldoende om tot de verboden gedraging te concluderen. Door de delictshandeling worden overigens wel gevolgen teweeggebracht. In hoeverre die gevolgen relevant zijn, hangt af van de uitleg die aan 'wegnemen' wordt gegeven. Als wordt aangenomen dat de wegnemingshandeling met het enkele oppakken van het goed is voltooid, zal snel sprake zijn van een voltooide diefstal. Maar als wordt geëist dat het goed buiten de feitelijke heerschappij van de rechthebbende is gebracht, zal de ruimte voor het aannemen van een poging groter zijn. Knigge en Wolswijk concluderen dat het verschil tussen formele en materiële delicten niet is gelegen in het al dan niet veroorzaken van gevolgen. Het verschil is dat bij materiële delicten duidelijk is welke gevolgen de wetgever strafrechtelijk relevant vindt. Alle gedragingen die het gevolg veroorzaken vallen onder de delictsomschrijving. Het gevolg bepaalt wat een strafrechtelijke relevante gedraging is. Bij formele delicten is het juist andersom. Uit de omschreven gedraging moet worden afgeleid welk gevolg de dader moet hebben veroorzaakt. De (uitleg van) de gedraging bepaalt wat het strafrechtelijk relevante gevolg is.¹⁸

De Hullu merkt op dat het onderscheid tussen formele en materiële delicten diffuus kan zijn. Diefstal kan in zekere zin een formeel delict worden genoemd, omdat niet daadwerkelijk een wederrechtelijke toe-eigening wordt vereist. Maar wat betreft alle strafrechtelijk relevante gedragingen is doorgaans wel een gevolg aanwijsbaar en dat vormt uiteindelijk de grond voor strafbaarstelling. Zo eist de Hoge Raad voor 'wegnemen' dat de dader zich een zodanige feitelijke heerschappij over dat goed heeft verschafte dan wel dit zodanig aan de feitelijke heerschappij van de rechthebbende heeft onttrokken dat de wegneming van het goed als voltooid kan gelden.¹⁹

De hierboven weergegeven opvattingen lopen enigszins uiteen. Toch lijkt er wel een gemene deler aanwezig te zijn. De genoemde schrijvers lijken het erover eens te zijn dat iedere handeling een gevolg heeft. Van een strikt onderscheid tussen formele en materiële delicten kan daarom volgens de meesten geen sprake zijn. Wel is er een verschil aanwijsbaar in de manier waarop de wetgever delicten heeft vormgegeven. Zoals Cluysenaer het

18 Knigge/Wolswijk 2015, p. 74.

19 De Hullu 2015, p. 76, met verwijzing naar HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2627, NJ 2013, 159 m.nt. Mevis.

verwoordt: soms verbiedt de wetgever het veroorzaken van een bepaald gevolg zonder nadere omschrijving van de wijze van uitvoering, terwijl in andere gevallen naast het veroorzaken van een bepaald gevolg (in de zin van schending van een rechtsbelang) ook de wijze van uitvoering is aangeduid. Om dat verschil duidelijk te maken wordt dan gesproken van formeel omschreven delicten en materieel omschreven delicten. Diefstal wordt gewoonlijk ingedeeld bij de formeel omschreven delicten.²⁰ Strafbaar is gesteld het wegnemen van een goed met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening. Tot daadwerkelijke toe-eigening behoeft het nog niet te zijn gekomen. Voor een veroordeling wegens diefstal is dus niet nodig dat de verdachte ongestoord over het goed kan beschikken. Voldoende is dat hij het goed heeft weggenomen in de zin van art. 310 Sr.²¹ Maar de Hoge Raad eist daarvoor wel dat de dader zich een zodanige feitelijke heerschappij over dat goed heeft verschaft dan wel dit zodanig aan de feitelijke heerschappij van de rechthebbende heeft onttrokken dat de wegneming van het goed als voltooid kan gelden.²² Dat zou ook een gevolg kunnen worden genoemd. Die vaststelling maakt het verschil tussen formeel en materieel omschreven delicten – zoals De Hullu het noemt – diffuus. Voor de andere vermogensdelicten lijkt dat ook te gelden. Verduistering vereist een wederrechtelijk toe-eigenen. Dat kan een handeling worden genoemd, maar dan wel een die al een gevolg in zich bergt. Van wederrechtelijk toe-eigenen is namelijk pas sprake als de dader als heer en meester over het goed beschikt.²³ Wat betreft afpersing en oplichting hangt het ervan af waarop de nadruk wordt gelegd. Van afpersing is sprake als iemand een ander door middel van (bedreiging met) geweld dwingt tot afgifte van een goed. Dwingen is een handeling, afgifte een gevolg. Voor oplichting, dat wil kort gezegd zeggen het bewegen tot afgifte door een oplichtingsmiddel, geldt hetzelfde.²⁴ Een glashelder antwoord op de vraag of de vermogensdelicten formeel dan wel materieel omschreven delicten zijn, is dan ook niet te geven. Dat maakt het des te interessanter dat Van Hamel, Knigge en Wolswijk betogen dat de wetgever zich door het onderscheid tussen formele en materiële delicten heeft laten leiden. In de volgende paragraaf zal worden onderzocht of dat met betrekking tot de vermogensdelicten het geval is.

20 Vgl. bijv. Smidt I 1891, p. 81, Rammelink 1996, p. 108 en Knigge/Wolswijk 2015, p. 74. Anders bijvoorbeeld Van Eck 1947, p. 20, Vermunt 1984, p. 188 en Mulder 1980, p. 179-180.

21 Zie voor de betekenis van het bestanddeel wegnemen hoofdstuk 3.

22 HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2627, NJ 2013, 159 m.nt. Mevis.

23 HR 24 oktober 1989, NJ 1990, 256.

24 Al heeft de wetgever daar, zoals uit het navolgende zal blijken, afgifte als constitutioneel vereiste gesteld.

2.3 De wetsgeschiedenis

Bij Koninklijk Besluit van 28 september 1870, no. 21, werd de Staatscommissie voor de samenstelling van een Wetboek van Strafrecht ingesteld.²⁵ De commissie, naar haar voorzitter de Commissie De Wal genoemd, kreeg de taak een nieuw wetboek van strafrecht te ontwerpen. In zijn dissertatie over het ontstaan van het Wetboek van Strafrecht constateert Bosch dat de Staatscommissie zich bij haar werkzaamheden wat betreft het bijzonder deel heeft laten beïnvloeden door het ontwerp Wetboek van Strafrecht van 1847.²⁶ Voorts is de invloed van het *Strafgesetzbuch für die Norddeutschen Bund* aanzienlijk. Uit de Franse Code Pénal en de in Nederland ingevoerde en door Nederlandse schrijvers en rechtspraak geïnterpreteerde Code is weinig overgenomen.²⁷

Kennisneming van de inhoud van de Notulen van de Staatscommissie leert dat daaruit niet blijkt dat een systematisch onderscheid tussen formele en materiële delicten is gemaakt. Dat geldt ook voor de vermogensdelicten. Bij de beraadslagingen over diefstal komt het onderscheid tussen formele en materiële delicten hoogstens impliciet aan de orde. Op de in de Leidraad voor het bijzonder deel bij Boek II, Titel XVII gestelde vraag of het misdrijf diefstal bestaat uit het arglistig wegnemen van eens anders roerend goed uit iemands bezit,²⁸ antwoordt de Staatscommissie dat bij het woord ‘wegnemen’ de woorden ‘uit het bezit’ niet hoeven te worden gevoegd ‘gelijk de heer Modderman in bijzonderheden aantoont, door wederlegging der argumenten die, ten gunste der bijvoeging in onderscheidene wetboeken zijn aangevoerd’.²⁹ Helaas vermelden de Notulen niet wat bij andere wetboeken de argumenten vóór toevoeging waren en met welke weerleggingen Modderman de Commissie heeft overtuigd dat in het Nederlandse Wetboek van

25 Smidt I 1891, p. 5. Zie ook Bosch 1965, p. 43-45.

26 Art. 1 van Titel XIX van Boek II van het ontwerp luidde bijvoorbeeld: “Die eenig goed, dat hem niet toebehoort, ter kwader trouw heeft weggenomen, ten einde dat zich zelve of eenen derde toe te eigenen, is schuldig aan diefstal.” Zie *Kamerstukken II 1847/48*, V, nr. 20.

27 Bosch 1965, p. 82-84.

28 Notulen Staatscommissie, bijlage 34, p. 273. Kennelijk heeft de Staatscommissie zich op dit punt in eerste instantie wel laten beïnvloeden door de toen nog in werking zijnde Code Pénal. Art. 379 van de Code Pénal luidde namelijk: “Al wie eenig goed dat hem niet toebehoort, arglistig wegneemt, maakt zich schuldig aan dievery.”

29 Notulen Staatscommissie I, p. 383.

Strafrecht niet te doen. Dwingende conclusies kunnen daaruit dan ook niet worden getrokken. Het is mogelijk dat de Commissie van mening was dat niet noodzakelijk is dat het goed 'uit het bezit' van een ander raakt. Het is echter evenzeer mogelijk dat de gedachte is geweest dat 'uit het bezit' overbodig is omdat het al ligt besloten in het woord wegnemen. Op de in voornoemde Leidraad gestelde en voor het onderscheid tussen formele en materiële delicten van belang zijnde vraag of moet worden aangeduid dat het misdrijf voltooid is zodra de schuldige de zaak heeft weggenomen van de plaats waar zij zich bevond,³⁰ antwoordt de Commissie dat de wetgever hier, evenmin als tot dusver bij andere misdrijven, het tijdstip moet aanwijzen waarop het misdrijf voltooid is. Die beslissing is naar het oordeel van de Commissie aan de rechter en de Commissie wijst erop dat hieromtrent reeds vaste jurisprudentie bestaat.³¹

Bij de strafbaarstelling van afpersing lijkt de Commissie een handeling en niet zozeer een gevolg strafbaar te hebben willen stellen. 'Afpersing is aanwezig, zodra de dwang (geweld of bedreiging (...)), strekt tot verkrijging der afgifte van eene zaak of van een geschrift houdende verbindtenis of kwijting van een schuld'.³² De keuze voor het woord 'strekt' lijkt te impliceren dat het gewenste gevolg, te weten afgifte, niet hoeft te zijn ingetreden.³³ De uiteindelijk door de Commissie voorgestelde delictomschrijving³⁴ – waarin kort gezegd staat dat iemand die door geweld of bedreiging met geweld iemand dwingt tot (onder meer) afgifte van een zaak, schuldig is aan afpersing – maakt echter twijfelachtig of aan 'strekt' die betekenis moet worden toegeschreven. Uit de Notulen blijkt overigens niet dat de Commissie hierbij bewust is uitgegaan van een systematisch onderscheid tussen formele en materiële delicten.

In de 42^e vergadering van de Commissie komt verduistering aan de orde. De Commissie stelt allereerst nauwkeurig de punten van overeenstemming en van verschil met diefstal vast. '(...) bij dit laatste neemt men iets wederregtelijk weg om het zich toe te eigenen, bij verduistering behoudt men iets wederregtelijk dat men reeds onder zich had; in het eene geval is men op onregmatige, in het andere op regmatige wijze in het bezit der

30 Notulen Staatscommissie, bijlage 34, p. 273.

31 Notulen Staatscommissie I, p. 384.

32 Notulen Staatscommissie I, p. 404.

33 'Strekken tot' betekent volgens Van Dale 'gericht zijn op -, dienstig zijn tot -, dienen voor -'.

34 De Wal 1875, p. 51.

zaak gekomen'.³⁵ Gelet op de onderstrepingen die in de Notulen zijn aangebracht, is de Commissie kennelijk van mening dat bij voornoemde delicten de handelingen, te weten het wegnemen en het behouden, centraal staan. De gevolgen van de delicten zijn min of meer hetzelfde.

Tijdens de beraadslagingen van de Commissie over de titel omtrent bedrog komt het onderscheid tussen handeling en gevolg iets scherper naar voren. Allereerst komt de vraag aan de orde of "(...) het strafbaar bedrog door de aanwijzing van algemeene criteria in het Wetboek (moet) worden gegeneraliseerd (Duitsch stelsel) of [dat] (...) [men] zich [wil] blijven bepalen tot de opsomming der species van bedriegelijke vermogenbeschadiging, die in de strafwet vallen (Fransch stelsel)".³⁶ De beantwoording van die vraag levert veel discussie op, maar het is lastig die discussie goed te duiden omdat de leden van de Commissie hun standpunten niet verduidelijken met voorbeelden.³⁷ François merkt op dat volgens hem op de voorgrond moet staan het oogmerk om op te lichten, hetgeen kan geschieden door of het te kennen geven van geheel valse feiten, of vervalsing of suppressie van feiten. De Pinto wil onderscheid maken tussen bedrog waarbij afgifte van bepaalde 'zaken of titels' nodig is voor de voltooiing en andere bedriegelijke handelingen waarbij het criterium van het misdrijf in de handeling zelf is gelegen, zonder zodanige afgifte. De eerste soort van bedrog, waarin een materieel delict zou zijn te herkennen, zou in algemene bepalingen kunnen worden gevat. Wat betreft de tweede soort "schijnt het noodzakelijk, de afzonderlijke species die men strafbaar wil stellen met name te noemen". Dit zouden meer formele delicten kunnen zijn. Als schuldig aan oplichting, aldus De Pinto, kan worden aangemerkt hij die "met het doel om zich of anderen wederregtelijk te bevoordelen, door middel van het onderdrukken van ware of het voorspiegelen van valsche daadzaken, van het aannemen van valsche namen of hoedanigheden of van listige kunstgrepen, een ander beweegt tot de afgifte van eene zaak of van een titel houdende verbindtenis of kwijting van schuld". Pols wenst een scherp onderscheid te maken tussen bedrog en oplichting. In het laatste ziet hij niet alleen een species van bedrog, maar ook van verduistering. Pols meent dat de wet zich bij de te kiezen definitie moet aansluiten bij de omschrijvingen die voor diefstal, afpersing en misbruik van vertrouwen zijn aangenomen. De aanhef zou dan kunnen luiden: "Hij die

35 Notulen Staatscommissie I, p. 407-408.

36 Notulen Staatscommissie, bijlage 38, p. 12.

37 Notulen Staatscommissie I, p. 416-419.

zich eenig goed, dat geheel of ten deele aan een ander toebehoort, met het doel om het zich wederregtelijk toe te eigenen, doet afgeven door middel van” enzovoort. Modderman is van mening dat oplichting valt tussen diefstal en misbruik van vertrouwen. “Bij diefstal krijgt men het gewenschte voorwerp in zijn bezit tegen, bij misbruik van vertrouwen met den wil van den regthebbende, bij opligting is formeel die wil aanwezig, materieel niet”.

Voorzitter De Wal is tegen oplichting als delict *sui generis*. Hij wil een algemene strafbepaling tegen bedrog en is van mening dat oplichting daar een zwaardere variant van behoort te zijn. Zijns inziens is niet het doen afgeven van enig goed, maar het feitelijk benadelen het kenmerkende van het delict. Uiteindelijk wordt besloten geen algemeen delict van bedrog aan te nemen, maar oplichting als zodanig strafbaar te stellen.³⁸ Daarbij wordt tevens bepaald dat afgifte het kenmerk is van voltooiing van het delict en niet de toegebrachte schade noch het enkele in dwaling brengen met het doel van benadeling. Voorlopig meent de Commissie oplichting te kunnen omschrijven als de daad van hem “die met het doel om zich of anderen wederregtelijk te bevoordelen, door middel hetzij van het onderdrukken of verminken van ware of het voorspiegelen van valsche feiten, hetzij van het aannemen van valsche namen of hoedanigheden, hetzij van listige kunstgrepen, iemand bewogen heeft tot afgifte van eenig goed of tot het aangaan eener schuld of tot het kwijten eener inschuld”.³⁹ Op een latere vergadering is nogmaals beraadslaagd over “het onderdrukken of verminken van ware of het voorspiegelen van valsche feiten”. Modderman vond dat die toevoeging de bepaling te ruim maakte. Ook de fruitverkoper die de goede waar boven legt, de slechte onder en alles tezamen als goed verkoopt, zou daaronder begrepen zijn. Hij vermoedde zelfs dat men via dat bestanddeel toch ongemerkt zou komen tot een algemene strafbaarstelling van bedrogbedrog. De heer De Pinto stelde uiteindelijk voorop dat men tot uitdrukking heeft willen brengen dat een weefsel van bedrog het criterium is. Eenparig is toen besloten het bekritiseerde bestanddeel te vervangen door ‘een samenweefsel van verdichtsels’.⁴⁰

38 Notulen Staatscommissie I, p. 416-419.

39 Notulen Staatscommissie I, p. 422-423.

40 Notulen Staatscommissie II, p. 496-497.

Anders dan bij de hiervoor besproken vermogensdelicten lijkt de Commissie er voor te hebben gekozen bij oplichting uitdrukkelijk wél een gevolg, te weten afgifte, te eisen voor voltooiing. Het enkele 'bewegen tot afgifte', of in dwaling brengen, is niet voldoende. Van systematische gronden die daartoe hebben geleid blijkt uit de Notulen niet.

Op 13 mei 1875, ruim viereneenhalf jaar na haar instelling, wordt door de Commissie verslag uitgebracht aan de Koning, met overlegging van onder andere het ontwerp van een Wetboek, verschillende andere ontwerpen en memories van toelichting. Bijna vier jaar later wordt bij Koninklijke Boodschap van 22 februari 1879 het ontwerp van wet tot vaststelling van een Wetboek van Strafrecht ingezonden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.⁴¹

Tijdens de parlementaire behandeling van het leerstuk van opzet vestigde de toenmalige minister van Justitie Modderman kort de aandacht op het onderscheid tussen formele en materiële delicten. Een materieel misdrijf is een misdrijf dat is voltooid wanneer de handeling een bepaald gevolg heeft gehad. Voorbeelden hiervan zijn doodslag en moord. Een formeel misdrijf is een misdrijf dat reeds is voltooid door de enkele handeling. Modderman noemt in deze context de delicten valsheid en diefstal.⁴² Dit is de enige passage uit de parlementaire geschiedenis waarin expliciet van het onderscheid tussen formele en materiële delicten wordt gewaagd. Verder wordt daarin nergens uitdrukkelijk aandacht besteed aan het onderscheid, laat staan dat een systematisch onderscheid is gemaakt. Wel kunnen er aan de hand van die geschiedenis enkele opmerkingen over worden gemaakt.

In het wetsvoorstel is in de artikelen 336 (art. 310 Sr), 344 (art. 317 Sr) en 348 (art. 321 Sr) aangegeven wat de eigenaardige karaktertrekken zijn van diefstal, afpersing en verduistering. De delicten hebben gemeen dat het voorwerp steeds betreft 'eenig goed'.⁴³ Dat goed moet geheel of ten dele aan een ander toebehoren. In al de genoemde bepalingen wordt voorts gesproken over wederrechtelijke toe-eigening.⁴⁴ Bij verduistering bestaat het strafbare

41 Smidt I 1891, p. 1-2.

42 Smidt I 1891, p. 82.

43 In de bepaling over afpersing wordt daaraan nog iets gelijkgesteld, maar dat is voor nu niet relevant.

44 In de bepaling over afpersing is dit later vervangen door het oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling, maar inhoudelijk is daarmee op dit punt geen verschil beoogd, vgl. Smidt II 1891, p. 531.

feit uit de wederrechtelijke toe-eigening zelf. Bij diefstal en afpersing moet het strafbare feit – te weten het wegnemen en het dwingen tot afgifte – worden gepleegd met het oogmerk dat te doen.⁴⁵ De regering zag aldus kennelijk een differentiatie in de vermogensdelicten voor zich, waarbij het onderscheid wordt gemaakt door de verschillende strafbaar gestelde handelingen, te weten wederrechtelijk toe-eigenen, wegnemen en dwingen tot afgifte. Het kenmerkende verschil tussen die delicten wordt aldus in de handeling gezocht. Dat laat echter onverlet dat in ieder geval wederrechtelijk toe-eigenen ook een bepaald gevolg lijkt te impliceren.

Wat betreft afpersing kan er voorts op worden gewezen dat de regering van mening was dat de vergelijking van de artikelen over afpersing en diefstal met geweld het onderscheid tussen beide delicten duidelijk doet uitkomen: “In art. 339 (VS: O.R.O., art. 312 Sr) wordt gevorderd dat eenig goed zij weggenomen, hier daarentegen dat dwang tot afgifte hebbe plaats gehad. In het eene geval is de wegneming vergezeld of voorafgegaan door het geweld of de bedreiging met geweld; in het andere is geweld het middel waardoor de afgifte wordt verkregen.”⁴⁶ De vergelijking wijst echter ook uit dat het verschil tussen beide delicten bijzonder klein is en kennelijk slechts is gelegen in de te verrichten handelingen. Dat levert weer een aanwijzing op dat de regering wat betreft diefstal (met geweld) en afpersing heeft geopteerd voor min of meer formele delictsomschrijvingen, dat wil zeggen delictsomschrijvingen waarbij het kenmerkende verschil wordt gezocht in de strafbaar gestelde handeling.

Ook wat betreft verduistering heeft de regering geprobeerd een scherp onderscheid met diefstal te maken:

“Hier vooral is het noodig door de gekozen terminologie scherp te doen uitkomen welke kenmerken verduistering met diefstal gemeen heeft, en waarin het onderscheid tusschen beide strafbare feiten bestaat. Het voorwerp des misdrijs is bij beiden hetzelfde: het is »eenig goed dat geheel of ten deele aan een ander toebehoort“. Doch terwijl diefstal gepleegd wordt door het wegnemen van dat voorwerp met het oogmerk om het zich toe te eigenen, is bij verduistering de misdadige handeling gelegen in het zich toeëigenen zelf, nadat de dader anders dan door misdrijf bezitter of houder van dat voorwerp is geworden.”⁴⁷

45 Smidt II 1891, p. 487.

46 Smidt II 1891, p. 530.

47 Smidt II 1891, p. 537. Zie ook het Rapport aan den Koning, Smidt II 1891, p. 538.

Net als in het voorgaande wordt ook hier in de ogen van de regering het verschil gemaakt door de strafbaar gestelde handeling.

Bij de strafbaarstelling van oplichting heeft de regering gekozen voor een wat afwijkende formulering. Er is niet voor gekozen andere wetgevers te volgen, die bedrog in het algemeen strafbaar stellen indien de dader, met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen, aan iemands vermogen schade toebrengt door hem in dwaling te brengen of te houden door het voorspiegelen van valse of het verbergen van ware feiten. Volgens de regering zou de vrees dat door een zodanige algemene bepaling van strafbaar gedrag de grenzen die de strafwetgever behoort te stellen wordt overschreden, niet hersenschimmig zijn. De regering vond het veiliger de verschillende soorten van bedrog die zij strafbaar achtte te benoemen.⁴⁸ De belangrijkste soort bedrog is oplichting. Als bestanddelen van dit feit benoemde het wetsvoorstel het bewegen van een ander tot de afgifte van enig goed of tot het aangaan van een schuld of het te niet doen van een inschuld, een bepaald aangewezen middel en het oogmerk om zich of een ander te bevoordelen.⁴⁹ De Commissie van Rapporteurs van de Tweede Kamer wees erop dat de definitie van het resultaat die het regeringsontwerp aanneemt – de afgifte van enig goed of het aangaan van een schuld of het te niet doen van een inschuld – nodeloos beperkend is. Volgens de Commissie van Rapporteurs is “elke daad en elk verzuim, waardoor iemand in zijn vermogen wordt benadeeld, [...] van gelijke waarde waar het geldt vaststelling van het feit dat iemand door het bedrog in zijn vermogensregt is gekrenkt”. De Commissie zou dan ook liever een algemene strafbaarstelling van bedrog zien en stelde voor als strafbare handeling in het artikel te lezen het een ander bewegen om iets te doen of niet te doen waardoor deze in zijn vermogen wordt benadeeld. Minister Modderman zag echter geen reden de tekst van de wet aan te passen.⁵⁰

Op basis van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het onderscheid tussen formele en materiële delicten bekend was, maar niet expliciet een rol van betekenis heeft gespeeld bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht waar het gaat om de vermogensdelicten. Van het maken van een systematisch onderscheid lijkt geen sprake te zijn. Dat er behoefte aan

48 Smidt II 1891, p. 545.

49 Smidt II 1891, p. 546-547.

50 Smidt II 1891, p. 548-549.

differentiatie heeft bestaan, is duidelijk. Dat heeft ertoe geleid dat in de diverse artikelen verschillende handelingen met een min of meer gelijk gevolg strafbaar zijn gesteld. Welke de reden is geweest voor deze behoefte aan differentiatie is niet helder. Het valt op dat de wetgever zich heeft laten inspireren door andere (binnen- en buitenlandse) wetgevingen. Het lijkt waarschijnlijker dat dat de oorzaak is geweest voor de gekozen vormgeving van de delicten, dan dat er een principiële en systematische keuze voor formele of materiële delicten aan ten grondslag lag.

De invoering van het Wetboek van Strafrecht werd bij wet van 15 april 1886 (Stb. no. 64) bepaald op 1 september 1886,⁵¹ bijna zestien jaar na de instelling van de Staatscommissie voor de zamenstelling van een Wetboek van Strafrecht.

2.4 Conclusie

De wetsgeschiedenis geeft geen steun aan de stelling dat de vergaande differentiatie in de vermogensdelicten wordt verklaard door een systematische keuze voor formeel omschreven delictsomschrijvingen, zo daar al sprake van is. De wetgever heeft er, op één uitzondering na, geen blijk van gegeven expliciet bij het onderscheid tussen formeel en materieel omschreven delicten stil te hebben gestaan. Ook blijkt uit de wetsgeschiedenis niet van een vooropgezette bedoeling de vermogensdelicten formeel te omschrijven. Wel kan worden vastgesteld dat de wetgever voor differentiatie heeft gekozen en de verschillende vermogensdelicten scherp van elkaar heeft willen afgrenzen. Wat daarvoor de reden is geweest, is niet heel helder. Uit de Notulen van de Commissie De Wal blijkt dat zij zich heeft laten inspireren door andere (binnenlandse en buitenlandse) wetgevingen. Wellicht is het meest waarschijnlijk dat die wetgevingen de inspiratie hebben gevormd voor de gedifferentieerde strafbaarstellingen. Aan de differentiatie zouden dan vooral historische en praktische argumenten ten grondslag liggen. Meer in het algemeen kan de vraag worden gesteld of wel kan worden gesproken over formele en materiële delicten, in die zin dat beide soorten delicten scherp van elkaar kunnen worden onderscheiden. Uit het vervolg van het onderzoek zal blijken dat delicten zowel formele als materiële trekken kunnen hebben. Een goed voorbeeld daarvan geeft het

51 Smidt I 1891, p. 3.

delict diefstal. De Hoge Raad eist voor het (handelings)bestanddeel ‘wegnemen’ – dat diefstal onderscheidt van de andere genoemde vermogensdelicten – ook een gevolg, namelijk het verschaffen van de feitelijke heerschappij dan wel het onttrekken aan de feitelijke heerschappij van de rechthebbende.⁵²

Het ligt ook voor de hand dat de wetgever niet een messcherp onderscheid maakt tussen formele en materiële delicten. Waarom zou de wetgever het trekken van grenzen tussen delicten niet zowel in de aard van de handeling als in de aard van de gevolgen kunnen zoeken, zodat beide kenmerken in één delictsomschrijving aanwezig kunnen zijn? Mogelijk was dat ook wat de Commissie De Wal voor ogen had. Het feit dat de Commissie onder verwijzing naar de bestaande jurisprudentie het trekken van de grens tussen poging en voltooid delict bij diefstal aan de rechter wilde overlaten, vormt een aanwijzing dat wegnemen in de visie van de Commissie een zeker gevolg in zich borg. Als wegnemen hetzelfde is als verplaatsen, is de grens immers duidelijk.

52 HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2627, NJ 2013, 159 m.nt. Mevis.

HOOFDSTUK 3

DE VERMOGENSDELICTEN IN NEDERLAND

3.1 Inleiding

“(...) O. dienaangaande:

dat de Hooge Raad zeer zeker de mogelijkheid aanwezig acht, dat een in de wet voorkomend woord of begrip in den loop der tijden van beteekenis en feitelijkten inhoud verandert, zoodat, met behoud van de aan het artikel ten grondslag liggende algemeene strekking, feiten onder het artikel vallen, die er vroeger niet onder vielen, met het gevolg, dat de rechter eene uitspraak kan geven, die met de in de maatschappij levende overtuiging betreffende het strafwaardige van bepaalde feiten ten volle rekening houdt; (...)”¹

Het huidige Wetboek van Strafrecht dateert uit 1886 en is inmiddels dus 130 jaar oud. De strafbaarstellingen van de vermogensdelicten – waaronder hier diefstal, afpersing, verduistering en oplichting worden verstaan – zijn sindsdien niet wezenlijk veranderd. In dit en het volgende hoofdstuk staat de vraag centraal wat er van het oorspronkelijke stelsel van vermogensdelicten is overgebleven in de jurisprudentie. In dit hoofdstuk worden daartoe de vier afzonderlijke bepalingen besproken. Daarbij wordt stilgestaan bij de vraag wat de onderscheidende bestanddelen zijn van diefstal, afpersing, verduistering en oplichting. Voorts wordt onderzocht hoe deze bestanddelen zich in de loop der tijd hebben ontwikkeld. In het volgende hoofdstuk komen grensgevallen en overlappingsen aan de orde.

1 HR 21 juni 1943, *NJ* 1943/559. Ik ben me ervan bewust dat dit citaat afkomstig is uit een arrest uit een periode waarin een frase als ‘de in de maatschappij levende overtuiging’ met de nodige behoedzaamheid moet worden gelezen. De aangehaalde passage laat zien dat de Hoge Raad wel wenste vast te houden aan de strekking van de wet. Voor het overige geldt dat de overweging zoals uit het vervolg moge blijken een treffende karakteristiek vormt van ook de naoorlogse jurisprudentie.

3.2 Diefstal

Art. 310 Sr luidt:

“Hij die enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort wegneemt, met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen, wordt, als schuldig aan diefstal, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.”

In het handboek van Van Bemmelen en Van Hattum wordt over deze bepaling onder meer gezegd:

“Het woord diefstal bestaat uit twee gedeelten: “dief” en “stal”. “Stal” en het daarmee samenhangende werkwoord stelen (oud-fries stela) zijn moeilijk met een ander woord in verband te brengen. De lettercombinatie “st” drukt in ieder geval vaak een beweging uit, die tot *stilstand* komt, zoals wij ook een beweging of een lawaai tot *rust* brengen aanduiden met het geluid *st*. Indien wij zouden mogen aannemen, dat “st” de rusttoestand is en dat “l” de lichte beweging vertegenwoordigt, dan zou stelen zijn: iets uit een toestand van rust en geborgenheid wegnemen. Daartegen zou “stellen” betekenen: iets weer in de positie van rust terugbrengen. Andere woorden voor stelen als bijv. “gappen” en “kapen” drukken eveneens waarschijnlijk een beweging in een bepaalde richting uit en houden derhalve verband met andere woorden, die “kijken naar”, “begeerte koesteren naar” betekenen, wat ook zit in het Engelse “to keep”.

Het woord “dief” hangt samen met het gothische bijwoord “piubjo”, hetwelk “heimelijk” betekent en dat waarschijnlijk is afgeleid van een indo-germaanse wortel *teup-*, *tup-*, welke de betekenis zou hebben gehad van heimelijk iets verrichten, misschien ook voorkomend in Litauw *tupėti* = op zijn hurken zitten en *tupti*, neerhurken. De dief was derhalve oorspronkelijk degene, die heimelijk op iets loerde en het wegnam.

In engere zin was diefstal derhalve naar germaanse opvatting de heimelijke wederrechtelijke wegneming van een zaak.”²

De taalkundige uitleg die aan het woord diefstal kan worden gegeven, lijkt redelijk in de buurt te komen van de strafbaarstelling in art. 310 Sr. De strafbepaling is sinds de inwerkingtreding van het huidige Wetboek van Strafrecht in 1886 inhoudelijk niet veranderd.³

2 Van Bemmelen & Van Hattum 1954, p. 265-266. Omwille van de leesbaarheid heb ik de voetnoten weggelaten.

3 Naast wat tekstuele wijzingen is alleen de maximaal op te leggen geldboete veranderd. Deze is verhoogd van *f* 60,- in 1886 naar “een geldboete van de vierde categorie” (thans maximaal € 20.500,00, vgl. art. 23 Sr).

Uit de delictomschrijving van diefstal volgt dat de strafbaar gestelde handeling het 'wegnemen' is. De wetgever geeft geen definitie van wegnemen. Ook de wetsgeschiedenis geeft daarover niet met zo veel woorden uitsluitel. Uit de samenhang van dit bestanddeel met de bestanddelen 'goed' en 'het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening' valt echter wel het een en ander af te leiden. Een ander handvat voor de vaststelling van de betekenis van het begrip wegnemen kan worden gevonden in de systematiek van het wetboek. Het bestanddeel wegnemen onderscheidt het delict diefstal in de eerste plaats van verduistering, waarvoor is vereist dat de dader het goed reeds anders dan door misdrijf onder zich heeft. Ook onderscheidt het bestanddeel wegnemen diefstal van afpersing en oplichting, waarvoor is vereist dat de dader iemand dwingt of beweegt tot afgifte. De betekenis van het bestanddeel wegnemen kan mitsdien mede achterhaald worden door het bestanddeel af te zetten tegen de bestanddelen 'onder zich hebben' en dwingen of bewegen tot 'afgifte'.

Het is de vraag of de huidige interpretatie van wegnemen overeenkomt met de betekenis die de wetgever daar destijds aan toegedicht heeft. In het onderstaande wordt eerst de wetsgeschiedenis aangaande het bestanddeel wegnemen onderzocht. Daarna wordt gezien of, en zo ja hoe, dit bestanddeel zich in de rechtspraak verder heeft ontwikkeld. Daarbij komt ook de literatuur over 'wegnemen' aan de orde. Bij dit alles zullen ook de andere bestanddelen van art. 310 Sr worden betrokken, want de verschillende bestanddelen kunnen – zoals zal blijken – niet los van elkaar worden gezien.

3.2.1 Wetgeschiedenis

De Staatscommissie voor de samenstelling van een Wetboek van Strafrecht, naar haar voorzitter ook de Commissie De Wal genoemd, is tijdens haar veertigste vergadering begonnen met de beraadslagingen over diefstal. De gehele commissie was van oordeel dat een wettelijke omschrijving van dit misdrijf noodzakelijk was. Over die omschrijving is vervolgens kort gesproken. De Commissie besloot om niet tot uitdrukking te brengen dat diefstal alleen mogelijk is van roerende goederen:

"Dit toch is a onnoodig, daar het volgt uit het te bezigen woord wegnemen, en zou b tot moeilijkheden kunnen leiden, daar vooreerst sommige voorwerpen eerst door het stelen roerend worden, b.v. afgegraven turf, geplukte veldvruchten en ten andere daardoor aanleiding zou ontstaan tot de bewering dat het

woord “roerend” moest worden geïnterpreteerd volgens het Burgerlijk wetboek, en dus van de door bestemming onroerende zaken (...) geen diefstal mogelijk was.”⁴

Voorts besloot de Commissie, dat aan het bestanddeel wegnemen niet behoefde te worden toegevoegd ‘uit het bezit’. In de notulen staat vervolgens genoteerd “gelijk de heer Modderman in bijzonderheden aantoonde, door wederlegging der argumenten die, ten gunste der bijvoeging in onderscheidene wetboeken, zijn aangevoerd”.⁵ Welke argumenten dat waren en op welke wetboeken die argumenten betrekking hadden, wordt helaas niet duidelijk.⁶ Wat betreft het wegnemen was de Commissie ten slotte van mening dat de aard van het wegnemen niet dient te worden aangeduid door het woord ‘arglistig’, maar blijkt uit het oogmerk van de dader.⁷ De Commissie heeft getwijfeld of als oogmerk van de diefstal de wederrechtelijke toe-eigening of het wederrechtelijk als eigenaar beschikken zou moeten worden genoemd:

“Als bezwaren tegen de eerste uitdrukking wijst men op de gevallen waarbij men iets wegneemt niet om het te behouden, maar om het te vernielen of weg te werpen, of wanneer men eene zaak wegneemt om die te beleenen. Nogthans acht men bij nadere beschouwing die bedenkingen niet overwegend; in het eerstgenoemde voorbeeld is toeëigening toch de voorwaarde om te kunnen vernielen, dit laatste is slechts het meer verwijderd doel, en wat het tweede voorbeeld aangaat, het schijnt zeer te betwijfelen of dit wel diefstal is, wanneer, wat zich zelden zal voordoen, het stellig voornemen om de zaak, nadat zij als pand, gelost zal zijn, terug te geven, vaststaat. Ook zou de uitdrukking “om als eigenaar te beschikken” te ruim wezen met het oog op den zoogenaamden furtum usus en tot meer twistvragen leiden dan de geijkte term toeëigening, die ten slotte met algemeene stemmen wordt aangenomen.

Van toeëigening voor een derde behoeft de wet niet te gewagen, daar dit evenals het vernielen slechts een der vele gevolgen is van het zich zelve toeëigenen.”⁸

4 Notulen Staatscommissie I, p. 382-383.

5 Notulen Staatscommissie I, p. 383.

6 De bij de bespreking van het delict diefstal gebruikte Leidraad doet vermoeden dat het de Code Pénal en de Code Pénal Belge betreft, vgl. Notulen Staatscommissie, bijlage 34.

7 Notulen Staatscommissie I, p. 384.

8 Notulen Staatscommissie I, p. 385-386.

De Commissie was van oordeel dat diefstal geen betrekking zou moeten hebben op *res nullius*, dat wil zeggen zaken die aan niemand toebehoren. Daarom is gekozen voor de uitdrukking 'eens anders goed', in plaats van 'eene hem niet toebehoorende zaak'.⁹ Later kwam het besef dat uit die woorden afgeleid zou kunnen worden dat de zogeheten *Funddiebstahl*, dat wil zeggen het wegnemen van gevonden voorwerpen met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening, toch onder diefstal zou moeten worden begrepen. De Commissie vond het tenslotte unaniem een feitelijke kwestie. Indien in een geval van *Funddiebstahl* kan worden bewezen dat al op het moment van het wegnemen bij de dader het voornemen bestond om zich het voorwerp wederrechtelijk toe te eigenen, dan is sprake van diefstal. Zo niet, dan is sprake van verduistering.¹⁰ Ten einde te voorzien in de gevallen dat een zaak aan meerdere personen toebehoort en ook de mede-eigenaar wegens diefstal bestraft zou moeten kunnen worden, werd beslist om in de wet te spreken van een goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort.¹¹

Aldus kwam de Commissie in art. 343, eerste lid, van het ontwerp tot de volgende omschrijving van diefstal:

"Hij die eenig goed dat geheel of ten deele aan een ander toebehoort, wegneemt, met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen, wordt, als schuldig aan diefstal, gestraft met gevangenisstraf van hoogstens drie jaren."¹²

Uit het voorgaande wordt niet duidelijk wat de Commissie precies voor ogen had met het bestanddeel wegnemen. Hooguit kan daaruit worden afgeleid dat de Commissie van mening was dat, wil van een goed in de zin van art. 310 Sr sprake zijn, vereist is dat het goed verplaatsbaar is.¹³ Daaruit kan worden geconcludeerd dat, wil van wegnemen in de zin van voornoemd artikel sprake zijn, vereist is dat het goed ook daadwerkelijk verplaatst wordt.

9 Notulen Staatscommissie I, p. 383.

10 Notulen Staatscommissie II, p. 462-463.

11 Notulen Staatscommissie I, p. 383.

12 De Wal 1875, deel 2, p. 49.

13 Hierbij moet wel worden opgemerkt dat de Commissie later heeft overwogen dat het "algemeene begrip van diefstal" ook op het gebruiken van gas buiten de meter om zou kunnen worden toegepast, vgl. Notulen Staatscommissie IV, p. 97-98. Zie hierover ook Van Dorst 1974, p. 372-376. Van zo iets vluchtigs als gas is verplaatsing minder goed voorstelbaar.

Wat betreft het delict diefstal is het op deze plek goed om op te merken dat de Commissie geen afzonderlijk misdrijf van roof, dat wil zeggen diefstal met geweld, wilde. Ze zag dit als een gekwalificeerde, strafverzwarende vorm van diefstal.¹⁴ De Commissie stelde de strafbepalingen voor diefstal met geweld in art. 346 aldus voor:

“Met gevangenisstraf van hoogstens zeven jaren en zes maanden wordt gestraft diefstal, voorafgegaan of vergezeld door geweld of bedreiging met geweld tegen personen, gepleegd met het oogmerk om dien diefstal voor te bereiden of gemakkelijk te maken.

Indien het geweld enig lichamenlijk letsel ten gevolge heeft, wordt gevangenisstraf van hoogstens negen jaren opgelegd.

Indien het geweld zwaar lichamenlijk letsel ten gevolge heeft of het feit tevens valt in de slotbepaling van artikel 345,¹⁵ wordt gevangenisstraf van minstens negen maanden en hoogstens twaalf jaren opgelegd.

Indien het geweld den dood tengevolge heeft, wordt gevangenisstraf van minstens één en hoogstens vijftien jaren opgelegd.

Met het plegen van geweld wordt gelijkgesteld het brengen in een toestand van bewusteloosheid.”¹⁶

Geweld of bedreiging met geweld dat volgt op de diefstal behoorde volgens de Commissie geen deel uit te maken van dit delict. Dit geweld of deze bedreiging met geweld leverde in de ogen van de Commissie een afzonderlijk delict op.¹⁷

Andere strafverzwarende omstandigheden waren volgens de Commissie de volgende:

“Art. 343. (...) De straf kan met een derde worden verhoogd:

- 1°. indien de schuldige in eenige dienstbetrekking staat en de diefstal is gepleegd ten nadeele van zijn meester of van een lid van het gezin zijns meesters;
- 2°. indien de schuldige is de meester of een lid van het gezin des meesters en de diefstal is gepleegd ten nadeele van hem die tot dien meester in eenige dienstbetrekking staat.¹⁸

14 Notulen Staatscommissie I, p. 384-385 en 401-402.

15 Zie hieronder.

16 De Wal 1875, deel 2, p. 50.

17 Notulen Staatscommissie II, p. 471-473.

18 “Of het geraden is, diefstal in dienstbaarheid zwaarder dan gewonen diefstal te kwalificeren, schijnt aanvankelijk betwistbaar. Wel wordt ten gunste der verzwaring opgemerkt, dat men er zich niet tegen beveiligen kan, maar daartegenover

Art. 344. Met gevangenisstraf van hoogstens vier jaren en zes maanden wordt gestraft:

- 1°. diefstal van voorwerpen bewaard of tentoongesteld in eene kerk of openbaar gebouw, gepleegd door iemand aldaar toegelaten;
- 2°. diefstal van voorwerpen van wetenschap, kunst of nijverheid die in voor het publiek toegankelijke verzamelingen worden bewaard of op tentoonstellingen zijn bijeengebracht;
- 3°. diefstal van vee uit de weide;
- 4°. diefstal van dijkmaterialen of gereedschappen, bestemd voor het herstellen van dijken of tot het voorkomen of stuiten van overstroming.

Art. 345. Met gevangenisstraf van hoogstens zes jaren wordt gestraft:

- 1°. diefstal bij gelegenheid bij brand, watersnood, schipbreuk, stranding, oproer, mouterij of oorlogsnood;
- 2°. diefstal bij nacht in eene woning of op een besloten erf waarop eene woning staat, door iemand die zich aldaar buiten weten in in strijd met den wil van den regthebbende bevindt;
- 3°. diefstal door drie of meer personen;
- 4°. diefstal waarbij de schuldlige zich den toegang tot de plaats des misdrijs heeft verschafte of het weg te nemen goed onder zijn bereik heeft gebragt door middel van braak, inklimming, ondergraving, valsche sleutels of andere tot opening van de plaats waar of het voorwerp waarin zich het goed bevindt, niet bestemde werktuigen, een valsche orde of een valsche kostuum.

staat, dat juist omdat men er zich niet tegen beveiligt, de verzoeking voor de dienstbode zooveel grooter is. Acht men ten andere de immoraliteit bij de stelende dienstbode grooter, alleen omdat zij met haren meester onder hetzelfde dak zich bevindt, zoo bewijst men te veel, daar dezelfde grond voor strafverzwaring zou gelden bij diefstallen door personen die uit anderen hoofde in huis worden toegelaten. Nadat intusschen op den historischen toestand was gewezen en opgemerkt, dat de meerdere graviteit van diefstal in dienstbaarheid door het algemeen wordt beseft, wijst de Voorzitter op de noodzakelijke bescherming van het familieleven, als grond voor de zwaardere classificatie. De dienstboden zijn leden van het gezin, er moet onderling vertrouwen heerschen, zij zelve gevoelen zich beleedigd bij den minsten schijn van wantrouwen. Ten slotte wordt met eenparige stemmen zoowel de diefstal in dienstbaarheid als het omgekeerde daarvan sub 35 als verzwarend beschouwd. Voorts besluit men, dat het misbruik maken van de gemakkelijkheden der dienstbetrekking niet gelijk in Italië als element van het misdrijf is op te nemen, maar als grond van strafverzwaring in de Toelichting kan worden vermeld. De diefstal in dienstbaarheid wordt overigens niet, gelijk in den Code Pénal, uitgebreid tot diefstal gepleegd door den dienstbode in een vreemd huis waar hij zijn meester is gevolgd." Vgl. Notulen Staatscommissie I, p. 394-395.

Indien de in n°. 2 omschreven diefstal vergezeld gaat hetzij van de in n°. 3, hetzij van de in n°. 4 vermelde omstandigheden, wordt gevangenisstraf van hoogstens negen jaren opgelegd.”¹⁹

De Commissie heeft nog overwogen of diefstal van eerste levensbehoeften apart, als lichte vorm van diefstal, strafbaar gesteld zou moeten worden. Onder meer vanwege moeilijkheden bij het vinden van de juiste woorden voor een dergelijke strafbaarstelling heeft de Commissie daarvan afgezien. Volgens de Commissie doet de wetgever er goed aan op dit punt te zwijgen en de waardering van dergelijke gevallen volkomen over te laten aan de rechter. Het algemene delict diefstal, waarbij geen strafminimum wordt gesteld, biedt de rechter voldoende ruimte rekening te houden met de omstandigheden van het geval.²⁰

In het oorspronkelijk regeringsontwerp (O.R.O.) werd in art. 336 de ontwerp-diefstalbepaling van de Commissie De Wal overgenomen.²¹ Blijkens de memorie van toelichting heeft ook de regering de vraag onder ogen gezien of een omschrijving van het begrip diefstal wel nodig was. Niet alleen ‘gezaghebbende schrijvers’, maar ook sommige wetgevers, bijvoorbeeld in Denemarken en Zweden, vonden een omschrijving overbodig. Die schrijvers en wetgevers hebben (kennelijk) gewezen op tal van moeilijkheden en praktische bezwaren waartoe, blijkens de ervaring, een zodanige omschrijving aanleiding geeft, terwijl het volksbewustzijn daaraan volstrekt geen behoefte scheen te hebben, aldus de memorie van toelichting. Deze moeilijkheden en bezwaren zijn in de memorie van toelichting helaas niet nader beschreven en uitgewerkt. Wel is erop gewezen dat wordt beweerd dat, terwijl in nagenoeg elk nieuw wetboek of ontwerp van latere tijd min of meer is afgeweken van de voorbeelden in de vroegere gegeven, elke nieuwe bepaling door de bewoordingen waarin zij vervat is, ruime en rijke stof tot nieuwe strijdvragen heeft opgeleverd, terwijl de rechtspraktijk zich bij de toepassing overal zo nauw mogelijk aan de eenmaal in de volks-overtuiging gewortelde beginselen heeft aangesloten. Desalniettemin heeft de Nederlandse regering er niet voor gekozen een omschrijving van het

19 De Wal 1875, deel 2, p. 50.

20 Notulen Staatscommissie II, p. 491-492.

21 Het tweede lid is na kritiek van de Tweede Kamer Commissie op het stelsel van strafverzwarende omstandigheden komen te vervallen. De maximumstraf is in verband daarmee wel verhoogd naar vier jaren gevangenisstraf, zodat in een voorkomend geval wel met deze omstandigheden rekening kan worden gehouden.

begrip diefstal achterwege te laten. Zij was namelijk van oordeel dat voornoemde en soortgelijke bedenkingen de wetgever niet mogen terughouden, om waar het nodig is duidelijk te verklaren welke kenmerken dit misdrijf van andere verwante feiten onderscheidt:

“Het ontwerp wijst in de bepalingen van de artt. 336 [310], 344 [317] en 348 [321] aan, welke de eigenaardige karaktertrekken zijn van diefstal, afpersing en verduistering. Bij al deze misdrijven is het voorwerp aangewezen door de uitdrukking eenig goed. Dat bij afpersing nog iets anders daarmee wordt gelijk gesteld, kan voor het oogenblik buiten beschouwing blijven. Hier met de meeste nieuwere wetgevers van roerende zaken te spreken, schijnt onnoodig en onraadzaam. Onnoodig, vermits uit het gebezigde werkwoord wegnemen reeds volgt, dat de zaak voor verplaatsing vatbaar zijn moet. Onraadzaam, vermits elke aanleiding tot het beweren, dat het woord roerend uit de voorschriften van het burgerlijk wetboek moet worden verklaard, behoort te worden afgesneden, en daarenboven sommige voorwerpen eerst verplaatsbaar worden door de handeling van den dief.

Voorts is het een vereischte bij al deze misdrijven, dat het goed geheel of ten deele aan een ander toebehoore. Wie opzettelijk zijn eigen goed onttrekt aan een ander, die daarop een regt van pand enz. uitoefent, valt in de termen van art. 377 [348], maar pleegt geen diefstal. Ook is het niet toereikend (art. 379 C. P.), dat het goed den dader niet toebehoore, want de bemagtiging eener aan niemand toebehoorende zaak kan strafbaar zijn volgens art. 386 (O. R. O.), doch kan in geen geval als diefstal worden aangemerkt.

Eindelijk wordt in al de genoemde bepalingen van wederregtelijk zich toeëigenen gesproken. Bij verduistering bestaat het strafbare feit in de wederregtelijke toeëigening zelve; bij diefstal daarentegen en bij afpersing moet het strafbare feit (hier de dwang tot afgifte, daar het wegnemen) gepleegd worden met het oogmerk om het goed zich toe te eigenen. Dat oogmerk moet bewezen worden, en slechts onvolledig wordt dit vereischte in de fransche en belgische wetgevingen door frauduleusement aangeduid.”²²

Net als verschillende buitenlandse wetgevers wilde ook de Nederlandse regering winstbejag niet als vereiste stellen. De regering stelde voorop dat het strafbare feit bij diefstal het wegnemen is, met het oogmerk om zich het goed toe te eigenen. Daarbij was het in de ogen van de wetgever niet relevant welk ander, meer verwijderd doel de dief heeft gehad en welke voornemens hij had ten aanzien van het goed waarvan hij zich ‘heeft meester gemaakt’.²³

22 Smidt II, p. 487.

23 Smidt II, p. 488.

In dit kader is voorts interessant het antwoord van de regering op de vraag wat toe-eigening precies is. In het Verslag van de Tweede Kamer werd opgemerkt dat in de voorgestelde diefstalbepaling sprake lijkt te zijn van een tautologie, aangezien in het woord toe-eigenen dezelfde 'active zin' ligt opgesloten als in het woord wegnemen. Voorgesteld werd dat het wellicht beter is te spreken van 'het oogmerk om wederrechtelijk over de zaak te beschikken' of om, net als voorheen in de Code Pénal gebeurde,²⁴ het oogmerk naast de woorden 'arglistig wegneemt' niet verder te omschrijven. De regering antwoordde hierop dat onder toe-eigenen moet worden verstaan het als heer en meester beschikken en overigens dat de woorden 'met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen' geheel overeenkomen met de uitdrukking 'in de meeste nieuwere wetgevingen gebezigd'. De regering verwees hiertoe naar Duitsland, Zürich en Hongarije.²⁵ Hieruit volgt dat voor wegnemen niet vereist is dat iemand als heer en meester over een goed beschikt. Wegnemen gaat daaraan als het ware vooraf. En indien het wegnemen van een goed geschiedt met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening, dat wil zeggen met het oogmerk om als heer en meester over het goed te beschikken, is sprake van diefstal. Het voorgaande neemt overigens niet weg dat het moment van wegnemen en het moment van toe-eigenen kunnen samenvallen. Dat maakt het onderscheid tussen de twee begrippen lastig, zoals ook uit de beraadslagingen in de Tweede Kamer blijkt.

Het O.R.O. kende in art. 336, tweede lid, nog een strafverhoging voor diefstal in dienstbetrekking. Volgens de regering eiste het noodzakelijk vertrouwen dat tussen leden van hetzelfde gezin moet heersen een verhoging van de maximumstraf die op diefstal stond. De strafverhoging gold overigens twee kanten op: ook diefstal door een meester of iemand van zijn gezin ten nadele van iemand die tot hem in een dienstbetrekking stond, leverde een strafverhoging op.²⁶ Deze strafverhogende omstandigheid is echter gesneuveld na kritiek van de Commissie van Rapporteurs. De meerderheid van de Commissie was namelijk van oordeel dat het in het O.R.O. genoemde stelsel van strafverhogende omstandigheden willekeurig was en dat het aan de rechter moest worden overgelaten alle omstandigheden waaronder het feit is gepleegd te beoordelen. De regering heeft zich deze kritiek tot op zekere hoogte aangetrokken en het wetsvoorstel dienovereenkomstig op

24 Art. 379 van de Code Pénal luidde: "Al wie eenig goed dat hem niet toebehoort, arglistig wegneemt, maakt zich schuldig aan dievery."

25 Smidt II, p. 491.

26 Smidt II, p. 488.

een aantal punten aangepast. De maximaal op te leggen straf op (eenvoudige) diefstal is daarbij verhoogd tot vier jaren. De strafverzwarende omstandigheden die nu nog in art. 311 Sr staan vond de regering uit hun aard strafverzwarend en deze zijn daarom blijven staan.²⁷

Onderwerp van de beraadslagingen in de Tweede Kamer was het Gewijzigd Ontwerp. De strafbepaling omtrent diefstal was daarin vernummerd tot art. 310. Behalve wat betreft de strafmaat was de bepaling nog identiek aan het eerste lid van de door de Commissie De Wal voorgestelde bepaling:

“Hij die eenig goed dat geheel of ten deele aan een ander toebehoort, wegneemt, met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen, wordt, als schuldig aan diefstal, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren.”²⁸

De heer Van Nispen tot Sevenaer, afgevaardigde uit Nijmegen, was van mening dat de voorgestelde bepaling betreffende diefstal niet juist was:

“De Minister is het au fond met mij eens; maar nu begrijp ik niet hoe de Minister het met mij eens kan zijn, en toch iets geheel anders nederschrijven dan wij bedoelen. Ik begrijp niet hoe hij geheel noodeloos, lijnregt in tegenstelling van het gewone spraakgebruik kan zeggen: “hij die enig goed dat geheel of ten deele aan een ander toebehoort, wegneemt, “*met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen*” enz. Dat is niet de vaste definitie van diefstal. Men kan even goed stelen ten behoeve van een ander of om de zaak eenvoudig weg te werpen, den eigenaar afhandig te maken. De Minister zegt: hij die over eene zaak, hoe dan ook, beschikt, eigent zich die toe. Onjuist! Dan zou *vernieren* ook toeëigenen zijn. Bovendien niet elke beschikking geschiedt met het OOGMERK *van toeëigening*, zoo als het artikel luidt. Men kan zeer goed over eene zaak beschikken, zonder zich die toe te eigenen. Wanneer ik een voorwerp wegwerp, dat ik van een ander heb weggenomen, dan beschik ik er over, maar ik eigen het mij niet toe. Maar vooral ik neem het niet weg *met het oogmerk om het mij toe te eigenen*. Het denkbeeld, dat de Minister wil uitdrukken, is, blijkens zijn antwoord aan de Commissie, hetzelfde als het mijne; maar waarom drukt hij het dan niet met klare en juiste woorden uit? Het criterium van diefstal is niets anders dan het *des bewust ontvreemden van eens anders goed*. Die woorden hadden er moeten staan. Ik wil geen amendement voorstellen, dat heb ik reeds gezegd, maar ik wijs er op, dat hier opzettelijk eene uitdrukking gebruikt is, die met gewone en het juridische spraakgebruik niet te vereenigen is.”²⁹

27 Smidt II, p. 489-490, p. 500-502.

28 Art. 310 G.O., vgl. Smidt II, p. 492. Bij amendement is daaraan later toegevoegd: “of geldboete van ten hoogste zestig gulden”, vgl. Smidt II, p. 496-497.

29 Smidt II, p. 492.

De minister van justitie Modderman antwoordde hierop:

“Het komt mij voor, dat tusschen den geachten afgevaardigde uit Nijmegen en mij een misverstand bestaat. Onze bedoeling is dezelfde, maar bij de beantwoording van der vraag of de bedoeling in de woorden helder en ondubbelzinnig is uitgedrukt, blijkt dat wij dezelfde woorden verschillend opvatten. Het woord “ontvreemden” door den heer van Nispen aanbevolen, is voor mij onaannemelijk, omdat door dat woord zouden zijn samengetrokken twee elementen, die voor de helderheid en de duidelijkheid behooren te worden ondergescheiden: de materiele daad – het *wegnemen* – en het *oogmerk*, waarmede men dat doet. Betreffende de redactie, zoo als zij thans luidt, herinner ik, dat volkomen dezelfde definitie voorkomt in andere Germaansche landen: men zie onder anderen het Duitsche en het Zürichsche wetboek; ook in Hongarije is dezelfde definitie overgenomen. En die definitie acht ik volkomen juist. Wie iets wegneemt met het oogmerk om het aan een ander te geven, neemt inderdaad weg met het oogmerk om het zich toe te eigenen. Waar staat geschreven, dat in toeëigening is opgesloten de wil om het weggenomene zelf te benuttigen? Toeëigenen is: “zich als eigenaar gedragen”, voor hoe lang of hoe kort dan ook; om iets aan een ander te schenken moet ik, al ware het maar voor eene minuut, feitelijk als eigenaar over de zaak beschikken. De geachte spreker stelt ook het geval dat iemand eene zaak wegneemt met het oogmerk om ze weg te werpen. Of dergelijk feit is diefstal dan wel zaakbeschadiging, is eene *quaestio facti*. De vraag is vóór alles: welk oogmerk was er op het oogenblik der wegneming? Gesteld, iemand neemt iets weg met het oogmerk om het zich toe te eigenen; hij krijgt berouw of ziet dat hij ontdekt is, en nu werpt hij de zaak weg; dit zou zeker zijn diefstal. Maar wanneer van den aanvang af uitsluitend bestond het oogmerk van zaakbeschadiging en de door dit oogmerk beheerschte handelingen één ondeelbaar geheel uitmaken, dan is er geen diefstal, maar zaakbeschadiging. Geene definitie is toereikend om feitelijke quaestien te voorkomen.”³⁰

Van Nispen tot Sevenaer was niet overtuigd:

(...) welligt ligt de fout dáárin, dat men niet onderscheidt tusschen de daad van toeëigening en het oogmerk van die daad. Ongelukkig heeft de minister in het artikel niet alleen de daad van wegneming geschreven die hij nu toeëigenen gelieft te noemen, maar hij heeft bovendien gewezen op het oogmerk van die daad, en dat oogmerk toeëigening genoemd. *Dat* is de fout. Degeen die wegneemt enkel met het doel om een ander te berooven, pleegt geen wegneming met het doel om zich iets toe te eigenen; maar toch pleegt hij ook, volgens den Minister, wel dergelijk diefstal. Wanneer reeds als diefstal wordt beschouwd doleuse berooving, zoo als ook de Minister doet, dan kan er ook voorzeker niet gedacht worden aan *beschadiging*, waarvan de Minister spreekt. Ik laat de fonds van des Ministers

30 Smidt II, p. 493.

gedachte geheel intact; maar zijne definitie deugt niet, omdat hij gebruikt de woorden: “*met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen*”. Dat oogmerk behoeft volstrekt niet te bestaan en toch is er diefstal. De explicatie des Ministers kan niet prevaleren tegen de duidelijke woorden der wet. Minister en Commissie kunnen zich eene nieuwe terminologie scheppen: niemand heeft zich daaraan te storen.

De Minister zegt: alle Germaansche landen hebben dezelfde door u gewraakte uitdrukking gebezigd. Wanneer men dáár eene verkeerde uitdrukking bezigt, moeten wij die dan overnemen? Bovendien, de Minister is op onderscheidene plaatsen van de buitenlandsche wetgevingen afgeweken, bijvoorbeeld in de bepalingen omtrent *opzet*. Het geval van doleuse wegneming met geen ander doel *dan om te berooven* is niet in dit artikel begrepen, of men moet de woorden geweld aandoen. (...)”³¹

Van Nispen tot Sevenaer lijkt de gedachtengang van de minister mis te verstaan. De minister heeft de daad van wegneming niet toe-eigening willen noemen. Uit de definitie van het bestanddeel ‘goed’ volgde immers dat voor ‘wegnemen’ niet veel meer nodig is dan dat het goed verplaatst wordt. Toe-eigenen daarentegen betekende het als heer en meester beschikken. De minister maakt uitdrukkelijk onderscheid tussen de handeling, het wegnemen, en de bedoeling, het oogmerk, van die handeling. Wil van diefstal sprake zijn dan is vereist dat een goed is verplaatst met het doel om als heer en meester over dat goed te beschikken. Maar Van Nispen tot Sevenaer heeft ergens wel een punt. De minister lijkt wat willekeurig om te springen met het verschil tussen naaste en verwijderd doel. Als de dader het goed wegneemt om het vervolgens aan een ander te schenken, is sprake van een oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening omdat aan die schenking steeds machtsuitoefening voorafgaat. Als de dader het goed wegneemt om te vernielen, wordt diezelfde redenering niet gevolgd. Dat is ineens sprake van een ‘*quaestio facti*’ waarover de rechter maar moet beslissen. Wat is rechtens als de dader de kraan van een wijnvat opendraait en de wijn laat opvangen door een derde (die te goeder trouw is)? Hij schenkt de wijn dan aan een ander, maar gaat daaraan een wegneming vooraf? En wat is rechtens als de dader de kraan van een wijnvat opendraait zodat de wijn in het riool verdwijnt? Hij handelt dan slechts met wat Van Nispen tot Sevenaer het oogmerk om te beroven noemt, en niet met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening. De conclusie moet zijn dat dan, anders dan Van Nispen tot

31 Smidt II, p. 494.

Severnaer meent, geen sprake is van diefstal, maar van wegmaken in de zin van art. 350 Sr. De discussie is dus vooral van belang voor de grens tussen diefstal en art. 350 Sr.³²

De heer Patijn, lid van de Commissie der Rapporteurs, probeerde Van Nispen tot Severnaer nogmaals duidelijk te maken wat met 'oogmerk' werd bedoeld:

"Ten aanzien van de eerste woorden van den geachten afgevaardigde meen ik dat hij in deze verwart *oogmerk* en *doel*. Hoewel wij tot dusverre zijne tegenwoordigheid hier moesten missen, zal de geachte afgevaardigde voorzeker de stukken hebben gelezen; en dan wordt in de Memorie van Toelichting omtrent het woord "toeëigenen" uitdrukkelijk gezegd, dat het daarbij onverschillig is welk ander meer verwijderd *doel* de dief gehad hebbe, en welke voornemens hij koesterde ten aanzien van het voorwerp, waarvan hij zich heeft meester gemaakt. Neemt iemand iets weg met het *doel* om het aan een ander te geven, dan heeft hij toch het *oogmerk* gehad om dat voorwerp zich toe te eigenen, hoe kort dan ook, ten einde daarover de vrije beschikking te hebben. Dat oogmerk heeft evenzeer bestaan als hij het voorwerp wegwerpt. Er zullen zeer zeker gevallen zijn waarin het niet gemakkelijk zal zijn te onderscheiden tusschen opzettelijke zaakbeschadiging en diefstal, maar laten wij de beslissing daarover overlaten aan het oordeel des rechters, die bij ieder voorkomend geval het best uit de omstandigheden zal kunnen opmaken welk misdrijf in casu gepleegd is."³³

De betekenis van het bestanddeel 'oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening' bleef echter vragen oproepen. Ook de Commissie van Rapporteurs van de Eerste Kamer merkte op dat veel leden de omschrijving die de Code Pénal van diefstal gaf,³⁴ juister vonden dan die uit het wetsontwerp. De bijvoeging "met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen" werd gevaarlijk geacht. "Zal het niet hoogst moeilijk, ja bijna ondoenlijk zijn om van dit vereischte het bewijs te leveren, als de beklagde bij voorbeeld beweert een kleedingstuk of een gereedschap slechts te hebben weggenomen om het tijdelijk te gebruiken, niet met het oogmerk om het zich

32 Ook naar hedendaagse opvattingen is het oogmerk om slechts kortstondig als heer en meester over een goed te beschikken voldoende, vgl. Knigge/Wolswijk 2015, p. 130. Het is de vraag of het laten weglopen van de wijn in het riool ook diefstal kan opleveren. Als dat het geval is, dan lijkt een oogmerk in het geheel niet meer te worden vereist. Dat is alleen anders als wordt aangenomen dat de machtsuitoefening kan samenvallen met de wegnemingshandeling (in die zin dat wie de wijn laat weglopen daarover als heer en meester beschikt). De consequentie van die benadering zou zijn dat er overlap bestaat tussen art. 310 Sr en art. 350 Sr.

33 Smidt II, p. 495.

34 Art. 379 van de Code Pénal luidde: "Al wie eenig goed dat hem niet toebehoort, arglistig wegneemt, maakt zich schuldig aan dievery."

wederregtelijk toe te eigenen?” De minister nam niet meer de moeite nogmaals uitleg te geven en verwees naar zijn antwoord aan de heer Van Nispen.³⁵

Wat betreft diefstal met geweld is het nog goed om op deze plaats op te merken dat in het O.R.O. (art. 339) aanvankelijk slechts strafbaar was gesteld – kort gezegd – diefstal voorafgegaan of vergezeld door geweld of bedreiging met geweld tegen personen. De memorie van toelichting hield in dat in sommige wetgevingen ten onrechte ook gewag wordt gemaakt van geweld, gepleegd met het doel het gestolene in veiligheid te brengen. In de ogen van de regering kon het geweld alleen als een verzwarende omstandigheid van diefstal worden aangemerkt wanneer het de strekking heeft om de diefstal voor te bereiden of gemakkelijk te maken. Later gepleegd geweld leverde aldus bezien een afzonderlijk misdrijf op en kon aanleiding geven de straf, volgens de regels van samenloop, te verhogen. De bepaling is tijdens de behandeling echter aangepast aan art. 288 Sr (gekwalficeerde doodslag), zodat ook geweld dat volgt op de diefstal nu een strafverzwarende omstandigheid is.³⁶

3.2.2 *Wegnemen (literatuur en jurisprudentie)*

“Is het mogelijk om van wegnemen een omschrijving te geven, die beter dan het woord zelf een criterium oplevert naar hetwelk kan worden beoordeeld of een bepaald geval er al dan niet onder valt?”³⁷ Dat is een vraag die opkomt als de literatuur en jurisprudentie over het bestanddeel ‘wegnemen’ in oenschouw wordt genomen. De wetgever van 1886 vatte wegnemen op als verplaatsen. In de praktijk deden zich echter al snel zaken voor waarin dat tot problemen leidde. Zo had de Rechtbank ‘s-Gravenhage in 1898 te oordelen over een geval waarin op een veemarkt A, zich voordoende als eigenaar, aan B een aan C toebehorende ezel verkocht.³⁸ A werd vervolgd wegens diefstal, maar had de ezel niet aangeraakt en dus ook niet verplaatst. Het wegnemen leidde de rechtbank in die zaak (kennelijk) af uit de omstandigheid dat B aan A de koopprijs betaalde, vervolgens de door C tijdelijk

35 Smidt II, p. 497. De Hoge Raad volgt nog steeds de uitleg van Modderman. In 2013 wees de Hoge Raad twee arresten waaruit duidelijk blijkt dat voor het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening het meer verwijderde doel niet relevant is, vgl. HR 26 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1425, NJ 2014/40 en HR 26 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1426, NJ 2014/41.

36 Smidt II, p. 505-506.

37 Van Bemmelen & Van Hattum 1954, p. 274.

38 Rechtbank ‘s-Gravenhage 26 augustus 1898, W 7211.

onbeheerd achtergelaten ezel losmaakte van de boom waaraan deze was vastgebonden en deze meenam. De Hoge Raad wees in 1921 het Elektriciteitsarrest.³⁹ Dat betrof een zaak waarin een verdachte door middel van het inbrengen van een pen de elektriciteitsmeter had stilgezet, waardoor zijn energieverbruik niet werd geregistreerd. De Hoge Raad had te oordelen over de vraag of elektrische energie kon worden aangemerkt als een 'goed' in de zin van art. 310 Sr. Die vraag werd bevestigend beantwoord. Een en ander leidde tot de slotsom "dat dus, waar art. 310 Strafrecht ten doel heeft het vermogen van een ander te beschermen en met dat doel het wegnemen van 'eenig goed' onder de in dat artikel genoemde omstandigheden strafbaar stelt zonder op eenigerlei wijze nader aan te duiden wat onder 'eenig goed' gerekend moet worden, op grond van bovengenoemde eigenschappen dit artikel ook op elektrische energie van toepassing is". Ook hier was moeilijk te construeren dat de verdachte de elektriciteit had weggenomen in die zin dat hij de elektriciteit had vastgepakt en verplaatst. Er was dus een meer werkbare definitie van wegnemen nodig.

Schrijvers uit voornamelijk het begin van de twintigste eeuw hebben geprobeerd tot een definitie van wegnemen te komen. Simons schrijft in 1907 dat voor wegneming is vereist dat de dader het goed tot zich neemt, het onder zijn feitelijke heerschappij brengt. Het is niet nodig dat het goed wordt onttrokken aan de nog door een ander uitgeoefende feitelijke heerschappij, zodat wegneming en dus diefstal van verloren en gevonden goederen bestaanbaar is. Voor wegneming is niet vereist dat het voorwerp wordt weggenomen van de plaats waar het zich bevindt, maar enkel vastgrijpen is niet voldoende. De dader moet het voorwerp tot zich hebben genomen en in zijn macht hebben gebracht.⁴⁰ Andere auteurs gebruiken min of meer soortgelijke bewoordingen. Zo schrijft Blok dat wegnemen doet denken aan een gedraging waardoor de dader het goed in zijn feitelijke heerschappij brengt, onder zijn macht, in zijn detentie, onafhankelijk van de bedoeling die verder wordt gekoesterd ten opzichte van het goed.⁴¹

De manier waarop een goed wordt weggenomen is niet van belang, als dat maar gebeurt door een handeling aan de zijde van de dader die ten aanzien van het goed als een daad van wegneming kan worden aangemerkt. Simons benadrukt dat die eis bij de toepassing van art. 310 Sr niet kan worden losgelaten, ook niet als onttrekking van de heerschappij aan de houder wel als gevolg is ingetreden. In dat geval zou aan de strafbepaling

39 HR 23 mei 1921, *NJ* 1921/564.

40 Simons 1907, p. 70-71. Zie ook Simons 1929, p. 83-86.

41 Blok 1915, p. 372.

een met de tekst niet verenigbare uitbreiding worden gegeven. Van de handeling die de wet eist mag niet worden afgezien en de overweging dat de strafbaar geachte handeling ‘crimineel-politisch’ met diefstal gelijkstaat rechtvaardigt een andere conclusie niet.⁴² Die opvatting sluit aan bij de gedachten van de Commissie De Wal en de regering, die immers vonden dat een omschrijving van ‘diefstal’ niet achterwege kon blijven. De wetgever moet duidelijk aangeven waaruit gedrag moet bestaan wil er sprake zijn van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Langemeijer schrijft dat het woord wegnemen in de eerste plaats de gedachte wekt aan het brengen van enig goed van de ene naar de andere plaats. Het ligt voor de hand dat dit in de regel zal worden verricht door handtastelijke aanraking, maar wegnemen kan ook worden gedaan door andere middelen. Ter illustratie wijst Langemeijer erop dat de jurisprudentie – zijns inziens terecht – veroordelingen bevat ter zake van het aan de eigenaar onttrekken van gas of water door middel van openzetten van een kraan of aanzetten van een buis en dat ook het stuksnijden van een geldbuidel en het opvangen van het daaruit vallende geld wegnemen van het laatste oplevert.⁴³

Van Bemmelen en Van Hattum proberen de betekenis van wegnemen te achterhalen door tevens de betekenis van ‘het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening’ en ‘een goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort’ in aanmerking te nemen.⁴⁴ Ze verwijzen daartoe in de eerste plaats naar de wetsgeschiedenis van verduistering en wel in het bijzonder naar de beschouwingen over *Funddiebstahl*, dat wil zeggen diefstal of verduistering van gevonden voorwerpen. In het rapport aan de Koning wordt, in reactie op het advies van de Raad van State, immers gezegd: “De Funddiebstahl zal naar omstandigheden, dat is al naar mate de animus sibi habendi aanwezig was, reeds dadelijk bij de occupatie van het gevonden goed of later is ontstaan, diefstal of verduistering zijn.”⁴⁵ Indien het oprapen van het gevonden goed direct geschiedt met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening zal sprake zijn van wegnemen in de zin van art. 310 Sr. Indien op dat moment nog geen voornemen tot toe-eigening bestaat of alleen het eerlijk voornemen het goed naar de politie te brengen, zal het

42 Simons 1929, p. 86. Zie ook de noot van Taverne onder HR 21 mei 1921, *NJ* 1921/564 (Elektriciteitsarrest) en het commentaar van Simons op die uitspraak, vgl. Simons 1921.

43 Noyon-Langemeijer 1954, p. 355.

44 Van Bemmelen & Van Hattum 1954, p. 273-274.

45 Smidt II, p. 535.

oprapen geen wegnemen als bedoeld in art. 310 Sr zijn. Hoewel de materiële handeling in beide gevallen precies gelijk is, is wegnemen in de zin van art. 310 Sr volgens Van Bemmelen en Van Hattum dus niet ieder beetpakken van een voorwerp met de bedoeling het te verplaatsen. Van Bemmelen en Van Hattum concluderen aldus dat wegnemen in art. 310 Sr niet ieder wegnemen uit het dagelijks leven is en niet kan worden omschreven zonder het vereiste 'oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening'.⁴⁶ Van Bemmelen en Van Hattum lijken hier een redeneerfout te maken. In beide gevallen is namelijk sprake van wegnemen in de zin van verplaatsen. In beide gevallen kan wegnemen ook best als wegnemen in het dagelijks leven worden omschreven. Voor het omschrijven van het wegnemen op zichzelf is het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening niet van belang. Maar niet ieder wegnemen levert diefstal op. Om te voorkomen dat de eerlijke vinder als dief wordt aangemerkt, is het oogmerk als bestanddeel nodig. Van Bemmelen en Van Hattum leggen wegnemen overigens ruim uit. Wegnemen kan zijn van zijn plaats wegnemen, maar ook iets van een ander (uit andermans bereik) wegnemen. Voor dat laatste is niet noodzakelijk dat het goed wordt verplaatst. Om dat te illustreren gebruiken Van Bemmelen en Van Hattum het voorbeeld waarin A zijn ring is verloren en B de ring vindt en er vervolgens een bloempot overheen plaatst met de bedoeling de ring weg te brengen en voor zichzelf te houden als er niet meer naar de ring wordt gezocht. Ook een dergelijke handeling levert volgens Van Bemmelen en Van Hattum wegnemen met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening op.

Het wegnemen begint volgens Van Bemmelen en Van Hattum op het ogenblik dat iemand probeert de zaak buiten het bereik van een ander te brengen. Voor de vaststelling van het ogenblik waarop de wegneming is voltooid, kunnen verschillende theorieën worden gehanteerd. De contrectatie-theorie zegt dat voor wegneming verplaatsing is vereist en wel door lichamelijke aanraking. Volgens de ablatie-theorie is voor voltooide wegneming vereist dat het goed in veiligheid is gebracht. De apprehensie-theorie tenslotte gaat ervan uit dat voor wegneming noodzakelijk is dat de dader het goed tot zich heeft genomen en in zijn feitelijke heerschappij heeft gebracht.⁴⁷ Van Bemmelen en Van Hattum vinden geen van deze theorieën

46 Van Bemmelen & Van Hattum 1954, p. 274.

47 Zie over deze theorieën ook de noot van Mulder onder HR 7 november 1978, NJ 1979/100, de noot van Mevis onder HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2627, NJ 2013/159 en Noyon-Langemeijer/Rommelink, art. 310 Sr, aantekening 1 (online, bijgewerkt tot 15 mei 2015).

helemaal juist. Zij komen tot de volgende definitie van wegnemen: "Wegnemen is: iedere handeling, waardoor iemand of een vermogensbestanddeel van een ander in zijn eigen heerschappij brengt zonder medewerking of toestemming van die ander of de band, die op een of andere wijze nog tussen die ander en het vermogensbestanddeel bestond, verbreekt." Wegnemen kan aldus geschieden zonder dat het goed in zijn eigen feitelijke heerschappij wordt gebracht.⁴⁸

Langemeijer kan zich hier niet helemaal in vinden. Volgens hem is wegneming een inbezitneming die, of een onder zijn macht brengen dat, is voltooid zodra een daad is volbracht die dit meebrengt. In de overgrote meerderheid van de gevallen zal die daad bestaan in verplaatsing, hetzij door aanraking, hetzij op andere wijze. Wie enig voorwerp tot zich neemt of het verwijderd van de plaats waar het zich bevindt heeft de wegneming volbracht.⁴⁹

Van Veen schrijft dat als de dief zich heeft verzekerd van de feitelijke heerschappij, hij zich het goed heeft toegeëigend. Art. 310 Sr verlangt niet, dat het zover is gekomen. Het eist wegnemen met het oogmerk van toe-eigening. Daarom meent hij, dat het wegnemen van een voorwerp is voltooid met het goed buiten bereik brengen van de rechthebbende. Dat toe-eigening vervolgens ook plaatsvindt is niet noodzakelijk. Voldoende voor diefstal is, dat de bedoeling om toe te eigenen aanwezig was.⁵⁰

Blok probeert de betekenis van wegnemen te achterhalen door middel van een vergelijking met art. 321 Sr. Die bepaling stelt strafbaar het toe-eigenen van een goed dat iemand reeds onder zich heeft, dat wil zeggen van een goed waarover deze de feitelijke heerschappij, de macht reeds heeft, een goed dat al in iemands detentie is. Hij wijst er daarbij op dat de wetgever bij verduistering de eis heeft gesteld dat de verdachte het goed anders dan door misdrijf onder zich moet hebben om te voorkomen dat de dief (of degene die een goed door een ander misdrijf onder zich heeft gekregen) zich door latere toe-eigening ook nog eens aan verduistering zou schuldig maken. Blok concludeert vervolgens dat door wegneming een toestand in het leven wordt geroepen waaraan de wet de kwalificatie van onder zich hebben geeft.⁵¹ De diefstal kan echter ook zijn voltooid doordat een goed uit de macht van de eigenaar is gebracht. Dan is geen toestand van 'onder zich hebben' ontstaan.

48 Van Bemmelen & Van Hattum 1954, p. 274-277.

49 Noyon-Langemeijer 1954, p. 356.

50 Van Veen 1990, p. 130. Van Veen verwijst naar HR 1 februari 1983, NJ 1983/499 en HR 2 juli 1984, NJ 1985/93.

51 Blok 1915, p. 373.

Blok merkt vervolgens op dat het woord wegnemen zijn bijzondere betekenis echter niet alleen ontleent aan de tegenstelling tussen diefstal en verduistering. Ook de tegenstelling tussen diefstal en andere misdrijven waarbij de inbezitstelling niet het werk van de dader is of hoeft te zijn kan daarbij van dienst zijn. Blok onderzoekt daartoe de grenzen tussen diefstal (met geweld) enerzijds en afpersing en oplichting anderzijds. Element van diefstal is dat, zolang het goed zich nog in de machtsfeer van een ander bevindt (wat voor diefstal niet altijd nodig is, denk aan de diefstal van gevonden voorwerpen), er moet zijn gehandeld zonder toestemming van degene aan wie de zaak wordt onttrokken. Art. 326 Sr stelt strafbaar het iemand bewegen tot de afgifte van enig goed door het aanwenden van bepaalde middelen met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen. Door dit artikel wordt volgens Blok ook getroffen de persoon die door die middelen iemand beweegt toe te laten dat hij het goed meeneemt. Als dat waar is, valt onder het misdrijf afpersing ook de daad van hem die met het oogmerk om zich wederrechtelijk te bevoordelen, iemand met geweld dwingt toe te laten, dat hij een aan deze of een derde toebehorend goed meeneemt. Uit de vergelijking van art. 312 Sr met art. 317 Sr trekt Blok de conclusie dat wanneer geweld wordt gepleegd om zich in het bezit van de zaak van een ander te stellen, art. 317 Sr toepasselijk zal zijn als degene tegen wie het geweld werd aangewend het goed overgeeft of tot het meenemen toestemming geeft, terwijl art. 312 Sr van toepassing zal zijn indien de dader het goed zonder toestemming meeneemt. Daaruit vloeit, aldus Blok, dan ook weer voort dat bij eenvoudige diefstal ook vereist is dat het meenemen niet met toestemming van de houder geschiedt.⁵² De conclusie waartoe Blok door vergelijking van art. 310 Sr met art. 317 Sr en art. 326 Sr komt is echter niet dat voor diefstal vereist is dat voor het meenemen van het goed geen toestemming is gekregen van de rechthebbende, maar dat het meenemen van het goed mét toestemming van de rechthebbende geen wegnemen in de zin van de wet is.⁵³

Ook Langemeijer maakt de vergelijking met enerzijds verduistering waarbij de dader het goed reeds onder zich had en anderzijds afpersing en oplichting, waarbij een ander tot overgifte of tot toelaten en goedkeuren van wegneming wordt genoopt. Wegnemen is in zijn ogen in de eerste plaats het door eigen handeling in eigen bezit brengen met uitsluiting van

52 Blok 1915, p. 388-389.

53 Blok 1915, p. 392. Hierbij moet worden aangetekend dat toestemming in deze gevallen natuurlijk een relatief begrip is. Deze toestemming zal niets afdoen aan de wederrechtelijkheid van het handelen.

alle wederrechtelijke handelingen ten aanzien van een goed dat de dader reeds onder zich had. Wegnemen is iets anders dan overhalen of dwingen tot afgifte dat onder zekere omstandigheden door de wet als afzonderlijk misdrijf, hetzij oplichting, hetzij afpersing of afdreiging, wordt aangemerkt. Het toestaan van wegnemen wil Langemeijer, net als Blok, niet wegnemen in de zin van art. 310 Sr noemen. Praktisch maakt dit geen ander verschil dan dat de dader strafbaar zal zijn wegens afpersing of oplichting. Het (theoretische) voordeel is dat deze feiten beter het karakteristieke van de gedraging aangeven, terwijl het karakteristieke van diefstal, het eigenmachtig nemen, hier juist ontbreekt. Wegnemen in de zin van art. 310 Sr is volgens Langemeijer dus altijd een eigenmachtige inbezitneming. De inbezitneming waartoe toestemming is verleend staat gelijk aan de afgifte van art. 317 Sr en art. 326 Sr.⁵⁴

In de rechtspraak is het bestanddeel wegnemen eigenlijk direct na de invoering van het Wetboek van Strafrecht vrij functioneel uitgelegd. Al in 1891 besliste het Gerechtshof 's-Hertogenbosch dat, nu bewezen was dat de verdachte door middel van een in de waterleiding van het door zijn huurder bewoonde pand aangebrachte buis water van de gemeente – waarvoor hij niet was geabonneerd – in zijn pand heeft geleid en het daar herhaaldelijk heeft afgetapt, tevens bewezen is dat hij water, aan de gemeente toebehorende, herhaaldelijk wederrechtelijk heeft weggenomen en zich heeft toegeëigend.⁵⁵ Ook de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage van 26 augustus 1898, waarin op een veemarkt A, zich voordoende als eigenaar, aan B een aan C toebehorende ezel verkoopt, geeft blijk van zo'n functionele uitleg.⁵⁶ Het wegnemen leidde de rechtbank in die zaak (kennelijk) af uit de omstandigheid dat B aan A de koopprijs betaalde, vervolgens de door C tijdelijk onbeheerd achtergelaten ezel losmaakte van de boom waaraan deze was vastgebonden en deze meenam. Een functionele uitleg was nodig, want A had de ezel niet aangeraakt. De uitspraken van de Hoge Raad in het Elektriciteitsarrest⁵⁷ en soortgelijke zaken sluiten daar goed bij aan. Van

54 Noyon-Langemeijer 1954, p. 355-356.

55 Hof 's-Hertogenbosch 5 februari 1891, W 5998.

56 Rechtbank 's-Gravenhage 26 augustus 1898, W 7211.

57 HR 23 mei 1921, NJ 1921/564 m.nt. Taverne. In zijn noot merkt Taverne op: "Het is merkwaardig dat men zoo lang is blijven hangen aan dat materialistische, substantieele ruimtelijke goedsbegrip, terwijl men zich over de beteekenis van het woord "wegnemen", toch zeker het voornaamste woord der diefstal-omschrijving, nooit erg druk heeft gemaakt; immers, al sedert lang heeft de strafrechter "wegnemen" genoemd een handeling, welke net zooveel op wegnemen lijkt als loopen op zitten of springen op liggen, enz. Ik zal die beslissingen geenszins wraken, want de beoordeelde handelingen hadden een onbetwistbaar diefstal-karakter, maar het

recentere datum is het arrest van de Hoge Raad van 19 april 2005, waarin is aangenomen dat het doen van een pinbetaling met een gestolen pinpas kan worden beschouwd als het wegnemen van een goed in de zin van art. 310 Sr.⁵⁸

De Hoge Raad besliste in 1900 dat voor wegnemen vereist is dat sprake is van overgang van feitelijk bezit.⁵⁹ In 1906 overwoog de Hoge Raad dat wegnemen het uitoefenen van feitelijke heerschappij vereist.⁶⁰ Later oordeelde de Hoge Raad ook dat de wegneming was voltooid in gevallen waarin de rechthebbende door een handeling van de verdachte de feitelijke heerschappij over het goed had verloren.⁶¹ Tussen die definities lijkt overigens wel enige ruimte te zitten.⁶² Dat de verdachte zich de feitelijke heerschappij heeft verschaft, lijkt noodzakelijk mee te brengen dat de rechthebbende die feitelijke heerschappij kwijt is (maar dat hoeft niet het gevolg van het wegnemen te zijn, de rechthebbende kan het goed ook zijn verloren). Andersom geldt dat niet. Dat de rechthebbende de feitelijke heerschappij kwijt is, hoeft niet altijd te betekenen dat de verdachte zich die heeft verschaft. Ter illustratie daarvan kan worden gewezen op het voorbeeld van Van Bemmelen en Van Hattum, waarin A zijn ring is verloren en B de ring vindt en er vervolgens een bloempot overheen plaatst met de bedoeling de ring weg te brengen en voor zichzelf te houden als niet meer

is goed om zich van een en ander rekenschap te geven, omdat het ons een helder inzicht kan verschaffen in het wezen van die uitspraken en in de verhouding der strafrechtspraak tegenover den wettekst. Ik blijf het echter ten zeerste betreuren, niet in het in minst voor de waarachtigheid der rechtspraak, dat de wet een zoo eenvoudig en duidelijk woord als wegnemen, letwel: niet in een qualificatie, maar in een *omschrijving*, gebruikt, terwijl de rechter zich aan die eenvoudige en duidelijke betekenis niet kan houden." Volgens Taverne is het woord wegnemen in de delictomschrijving niet op zijn plaats en zouden, indien men zich – zelfs zonder enige letterknechterij – aan de eenvoudige en duidelijke betekenis van het woord wegnemen zou houden, vele 'diefstallen' niet onder het diefstal-artikel vallen.

58 HR 19 april 2005, *NJ* 2007/386 m.nt. De Jong. De Hoge Raad had in 1982 (in een verduisteringszaak) overigens al beslist dat giraal geld als goed kan worden aangemerkt, vgl. HR 11 mei 1982, *NJ* 1982/583 m.nt. 't Hart.

59 HR 23 april 1900, *W* 7437.

60 HR 12 juni 1906, *W* 8390. Zie bijvoorbeeld ook HR 23 mei 1911, *W* 9205 (" (...) dat de requiranten door die handelingen den sparreboom uit het bezit van den eigenaar onder hunne macht en in hun bezit hebben gebracht, dezen alzoo in den zin der wet hebben "weggenomen" en dus hebben gepleegd een voltooien diefstal") en HR 7 oktober 1980, *NJ* 1981/80.

61 HR 13 december 1977, *NJ* 1978/593 en HR 2 december 1986, *NJ* 1987/589.

62 Advocaat-Generaal Vellinga lijkt in zijn conclusie vóór HR 22 maart 2011, *ECLI:NL:HR:2011:BP2627*, *NJ* 2013/159 m.nt. Mevis beide definities inwisselbaar te vinden.

naar de ring wordt gezocht.⁶³ Op het moment dat B de bloempot over de ring plaatst, heeft hijzelf nog niet zonder meer de feitelijke heerschappij. Maar relevant is dat niet. De Hoge Raad heeft namelijk in 2011 duidelijk gemaakt dat beide gevallen wegnemen kunnen opleveren:

“Voor een veroordeling ter zake van (voltooide) diefstal van een aan een ander toebehorend goed – een en ander als bedoeld in art. 310 Sr – is onder meer vereist dat de dader zich een zodanige feitelijke heerschappij over dat goed heeft verschaft dan wel dit zodanig aan de feitelijke heerschappij van de rechthebbende heeft onttrokken dat de wegneming van het goed als voltooid kan gelden.”⁶⁴

In 2013 wees de Hoge Raad een arrest waarin dit criterium voor wegnemen in het geheel niet werd genoemd.⁶⁵ De desbetreffende zaak handelde over een verdachte die met een aan zijn voormalige werkgever toebehorende tankpas zonder diens toestemming en voor diens rekening benzine had getankt. Door het gebruik van de tankpas was de benzine nog niet betaald. Dat zou pas gebeuren als de ex-werkgever de rekening van het tankstation zou betalen. Het hof veroordeelde de verdachte wegens diefstal. In cassatie werd geklaagd dat uit de bewijsmiddelen niet kan worden afgeleid dat de verdachte – zoals bewezenverklaard – geld had weggenomen. De Hoge Raad overwoog:

“Met zijn oordeel dat de verdachte aldus geld heeft weggenomen, heeft het Hof kennelijk voor ogen gehad dat het afrekenen van de aankoop van brandstof met behulp van zo een tankpas kan worden aangemerkt als de betaling ten laste van de rekening van de voormalig werkgever, door welke betaling de voormalig werkgever in zijn vermogen is aangetast. Aldus beschouwd geeft het oordeel van het Hof niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het ook zonder nadere motivering niet onbegrijpelijk.”

Deze uitspraak leidt tot een wenselijk resultaat en lijkt op het eerste gezicht te passen in het rijtje van zaken waarin wordt aangenomen dat het bij een geldautomaat pinnen of bij een betaalautomaat betalen met behulp van een gestolen bankpas diefstal kan opleveren.⁶⁶ Bij nadere bestudering lijkt het toch complexer dan dat. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad zijn oordeel dat sprake is van wegnemen, slechts lijkt te baseren op de omstandigheid dat de voormalig werkgever in zijn vermogen is aangetast. De vraag is

63 Van Bemmelen & Van Hattum 1954, p. 275.

64 HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2627, NJ 2013/159 m.nt. Mevis.

65 HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2029, NJ 2014/180 m.nt. Rozemond.

66 Vgl. bijv. HR 19 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS9237, NJ 2007/386 m.nt. De Jong.

hoe dat moet worden geduid. Bij gebreke aan bewoordingen van die strekking ben ik niet geneigd te denken dat de Hoge Raad een nieuw criterium voor wegnemen heeft willen introduceren. Het is lastig voor deze casus het huidige criterium voor wegnemen te gebruiken. Er kan immers niet worden gezegd dat de verdachte zich de heerschappij over het vermogen van zijn voormalige werkgever heeft verschaft en evenmin dat die werkgever door de handeling van de verdachte de heerschappij over een deel van zijn vermogen is kwijtgeraakt. Dat is pas het geval als de ex-werkgever de rekening van het tankstation betaalt, wat hij misschien weigert. En wat is er nu eigenlijk precies gestolen? Het lijkt erop dat de Hoge Raad in deze zaak het begrip goed zover heeft opgerekt dat ook de mogelijk nog te betalen rekening daaronder valt. Zo bezien lijkt er een verband te zijn met de – zoals annotator Keijzer het noemt – simkaart-zaak.⁶⁷ In die zaak had de verdachte zonder toestemming gebruikgemaakt van een simkaartje van zijn ex-werkgever om te bellen en smsen. Hij werd vervolgd (en veroordeeld) wegens diefstal van een aantal belminuten ter waarde van € 2.549,07 en een aantal sms-berichten ter waarde van € 100,24, toebehorende aan zijn ex-werkgever. Als sprake zou zijn geweest van een prepaidkaart of van belminuten die deel uitmaakten van een belbundel behorend bij een abonnement dan zou dit te volgen zijn. Maar uit de in de conclusie van Advocaat-Generaal Machielse genoemde voor het bewijs gebezigde factuur van de telefoonmaatschappij leid ik af dat sprake was van belminuten en sms-berichten buiten een belbundel waarvoor achteraf moest worden betaald.⁶⁸ Ook hier geldt dat lastig te construeren is dat de verdachte iets van zijn ex-werkgever heeft weggenomen zolang laatstgenoemde de rekening nog niet heeft betaald. Desalniettemin oordeelde de Hoge Raad dat deze belminuten en sms-berichten – die het hof klaarblijkelijk en niet onbegrijpelijk heeft verstaan in de economische betekenis die daaraan in het normale spraakgebruik wordt toegekend, te weten als gebruikseenheid om de daarmee

67 HR 31 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ6575, NJ 2012/535 m.nt. Keijzer.

68 Anders annotator Keijzer in zijn noot bij dit arrest, vgl. HR 31 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ6575, NJ 2012/535 m.nt. Keijzer. Keijzer maakt een onderscheid tussen belminuten gebezigd voor het in rekening brengen van kosten voor gevoerde gesprekken (die noemt hij R) en belminuten gedurende welke iemand zonder bijbetaling mag bellen, zoals prepaid belminuten of een belbundel bij een abonnement (die noemt hij V). Belminuten V kunnen volgens Keijzer wel worden weggenomen, belminuten R niet. “Indien belminuten R al een vermogensbestanddeel zouden vormen dan is dat als bestanddeel van het vermogen van het telecommunicatiebedrijf; dat heeft ter zake van die belminuten R een vordering op de abonnee. Die vordering is echter niet vatbaar voor wegneming”, aldus Keijzer. Uit de door de Hoge Raad gebezigde bewoordingen leidt hij af dat de Hoge Raad uit is gegaan van belminuten V.

aangeduide vormen van telecommunicatiedienstverlening te kunnen kwantificeren en in rekening te kunnen brengen – als een goed in de zin van art. 310 Sr kunnen worden aangemerkt. Daarbij is mede aanmerking genomen de functie die belminuten en sms-berichten in deze economische betekenis in het maatschappelijk verkeer vervullen. De consequentie van de in deze zaken ingeslagen weg lijkt te zijn dat men met de gebruikelijke definitie van wegnemen niet meer uit de voeten kan.⁶⁹

Door de minder 'fysieke' uitleg van het bestanddeel 'wegnemen' heeft het 'oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening' veel van zijn oorspronkelijke, inperkende, functie verloren. Bij het wegnemen is nu immers al van belang dat het goed uit de macht van de rechthebbende is gebracht. Daarbij speelt ook een rol dat de Hoge Raad zich op het standpunt stelt dat ook degene die zich slechts tijdelijk de heerschappij over een goed wil verschaffen, handelt met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening. Het gevolg van deze twee ontwikkelingen is dat het 'oogmerk' bijna altijd besloten ligt in het 'wegnemen'. Wie opzettelijk een goed buiten de macht van de rechthebbende brengt, doet dat als regel met het oogmerk om zelf, zij het misschien kortstondig, als heer en meester over het goed te beschikken. Het oogmerk speelt eigenlijk alleen nog een rol in gevallen waarin de dader bevoegd was of meende te zijn om het goed weg te nemen.⁷⁰

Wat betreft de ontwikkeling van de verschillende bestanddelen van art. 310 Sr moet op deze plaats ook nog worden gewezen op de veranderde uitleg van het bestanddeel '(geheel of ten dele) aan een ander toebehoort'. Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat de wetgever diefstal als een inbreuk op eigendom zag. Zo zou volgens de regering degene die opzettelijk zijn eigen goed onttrekt aan een ander die daarop een pandrecht uitoefent, zich niet schuldig maken aan diefstal. In 2002 oordeelde de Hoge Raad dat gestolen goederen ook van de dief kunnen worden gestolen. Elk goed dat geheel of ten dele aan een ander dan de verdachte toebehoort kan worden 'weggenomen' in de zin van art. 310 Sr. Daarbij doet niet ter zake of

69 Ook dijt het bereik van art. 310 Sr door deze uitspraken enorm uit, waardoor allerlei overlappingen ontstaan. Hadden de verdachten niet ook vervolgd kunnen worden wegens oplichting van de benzinepomphouder respectievelijk telecommatenschap of wellicht zelfs van de ex-werkgevers: zijn die niet door een listige kunstgreep (het onrechtmatig gebruik van de tankpas respectievelijk simkaart) bewogen tot afgifte van een goed of het aangaan van een schuld? Of is (ook) sprake van verduistering doordat de verdachten zich het geld van hun ex-werkgevers (dat zij middels tankpas en simkaart onder zich hadden) toe-eigenden door middel van het wederrechtelijke gebruik? Zie voor overlappingen tussen de vermogensdelicten in het bijzonder het volgende hoofdstuk.

70 Knigge/Wolswijk 2015, p. 130.

het desbetreffende goed zich ten tijde van dat wegnemen in de beschikingsmacht van de eigenaar of andere rechthebbende bevond dan wel daaraan reeds was onttrokken.⁷¹ In 2015 had de Hoge Raad te oordelen over een geval waarin twee verdachten de zojuist aan hen ontstolen partij cocaïne probeerden terug te krijgen. Zij werden uiteindelijk vervolgd wegens afpersing, maar voor de uitleg van het bestanddeel toebehoren aan een ander doet dat niet ter zake. Het hof had geoordeeld dat de cocaïne aan de dieven toebehoorde in de zin van art. 317 Sr vanaf het moment dat zij er vandoor gingen met de tas waarin de cocaïne zich bevond. Vanaf dat moment konden zij daarover als heer en meester beschikken. In cassatie werd over dat oordeel geklaagd. De Hoge Raad overwoog echter dat in de overwegingen van het hof als zijn oordeel ligt besloten dat de bezitter van een goed, ongeacht de vraag of hij tevens de eigenaar daarvan is, kan worden aangemerkt als degene aan wie het goed toebehoort in de zin van art. 317 Sr, welk oordeel niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting.⁷² Aldus kan gesteld worden dat zich een verschuiving heeft voorgedaan van bescherming van eigendom naar bescherming van bezit.

Wat betreft het ogenblik waarop het wegnemen (en daarmee de diefstal) is voltooid, is de Hoge Raad niet erg streng, in die zin dat al snel wordt aangenomen dat het wegnemen is voltooid.⁷³ In 1894 overwoog de Hoge Raad dat de wegneming is voltooid wanneer het goed de dader in handen is gekomen. Dat hoeft geen ongestoord bezit op te leveren. In de desbetreffende zaak had de verdachte op een moment dat hij alleen in een winkel was, over de toonbank geleund en had hij zijn hand in de geldlade gestoken. Daarop werd hij door de winkelier betrap en vastgegrepen, waarbij een rijksdaalder op de grond viel waarvan de verdachte de herkomst niet kon verklaren. De rechtbank heeft daaruit volgens de Hoge Raad kunnen concluderen dat de verdachte, toen hij werd betrap, de rijksdaalder al had weggenomen.⁷⁴ Van een voltooide wegneming was ook sprake in het geval waarin door één van de verdachten camera's in een plastic zak op een luifel waren geplaatst aan de buitenzijde van het gebouw waaruit die goederen waren verdwenen. Uit die omstandigheden heeft het hof kunnen afleiden dat die goederen aan de feitelijke heerschappij van de rechthebbende waren onttrokken,

71 HR 9 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4256, NJ 2002/499.

72 HR 7 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1786, NJ 2016/39 m.nt. Rozemond.

73 Vgl. ook de noot van Mevis onder HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2627, NJ 2013/159, waarin hij stelt dat van een hard dogmatisch onderscheid tussen poging en voltooid wegnemen in de jurisprudentie van de Hoge Raad geen sprake is.

74 HR 12 november 1894, W 6578.

aldus de Hoge Raad.⁷⁵ Van voltooid wegnemen was geen sprake in het geval waarin de verdachte samen met ene Th., met wie hij had afgesproken koffie te gaan stelen, naar een supermarkt was gegaan en aldaar koffie in karretjes laadde die Th. telkens bij de uitgang van de winkel klaarzette.⁷⁶ Na terugwijzing van de zaak motiveerde het hof de bewezenverklaring kennelijk beter. Naar aanleiding van een tegen die tweede uitspraak ingesteld cassatieberoep overwoog de Hoge Raad dat het hof uit de bewijsmiddelen kennelijk heeft afgeleid, en ook heeft kunnen afleiden, dat de verdachte en Th. in het holst van de nacht van zaterdag op zondag, in een winkelruimte waarvan zij de toegangsdeur hadden geopend, door hen op karretjes geladen koffie bij de uitgang van de winkel hebben gereed gezet voor verder vervoer en daarop zijn weggegaan om het verdere vervoer te regelen, zodat naar ervaringsregelen verwacht kon worden dat de koffie de winkel zou hebben verlaten ruimschoots voor het tijdstip waarop de komst van het winkelpersoneel bij de hervatting van hun taak kon worden verwacht. Op grond van die feiten en omstandigheden is het hof tot het oordeel kunnen komen dat de verdachte en zijn mededader op het moment waarop zij de winkel verlieten reeds de koffie onder hun feitelijke heerschappij hadden gebracht en de wegneming was voltooid, aldus de Hoge Raad.⁷⁷ Van onttrekken aan de feitelijke heerschappij van de rechthebbende, en dus van voltooid wegnemen, was sprake toen de verdachte en zijn medeverdachte balen cacao bonen die in opdracht van de eigenaar op een dekschuit waren geladen, van die dekschuit hebben gehaald en in het donker over een afstand van enige tientallen meters hebben gebracht naar een bedrijfsruimte van een derde.⁷⁸ Hetzelfde geldt voor het geval waarin de verdachte en zijn mededaders negen wielen van een opslagterrein hadden gehaald en over de dubbele afrastering waarmee dat terrein was omgeven hadden gebracht.⁷⁹ Van een voltooide diefstal was ook sprake toen een verdachte op heterdaad werd betrapt bij een woninginbraak, waarna hij ervandoor ging en zich buiten aanvankelijk met (bedreiging met) geweld wist te onttrekken aan personen die hem wilden beletten te vluchten, terwijl bij de insluitingsfouillering volgend op zijn aanhouding vingerringen, een dasspeld en twee gouden hangers in zijn broekzak werden aangetroffen waarvan hij verklaarde dat hij deze uit de woning had gestolen.⁸⁰ Ook het oordeel van het

75 HR 13 december 1977, *NJ* 1978/593.

76 HR 7 november 1978, *NJ* 1979/100 m.nt. GEM.

77 HR 7 oktober 1980, *NJ* 1981/80 m.nt. GEM.

78 HR 1 februari 1983, *NJ* 1983/499.

79 HR 2 december 1986, *NJ* 1987/589.

80 HR 11 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4244, *NJ* 2000/588.

hof dat de verdachte die op een bouwterrein een zaagmachine en kabel op de laadvloer van zijn op het bouwterrein geparkeerde vrachtwagen had geladen en er vervolgens, met achterlating van de vrachtwagen, vandoor was gegaan toen de politie arriveerde, zich schuldig had gemaakt aan een voltooide diefstal, getuigde volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting.⁸¹ Hetzelfde geldt voor het oordeel van het hof dat in het geval waarin de medeverdachte door dozen met processoren op te pakken en deze direct daarop voor de buitenwereld onzichtbaar in een sporttas te steken en vervolgens de sporttas met de dozen buiten de nooddeur van het bedrijf waaruit de dozen zijn meegenomen te zetten, zich een zodanige heerschappij over die dozen heeft verschaft dat de wegneming daarvan was voltooid.⁸² Dat van ongestoord bezit nog (lang) geen sprake behoeft te zijn, blijkt ook duidelijk uit die gevallen waarin een voltooide (winkel)diefstal wordt aangenomen terwijl de verdachte de winkel nog niet met de goederen heeft verlaten.⁸³

De jurisprudentie kent ook gevallen waarin nog geen voltooide diefstal werd aangenomen. Tot het verkrijgen van de feitelijke heerschappij was het nog niet gekomen toen de verdachte en zijn broer betrappt werden op het moment dat zij ervandoor wilden gaan met zakken meel die even daarvoor door anderen van het dak van een meelfabriek waren gegooid⁸⁴ en ook niet toen de verdachten – daarbij geobserveerd door de politie – een kofferbak van een auto openbraken, de te stelen koffer daaruit namen en onmiddellijk daarop werden aangehouden.⁸⁵ Bij laatstgenoemde zaken moet echter worden opgemerkt dat de verdachten door het hof waren veroordeeld wegens “poging tot diefstal”. De Hoge Raad had dus slechts te toetsen of het hof tot die bewezenverklaring had kunnen komen. Daarop antwoordde de Hoge Raad bevestigend. Dat sluit echter niet uit dat mogelijk ook een veroordeling voor een voltooide diefstal in stand zou zijn gebleven.

81 HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2627, NJ 2013/159 m.nt. Mevis.

82 HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK2871.

83 Vgl. bijv. HR 6 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ3279 en HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:206, NJ 2016/118. Zie ook de hiervoor genoemde uitspraak HR 11 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4244, NJ 2000/588. De motivering van het hof kan daarbij overigens wel roet in het eten gooien, vgl. HR 26 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN4296.

84 HR 23 november 1942, NJ 1943/43.

85 HR 2 juli 1984, NJ 1985/93.

3.2.3 *Conclusies over wegnemen*

De strafbare handeling in art. 310 Sr is 'wegnemen'. Wat precies onder 'wegnemen' moet worden verstaan, is nergens gedefinieerd. Voor een antwoord op de vraag wat onder 'wegnemen' moet worden verstaan, kan onder meer worden gekeken naar de andere vermogensdelicten. Uit de memorie van toelichting volgt immers dat het de bedoeling was dat scherp onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende vermogensdelicten. 'Wegnemen' is dus in de ogen van de regering iets anders dan het wederrechtelijk toe-eigenen van een goed dat men al onder zich heeft en afgeven.

Wat betreft het bestanddeel wegnemen zelf kan uit de Notulen van de Commissie de Wal worden afgeleid dat de Commissie van mening was dat daarvoor in ieder geval nodig is dat sprake is van verplaatsing van een goed. Blijkens de memorie van toelichting bij het ontwerp van het Wetboek van Strafrecht was de regering dezelfde mening toegedaan. Daaruit spreekt een fysieke uitleg van 'wegnemen'. Die betekenis hing samen met de toenmalige uitleg van het begrip goed. Wilde sprake zijn van een goed in de zin van art. 310 Sr dan moest het goed verplaatsbaar zijn. Bij die stand van zaken, waarin iedere verplaatsing van een goed wegnemen opleverde, was een inperkend bestanddeel nodig. Dat werd gevonden in het oogmerk. Aan dat bestanddeel werd dan ook een groot gewicht toegekend. De Commissie De Wal discussieerde bijvoorbeeld over de vraag of men als oogmerk zou noemen de wederrechtelijke toe-eigening of het wederrechtelijk als eigenaar beschikken. Het verschil tussen die beide alternatieven was overigens wel erg subtiel. De regering verstond immers onder toe-eigenen het als heer en meester beschikken over een goed. Aan de duur van de toe-eigening werden niet al te zware eisen gesteld. De Commissie had aanvankelijk bedenkingen tegen de uitdrukking 'oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening' in verband met gevallen waarin niet wordt weggenomen om te behouden, maar om bijvoorbeeld te vernielen. Bij nadere beschouwing was de Commissie echter van mening dat toe-eigening dan de voorwaarde is om te kunnen vernielen, het laatste is slechts het meer verwijderd doel. De minister was daarover duidelijk: toe-eigenen is zich als eigenaar gedragen, hoe lang of hoe kort ook. Zelfs bij het tijdelijk gebruiken van goederen van een ander kan daarvan sprake zijn. De bestanddelen 'wegnemen' en het 'oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening' worden in de wetsgeschiedenis uitdrukkelijk van elkaar onderscheiden. 'Wegnemen' gaat in ieder geval niet zo ver als toe-eigenen, dat wil zeggen het als heer en meester beschikken over een goed.

In de rechtspraak is ‘wegnemen’ eigenlijk direct na de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht vrij functioneel uitgelegd. Dat was nodig omdat zich gevallen voordeden waarin niet van een simpel verplaatsing kon worden gesproken. Zo besliste het Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch al in 1891 dat het illegaal aftappen van water het wegnemen van dat water oplevert.⁸⁶ Ook het verkopen van een aan een ander toebehorende ezel die vervolgens door de koper werd losgemaakt van de boom waaraan deze was vastgebonden en meegenomen, leverde het wegnemen van die ezel door de verkoper op. Dit terwijl de verkoper de ezel niet had aangeraakt.⁸⁷ In 1900 besliste de Hoge Raad dat voor wegnemen vereist is dat sprake is van overgang van feitelijk bezit.⁸⁸ In 1906 overwoog de Hoge Raad vervolgens dat wegnemen het uitoefenen van feitelijk heerschappij vereist.⁸⁹ Later oordeelde de Hoge Raad ook dat de wegneming was voltooid in gevallen waarin de rechthebbende door een handeling van de verdachte de feitelijke heerschappij over het goed was verloren.⁹⁰ Tussen die beide definities lijkt enige ruimte te zitten, maar relevant is dat niet meer. De Hoge Raad heeft namelijk in 2011 duidelijk gemaakt dat beide gevallen wegnemen kunnen opleveren: “voor een veroordeling ter zake van (voltooid) diefstal van een aan een ander toebehorend goed – een en ander als bedoeld in art. 310 Sr – is onder meer vereist dat de dader zich een zodanige feitelijke heerschappij over dat goed heeft verschaft dan wel dit zodanig aan de feitelijke heerschappij van de rechthebbende heeft onttrokken dat de wegneming van het goed als voltooid kan gelden”.⁹¹ De functionele uitleg heeft geleid tot een verruiming van de diefstalbepaling. De bedoeling van de wetgever om een scherp onderscheid te maken tussen de vermogensdelicten lijkt daarbij geen rol van betekenis te spelen. De functionele uitleg van ‘wegnemen’ lijkt mede te zijn ingegeven door de steeds verdere oprekking van het bestanddeel ‘goed’, bijvoorbeeld in het Elektriciteitsarrest en de pinpaszaken. De hiervoor besproken tankpas-zaak en sim-kaart-zaak hebben ertoe geleid dat het delict grenzeloos is geworden doordat iedere economische benadeling

86 Hof ‘s-Hertogenbosch 5 februari 1891, W 5998.

87 Rechtbank ‘s-Gravenhage 26 augustus 1898, W 7211.

88 HR 23 april 1900, W 7437.

89 HR 12 juni 1906, W 8390. Zie bijvoorbeeld ook HR 23 mei 1911, W 9205 (“ (...) dat de requiranten door die handelingen den sparreboom uit het bezit van den eigenaar onder hunne macht en in hun bezit hebben gebracht, dezen alzoo in den zin der wet hebben “weggenomen” en dus hebben gepleegd een voltooiden diefstal”) en HR 7 oktober 1980, NJ 1981/80.

90 HR 13 december 1977, NJ 1978/593 en HR 2 december 1986, NJ 1987/589.

91 HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2627, NJ 2013/159 m.nt. Mevis.

eronder lijkt te vallen. Door de functionele uitleg van wegnemen heeft diefstal trekken van een materieel delict gekregen. Om van wegnemen te kunnen spreken, moet sprake zijn van een bepaald gevolg: de dader moet zich de feitelijke heerschappij over een goed hebben verschafte dan wel het goed aan de feitelijke heerschappij van de rechthebbende hebben onttrokken. Het bestanddeel 'oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening' heeft hierbij veel van zijn oorspronkelijke (inperkende) functie verloren. Het oogmerk ligt bijna altijd besloten in het wegnemen en speelt eigenlijk alleen nog een rol in gevallen waarin de dader bevoegd was of meende te zijn om het goed weg te nemen.

3.3 Verduistering

Art. 321 Sr luidt:

"Hij die opzettelijk enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort en dat hij anders dan door misdrijf onder zich heeft, wederrechtelijk zich toeëigent, wordt, als schuldig aan verduistering, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vijfde categorie."

Verduistering was in het Romeinse recht geen afzonderlijk delict. Het viel, samen met onder meer diefstal, onder *furtum*.⁹² In zijn leerboek uit 1929 schrijft Simons dat het misdrijf van verduistering, zoals de in die tijd nieuwere wetgevingen en ook de onze het in onderscheiding van diefstal kennen, vrij nieuw en van Germaansrechtelijke oorsprong is. Het oud-Germaanse recht maakte wel het onderscheid tussen diefstal en het zogenaamde '*diebische behalven*', waarbij dan weer verschil gemaakt werd naargelang het behouden voorwerp was toevertrouwd of toevallig onder de macht van de dader was gekomen. Het latere strafrecht stond ten aanzien van zijn begrip van diefstal te veel onder de invloed van het Romeinse recht om op deze onderscheidingen voort te werken, aldus Simons. Pas in de 19e eeuw keerde het onderscheid terug, maar de wetgever liet daarbij het verschil tussen toevertrouwde zaken en zaken die men toevallig onder zich had, varen. Aldus werd in § 246 van de Duitse wet '*Unterschlagung*' tot een zelfstandig misdrijf gemaakt tegenover diefstal. Onze wetgever volgde zoals uit het navolgende zal blijken dit voorbeeld.⁹³

92 Simons 1929, p. 68.

93 Simons 1929, p. 99-100.

Om verduistering af te bakenen van diefstal, afpersing en oplichting is het van belang vast te stellen wanneer iemand een goed – anders dan door misdrijf – onder zich heeft. In een dergelijk geval lijkt dat goed, gelet op het systeem van de wet, niet meer vatbaar voor diefstal, afpersing of oplichting door degene die dat goed onder zich heeft. Na toe-eigening zal sprake zijn van verduistering.

In het onderstaande wordt eerst de wetsgeschiedenis van het bestanddeel ‘onder zich hebben’ onderzocht. Daarna wordt bezien of, en zo ja hoe, dit bestanddeel zich in de rechtspraak en literatuur verder heeft ontwikkeld.

3.3.1 Wetsgeschiedenis

De Commissie De Wal heeft bij haar beraadslagingen omtrent verduistering aansluiting gezocht bij de strafbaarstelling van wat in Duitsland *Unterschlagung* heet. De Commissie meende dat daar in het Nederlands geen beter woord voor was dan verduistering. Bij de omschrijving van dit misdrijf heeft de Commissie haar best gedaan nauwkeurig acht te slaan op de punten van overeenstemming en van verschil met het delict diefstal:

“bij dit laatste neemt men iets wederregtelijk weg om het zich toe te eigenen, bij verduistering behoudt men iets wederregtelijk dat men reeds onder zich had; in het eene geval is men op onregmatige, in het andere op regmatige wijze in het bezit der zaak gekomen.”⁹⁴

Toch wenste de Commissie in de wettelijke omschrijving van verduistering niet te spreken van een op rechtmatige wijze verkregen bezit, uit vrees dat een formalistische wetsuitleg de bepaling in verband mocht brengen met voorschriften van burgerlijk recht. De uitdrukking dat het goed ‘niet door diefstal’ is verkregen, vond de Commissie te beperkt, omdat dan bijvoorbeeld verkrijging door bedrog niet zou zijn uitgesloten. Ter vermijding van moeilijkheden koos de Commissie daarom voor het bestanddeel ‘anders dan door misdrijf’.⁹⁵

Een opsomming van goederen die in aanmerking zouden kunnen komen voor verduistering keurde de Commissie af. Net als bij diefstal werd gekozen voor het bestanddeel ‘enig goed’. Evenals bij die bepaling wilde de Commissie niet tot uitdrukking brengen dat dit alleen roerende

94 Notulen Staatscommissie I, p. 407-408.

95 Notulen Staatscommissie I, p. 408.

zaken kon betreffen. In de eerste plaats niet om ook op dit punt geen aanleiding te geven tot civielrechtelijke interpretaties en in de tweede plaats niet omdat het woord 'verduistering' al genoegzaam aan zou geven dat onroerende zaken zijn uitgesloten.⁹⁶ Op een latere vergadering merkte de voorzitter op dat diefstal – waarbij het bestanddeel wegnemen al zou aangeven dat het slechts betrekking kan hebben op roerende zaken – en verduistering wat dat betreft geen gelijke gevallen betreffen. De term 'verduistering' komt immers alleen voor in de kwalificatie. Het argument zou pas afdoende zijn indien het net als wegnemen tot de feitelijke omschrijving van het feit zou behoren. Voorts vond hij bij nader inzien de vrees voor civielrechtelijke interpretaties overdreven, omdat algemeen werd aangenomen dat ook waar de strafwet gelijklopende termen heeft met de burgerlijke wet, de uitlegger in het eerste geval niet gebonden is aan de opvatting die voor civielrechtelijk gebruik aan die termen is gegeven. De Commissie heeft hierover uitvoerig van gedachten gewisseld en gevallen besproken waarin een onroerend goed mogelijk toch verduisterd zou kunnen worden. Uiteindelijk is daarom besloten het woord 'roerend' niet te gebruiken. Er werd verwacht dat verduistering van onroerende zaken niet vaak zou voorkomen, te minder omdat het oorspronkelijk voorgestelde 'in welks bezit' vervangen werd door 'onder zich hebben'.⁹⁷ De Commissie heeft zich voorts gebogen over de vraag of de strafbare handeling in de wet zou moeten worden aangeduid met een bestanddeel als 'verduisterd of weerloos gemaakt, geheel of gedeeltelijk tot eenig ander einde aangewend of van zich of eenen derde toegeëigend heeft'.⁹⁸ Blijkens de notulen was de Commissie echter snel van oordeel dat het begrip 'toe-eigenen' op zichzelf genoegzaam was.⁹⁹

Aanvankelijk was de Commissie van oordeel dat onder verduistering zou moeten worden verstaan het zich wederrechtelijk en te kwader trouw toe-eigenen van enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort en in welks bezit hij anders dan door misdrijf is gekomen.¹⁰⁰ Later is – om de bepaling meer in overeenstemming te brengen met andere bepalingen – te

96 Notulen Staatscommissie I, p. 408.

97 Notulen Staatscommissie II, p. 483-485.

98 Notulen Staatscommissie, bijlage 37.

99 Notulen Staatscommissie I, p. 409.

100 Notulen Staatscommissie, bijlage 92.

kwader trouw geschrap, zodat moet worden gelezen: "Hij die opzettelijk eenig goed (...) wederregtelijk zich toeigent."¹⁰¹ Ook is 'in welks bezit' vervangen door 'onder zich hebben'.¹⁰² De voorgestelde bepalingen luiden aldus:

"Art. 354. Hij die opzettelijk eenig goed dat geheel of ten deele aan een ander toebehoort en dat hij anders dan ten gevolge van een misdrijf onder zich heeft, wederregtelijk zich toeigent, wordt, als schuldig aan verduistering, gestraft met gevangenisstraf van hoogstens twee jaren.

De straf kan met een derde worden verhoogd:

- 1°. indien de schuldige in eenige dienstbetrekking staat en de verduistering is gepleegd ten nadeele van zijn meester of van een lid van het gezin zijns meesters;
- 2°. indien de schuldige is de meester of een lid van het gezin des meesters en de verduistering is gepleegd ten nadeele van hem die tot dien meester in eenige dienstbetrekking staat.

Art. 355. Verduistering wordt gestraft met gevangenisstraf van hoogstens drie jaren, indien zij gepleegd is:

- 1°. door expediteurs, voerlieden of schippers of hunnen bedienden, ten opzichte van eenig goed dat hun als zoodanig is toevertrouwd;
- 2°. door bankiers, kassiers, makelaars in effecten of commissionairs in effecten, ten opzichte van waarden die hun als zoodanig zijn toevertrouwd;
- 3°. door bestuurders, commissarissen of beambten eener crediet-instelling, ten opzichte van aan die instelling toevertrouwde waarden.

Art. 356. Verduistering wordt gestraft met gevangenisstraf van hoogstens vier jaren en zes maanden, indien zij gepleegd is;

- 1°. door hen aan wie eenig goed uit noodzaak is in bewaring gegeven, ten opzichte van dat goed;
- 2°. door voogden, curators, bewindvoerders, uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen of door beheerders van instellingen van weldadigheid of van stichtingen, ten opzichte van eenig goed dat zij als zoodanig onder zich hebben.

Art. 357. Verduistering wordt gestraf met gevangenisstraf van hoogstens zes jaren, indien de toeëigening geschiedt door middel van braak, valsche sleutels of andere tot opening van het voorwerp waarin zich het goed bevindt, niet bestemde werktuigen."¹⁰³

101 Notulen Staatscommissie II, p. 482-483.

102 Notulen Staatscommissie I, p. 485.

103 De Wal 1875, deel 2, p. 52.

Aanvankelijk stelde de Commissie zich op het standpunt dat de zogenaamde Funddiebstahl, dat wil zeggen het zich toe-eigenen van gevonden voorwerpen, onder verduistering moest worden begrepen.¹⁰⁴ Later besepte de Commissie dat uit het bestanddeel 'eens anders goed' in de diefstalbepaling zou kunnen worden afgeleid dat de Funddiebstahl toch ook onder diefstal zou moeten worden begrepen. De Commissie liet het er ten slotte unaniem bij dat het een feitelijke kwestie is. Indien in een geval van Funddiebstahl te bewijzen is dat al op het moment van het wegnemen bij de dader het voornemen bestond om zich het voorwerp wederrechtelijk toe te eigenen, er sprake is van diefstal. Zo niet, dan is er sprake van verduistering.¹⁰⁵

Verduistering was in het O.R.O. (art. 348) als volgt strafbaar gesteld:

"Hij die opzettelijk eenig goed dat geheel of ten deele aan een ander toebehoort en dat hij anders dan ten gevolge van misdrijf onder zich heeft, wederregtelijk zich toeëigent, wordt, als schuldig aan verduistering, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren.

De straf kan met een derde worden verhoogd:

- 1°. indien de schuldige in eenige dienstbetrekking staat en de verduistering is gepleegd ten nadeele van zijn meester, van een lid van het gezin zijns meesters of van iemand die in het huis zijns meesters is opgenomen;
- 2°. indien de schuldige is de meester, een lid van het gezin des meesters of iemand die in het huis des meesters is opgenomen en de verduistering is gepleegd ten nadeele van hem die tot dien meester in eenige dienstbetrekking staat."¹⁰⁶

Zoals door de Commissie voorgesteld, werd braak als een strafverzwarende omstandigheid gezien. Art. 351 O.R.O. luidde:

"Verduistering wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren, indien de toeëigening geschiedt door middel van braak, valsche sleutels of andere tot opening van het voorwerp waarin zich het goed bevindt, niet bestemde werktuigen."¹⁰⁷

104 Notulen Staatscommissie I, p. 409.

105 Notulen Staatscommissie II, p. 462-463.

106 Smidt II, p. 536-537. Naar aanleiding van opmerkingen van prof. M. de Vries is 'ten gevolge van' vervangen door 'door'. Ook is, net als bij diefstal, toegevoegd dat in plaats van gevangenisstraf ook een geldboete van ten hoogste zestig gulden kan worden opgelegd.

107 Smidt II, p. 537.

Blijkens de memorie van toelichting vond de regering het – net als de Commissie – vooral nodig door de gekozen terminologie scherp te doen uitkomen welke kenmerken verduistering met diefstal gemeen heeft en waarin het onderscheid tussen beide strafbare feiten bestaat. Het voorwerp van het misdrijf is bij beide hetzelfde: “eenig goed dat geheel of ten deele aan een ander toebehoort”. Maar terwijl diefstal gepleegd wordt door het wegnemen van dat goed met het oogmerk om het zich toe te eigenen, is bij verduistering de misdadige handeling gelegen in het toe-eigenen zelf, nadat de dader anders dan door misdrijf bezitter of houder van dat voorwerp is geworden, aldus de regering. Er is bewust gekozen voor het bestanddeel “anders dan door misdrijf”. De regering volgde hier dezelfde redenering als de Commissie De Wal. Het toe-eigenen van een goed waarvan de dader bezitter of houder is, is niet nauwkeurig genoeg, omdat dan ook de dief die een goed heeft weggenomen om zich toe te eigenen, vervolgens door de toe-eigening zelf ook schuldig zou zijn aan verduistering. Ook een bestanddeel als “anders dan door diefstal” is niet voldoende, omdat dan degene die bijvoorbeeld door dwang, afpersing of oplichting in het bezit van een goed is geraakt, alsnog onder de bepaling zou vallen. Ook wilde de regering hier zorgvuldig elke uitdrukking vermijden die de interpretatie van de strafwet aan de hand van civielrechtelijke bepalingen over bezit zou kunnen uitlokken of bevorderen.¹⁰⁸ Daarom is gekozen voor enig goed dat de dader anders dan door misdrijf onder zich heeft.¹⁰⁹

De Raad van State sprak de vrees uit dat door wat de strafbare daad betreft alleen van toe-eigenen te spreken, de definitie en als gevolg daarvan de strafwet op dit punt te beperkt zal blijken te zijn. In het Rapport aan de Koning stelde de regering zich – nadat nogmaals het onderscheid tussen diefstal en verduistering was aangestipt – op het standpunt dat die, niet

108 Tegen die achtergrond is het aardig te wijzen op HR 2 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV8280, NJ 2013/14 m.nt. Borgers. De verdachte in die zaak had als verkoper geld op zijn rekening gestort gekregen van kopers en vervolgens nagelaten de door hem verschuldigde tegenprestatie te leveren. Het hof oordeelde dat de overgemaakte geldbedragen na ontvangst daarvan niet meer voor wederrechtelijke toe-eigening door de verdachte vatbaar waren. De Hoge Raad overwoog dat dat oordeel kennelijk berust op de opvatting dat in de enkele omstandigheid dat degene die krachtens overeenkomst een geldbedrag heeft ontvangen en (vervolgens) nalaat de door hem verschuldigde tegenprestatie te leveren, nog geen reden is te vinden om af te wijken van de uit het burgerlijk recht voortvloeiende regel dat de ontvangen koopsom na het effectueren van die betaling tot het vermogen van de (nalatige) verkoper is gaan behoren. De Hoge Raad oordeelde dat die opvatting juist is. Zie ook HR 16 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX5138, NJ 2013/247 en HR 9 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3546.

109 Smidt II, p. 537.

nader onderbouwde, vrees onterecht was.¹¹⁰ De Commissie van Rapporteurs van de Tweede Kamer discussieerde over de strafverzwarende omstandigheden en was van mening dat de wijze waarop het vertrouwen wordt geschonden, evenmin als bij diefstal de wijze waarop de wegneming geschiedt, een juist criterium is ter bepaling van de zwaarte van het misdrijf van verduistering. Dat betekende dat in het ogen van de Commissie van Rapporteurs art. 351 O.R.O. zou moeten vervallen, met verhoging van het strafmaximum dat is gesteld op verduistering. De regering heeft daaraan gevolg gegeven. Hetzelfde ging echter niet op voor de – huidige – artikelen 322 en 323 Sr. Die verzwarende omstandigheden waren van een geheel andere orde, aldus de Commissie van Rapporteurs. Zij betreffen niet de wijze, maar de mate van vertrouwensschennis. Zij zijn gebouwd op de bijzondere betrekking van de dader tot het goed en geven derhalve uit hun aard een ander karakter aan het feit.¹¹¹

Wat betreft de zogenaamde *Funddiebstahl* is naar aanleiding van het advies van de Raad van State in het Rapport aan de Koning duidelijk gemaakt dat het zich toe-eigenen of wegmaken van gevonden voorwerpen afhankelijk van de omstandigheden, dat wil zeggen afhankelijk van de vraag of het oogmerk direct bij het vinden is ontstaan of later, diefstal of verduistering zal opleveren. In datzelfde Rapport is in reactie op de kritiek van de Raad van State dat de op verduistering gestelde straf te laag is, opgemerkt dat de straf lager hoort te zijn dan die voor diefstal, omdat het misdrijf van verduistering minder zwaar is dan dat van diefstal.¹¹²

3.3.2 *Onder zich hebben (literatuur en jurisprudentie)*

De regering heeft dus duidelijk willen maken waarin verduistering precies verschilt van diefstal. Diefstal wordt gepleegd door het wegnemen van een goed met het oogmerk om het zich toe te eigenen, terwijl bij verduistering de strafbare handeling is gelegen in het toe-eigenen zelf, nadat de verdachte dat goed anders dan door misdrijf onder zich heeft gekregen. Maar wat 'onder zich hebben' precies betekent wordt uit de wetsgeschiedenis niet echt duidelijk. Na invoering van het Wetboek van Strafrecht is in de jurisprudentie en literatuur geprobeerd dit begrip te duiden.

110 Smidt II, p. 538.

111 Smidt II, p. 538-540.

112 Smidt II, p. 535.

Aanvankelijk lijkt de rechtspraak het begrip 'onder zich hebben' vrij feitelijk te hebben benaderd. De Hoge Raad oordeelde in 1901 dat het verschil tussen diefstal en verduistering wordt bepaald door het antwoord op de vraag wie de feitelijke heerschappij over het voorwerp had. Diefstal is niet mogelijk van voorwerpen die al onder de rechtsmacht en de feitelijke heerschappij van de dader zijn.¹¹³ “[D]e (...) woorden eenig goed, dat hij ... onder zich heeft” hebben de ruime betekenis van eenig goed waarover de dader de heerschappij heeft (...), aldus datzelfde college in 1913.¹¹⁴ Het standpunt van Blok lijkt hierbij aan te sluiten. Uit de omstandigheid dat onze wet voor diefstal niet eist dat een ander het goed onder zich heeft, maar slechts impliciet dat de dader het goed niet zelf onder zich heeft, leidt hij af dat zodra gezegd kan worden dat de dader de feitelijke heerschappij heeft er geen wegneming en dus alleen verduistering van het goed mogelijk is.¹¹⁵ Simons ziet dat anders. Hij stelt zich op het standpunt dat geen sprake kan zijn van verduistering zolang nog bij een ander feitelijke heerschappij aanwezig was. In dat geval zal, aldus Simons, namelijk sprake zijn van wegneming en dus van diefstal, het tegenover verduistering zwaardere misdrijf.¹¹⁶ Dit verschil in opvatting lijkt te kunnen worden verklaard door een verschil in perspectief ten aanzien van de situatie waarin meerdere personen tegelijkertijd de feitelijke heerschappij over een goed uitoefenen. Simons redeneert dat, zolang nog bij een van hen feitelijke heerschappij aanwezig is, een ander het goed slechts zal kunnen wegnemen en dus sprake zal zijn van diefstal.¹¹⁷ Blok bekijkt dit feitencomplex juist vanuit de dader: zodra gezegd kan worden dat de dader (mogelijk naast een ander) de feitelijke heerschappij heeft, is geen wegneming en dus alleen verduistering van het goed mogelijk.¹¹⁸ Wat 'onder zich hebben' betekent, is daarmee echter nog niet duidelijk.

Onder zich hebben is, aldus Blok, een specifiek strafrechtelijk begrip dat een feitelijke verhouding weergeeft tussen een persoon en een goed, die erop neerkomt dat het goed in zijn heerschappij is. Over wat dat precies betekent, kan men echter twisten. Blok zoekt houvast in het systeem van de wet, dat volgens hem het meest pleit voor de opvatting die aan het begrip 'onder zich hebben' als vereiste stelt dat de verhouding waarin de persoon tegenover het goed staat hem de gelegenheid geeft daarover ongestoord te beschikken. Volgens Blok is deze opvatting in overeenstemming met de wet

113 HR 24 juni 1901, W 7626.
114 HR 14 april 1913, W 9497.
115 Blok 1915, p. 375.
116 Simons 1907, p. 71.
117 Simons 1907, p. 71.
118 Blok 1915, p. 375.

omdat zij het meest recht doet aan de crimineel-politieke gedachte die aan het verschil tussen de strafposities van diefstal en verduistering ten grondslag moet hebben gelegen. Op diefstal staat immers een hogere straf dan op verduistering, omdat de wetgever zich bewust is geweest van de omstandigheid dat de verleiding om zich aan het goed van een ander te vergrijpen groter is als de dader het goed al in zijn macht heeft. Met die crimineel-politieke grondgedachte in het achterhoofd, zal aan het begrip 'onder zich hebben' een beperkte betekenis moeten worden toegekend, namelijk die van een verhouding waardoor iemand de gelegenheid heeft om rustig over de zaak te kunnen beschikken.¹¹⁹ Steun daarvoor vindt hij in een aantal uitspraken uit het begin van de twintigste eeuw, waarbij de kanttekening moet worden gemaakt dat hij zich vooral kan vinden in de navolgende beslissingen zelf en niet zozeer in de argumentatie die wordt gebruikt. In een (civiele) uitspraak van 19 oktober 1909¹²⁰ besliste het Hof 's-Hertogenbosch dat 'onder zich hebben' bezwaarlijk kan betekenen het enkel onder zijn bereik hebben van dat voorwerp, omdat in dat geval elk onderscheid tussen diefstal en verduistering zou vervallen. Blok vindt deze uitspraak volkomen juist, omdat het eenvoudige feit dat een voorwerp in iemands bereik is niet een zodanige verhouding tussen die persoon en de zaak oplevert krachtens welke die persoon rustig over haar kan beschikken.¹²¹ De argumentatie van de Rechtbank Amsterdam in de uitspraak van 24 januari 1902, *PvJ* 197 kan zijn goedkeuring echter niet dragen. De rechtbank oordeelde dat het in een goudwinkel onder de ogen van de eigenaar aan de verdachte in handen geven van een gouden ring de verdachte geen houder in de zin van de wet maakte, aangezien hierdoor het feitelijk bezit van de ring niet werd opgeheven en de verdachte de ring op dat moment dus niet onder zich had. Het bij zich steken van de ring levert dus – naar het oordeel van de rechtbank – wegnemen op. Blok veronderstelt dat de gedachtegang van de rechtbank is geweest dat indien een eigenaar een voorwerp onder het bereik van een ander brengt, ofwel de eigenaar de feitelijke heerschappij houdt, ofwel degene onder wiens bereik het goed wordt gebracht de feitelijke heerschappij krijgt. In die gedachtegang kan, indien de eigenaar nog de feitelijke heerschappij heeft, een ander niet tegelijkertijd de feitelijke heerschappij over hetzelfde goed hebben gehad. De juistheid van die

119 Blok 1915, p. 376-377.

120 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 oktober 1909, W 8999.

121 Blok 1915, p. 377-378.

gedachtegang valt echter weg als de mogelijkheid wordt aanvaard dat zowel de eigenaar als degene onder wiens bereik de zaak is gebracht, daarover beiden de heerschappij kunnen hebben.¹²²

Ook in de zaak die leidde tot de uitspraak van het Hof Amsterdam van 3 oktober 1893, W 6419 werd aangevoerd dat sprake was geweest van verduistering en niet van diefstal. Het hof ging daarin niet mee “daar uit de bekentenis van den bekl. voldoende blijkt, dat, al moge het zakje met geld door den jongen van 't H. aan den bekl. werkelijk zijn ter hand gesteld, dit ter hand stellen slechts geschiedde, om het geld door den bekl. te doen natellen en geenszins om deze in het bezit van het zakje met geld te stellen, zoodat de bekl., toen hij, oogenblikkelijk nadat hij dit geld in handen genomen had, zich daarmede verwijderde, niet gezegd kan worden dit in den zin der wet onder zich te hebben gehad maar geacht moet worden dit aan dien jongen ontnomen en zich wederrechtelijk toegeëigend te hebben.” Ook in deze redenering kan Blok zich niet vinden. Naar zijn mening maakt het hof niet duidelijk waarom de beklagde door het ter hand stellen van het zakje met geld daarover niet de feitelijke heerschappij heeft verkregen. De bedoeling van degene die het zakje ter hand heeft gesteld, kan volgens Blok daarvoor niet van betekenis worden geacht.¹²³

In een andere zaak, die leidde tot HR 4 november 1895, W 6736, werd eveneens geklaagd dat de verdachte niet schuldig was aan diefstal omdat hij de diamanten waarom het handelde, al anders dan door misdrijf onder zich had. Volgens de Hoge Raad stuitte dit middel af op de omstandigheid dat de eigenaar van de diamanten deze te goeder trouw aan de verdachte ter ‘bezichtiging, weging of cacheteering’ *in handen had gegeven*, maar nooit had *afgegeven*. Het pakje met daarin de diamanten was de verdachte wel in handen gegeven, maar omdat dat gebeurde in aanwezigheid van de eigenaar, aan een tafeltje waaraan beiden zaten, kon hierin niet een overgang van bezit worden gezien, aldus de Hoge Raad. Blok ziet hierin eenzelfde gedachtegang als in de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 24 januari 1902: de diamanten waren nog onder de heerschappij van de eigenaar en daarom kon er van heerschappij van de verdachte geen sprake zijn. Blok heeft dus ook dezelfde kritiek op het arrest van de Hoge Raad.¹²⁴ Zoals eerder opgemerkt kan Blok zich desalniettemin vinden in de uitkomst van al deze beslissingen, omdat in alle gevallen geen sprake was van een

122 Aldus Blok 1915, p. 379-380. De rechtbank in deze zaak zat kennelijk op dezelfde lijn als Simons.

123 Blok 1915, p. 381.

124 Blok 1915, p. 381-382.

verhouding tussen de verdachte en het voorwerp krachtens welke de verdachte over dat voorwerp ongestoord kon beschikken. Als die verhouding het essentiële van het begrip onder zich hebben weergeeft, dan volgt daar volgens Blok vanzelf uit dat van een voltooide wegneming in de zin van art. 310 Sr sprake is als iemand rustig over het goed kan beschikken. “Wegnemen is het zich verschaffen van eene zoodanige heerschappij, als noodig zou zijn om aan een zaak verduistering te kunnen plegen, ware het niet, dat de wet vorderde dat men om verduistering te kunnen plegen de zaak *anders dan door misdrijf* onder zich moet hebben. Welnu, als het onder zich hebben onderstelt eene verhouding, krachtens welke men over de zaak ongestoord kan beschikken, dan moet onder wegnemen worden verstaan het zich verschaffen van eene zoodanige heerschappij.”¹²⁵ Concluderend kan worden gesteld dat Blok voor ‘onder zich hebben’ eist dat sprake is van feitelijke heerschappij over een goed, waarover de verdachte vervolgens ongestoord kan beschikken.¹²⁶

Simons stelt zich op een iets ander standpunt. Het onderscheid tussen diefstal en verduistering ligt volgens de wet, aldus Simons in 1929, uitsluitend in de feitelijke verhouding van de dader tegenover het voorwerp.¹²⁷ De rechtskundige aard van die betrekking blijft zonder invloed, goede trouw bij het onder zich krijgen van het goed is niet gevorderd. Simons kan zich dus niet vinden in de – in zijn ogen – beperkte opvatting van Blok, dat er een verhouding zou moeten zijn, waardoor iemand de gelegenheid heeft om over de zaak *rustig* te kunnen beschikken. De wet geeft immers tot het stellen van zo’n vereiste geen aanleiding. Van ‘onder zich

125 Blok 1915, p. 382-383.

126 Steun voor het standpunt van Blok lijkt te kunnen worden gevonden in HR 21 december 1931, W 12418. De Hoge Raad overwoog in dat arrest dat ‘onder zich hebben’ betekent dat de dader over het zich toe te eigenen goed een feitelijke heerschappij uitoefent, dat hij dat goed in zijn macht heeft en daarover dadelijk als heer en meester kan beschikken. In die zaak was daarvan naar het oordeel van de Hoge Raad echter geen sprake. De bewijsmiddelen hielden namelijk in dat de verdachte een dossier met daarin een brief onder voortdurend toezicht ter inzage had gekregen.

127 Hij lijkt op dat punt steun te kunnen vinden in diverse arresten van de Hoge Raad uit die tijd. Zo oordeelde de Hoge Raad op 8 juni 1914 (W 9662) dat het begrip ‘onder zich hebben’ in art. 321 Sr “medebrengt dat de dader dit goed als zoodanig “in zijn macht heeft”, daarover “dadelijk als heer en meester kan beschikken”, kortom staat in een onmiddellijke verhouding.” In de desbetreffende zaak had een conducteur een tulband weggenomen uit een hem toevertrouwde maar afgesloten koffer. Volgens de Hoge Raad bestond wel de onmiddellijke feitelijke verhouding tussen de conducteur en de koffer, maar niet tussen de conducteur en hetgeen geborgen was in de koffer. Vgl. ook HR 5 juni 1916, W 9979 en HR 31 december 1917, W 10220.

hebben' kan ook worden gesproken bij degene, voor wie de goederen ter beschikking worden gehouden door een ander persoon, die ze voor hem bloot in bewaring heeft.^{128 129}

Na de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak over de vermoorde makelaar Busch¹³⁰ lijkt het standpunt van Simons niet zonder meer houdbaar.¹³¹ De verdachte in die zaak had makelaar Busch gedood en het lijk in de kelder van zijn, verdachtes, huis weggeborgen. Nadat de verdachte in een nabijgelegen café een glas bier had gedronken, was bij hem de gedachte opgekomen het lijk te beroven van geld en goederen. Aldus geschiedde. Het hof veroordeelde de verdachte wegens, onder meer, diefstal. In cassatie werd geklaagd dat van diefstal geen sprake kon zijn omdat de verdachte de goederen op het moment van de toe-eigening anders dan door misdrijf onder zich had. Advocaat-Generaal Ledeboer vond dat het middel terecht was voorgesteld. Busch was door zijn overlijden geen subject van rechten meer en kon daarom geen feitelijke heerschappij meer hebben van wat hij bij zich had. Zijn erfgenamen hadden weliswaar onmiddellijk na het overlijden rechten gekregen op de goederen, maar misten door hun afwezigheid elke feitelijke heerschappij. Die had vanaf dat ogenblik alleen 'het hoofd' van de plaats waar het lijk en de voorwerpen waren, te weten de verdachte. Voor 'onder zich hebben' in de zin van art. 321 Sr is, aldus Ledeboer, uitsluitend die feitelijke verhouding beslissend. Het was zijn besliste overtuiging dat de rechtskundige aard van de betrekking tot het goed buiten beschouwing kon blijven. De verdachte kon de goederen wel tot zich nemen, maar 'wegnemen' in de zin van art. 310 Sr levert dat niet op. De Hoge Raad oordeelde echter dat het hof terecht had beslist dat sprake was van diefstal. Zelfs als zou moeten worden aangenomen dat de verdachte het lijk met alles wat daarop aanwezig was als één geheel beschouwd onder zich had toen hij het in de kelder verborg, dan zou daarmee nog niet beslist zijn dat hij ook de goederen die hij later van het lijk afnam, als zodanig, te weten afzonderlijk gedacht, onder zich had, aldus de Hoge Raad:

128 HR 14 april 1913, W 9497 (vgl. ook Blok 1915, p. 386-387).

129 Simons 1929, p. 100-101.

130 HR 28 juni 1926, W 11520, NJ 1926/785.

131 Zie overigens ook reeds de uitspraak van de Hoge Raad van 3 januari 1922, NJ 1922/280, waarin de Hoge Raad besliste dat men elektrische energie niet onder zich heeft, aangezien de gemeente haar niet toevertrouwt en haar niet in bewaring geeft. Het aftappen van elektrische energie is daarom diefstal en geen verduistering.

“O. toch vooreerst, dat voor het onder zich hebben in den zin van artikel 321 Sr. een bloot feitelijke machtsverhouding niet onder alle omstandigheden voldoende kan worden geacht en dan ook in vele onbetwistbare diefstalgevallen aan de wegnemingsdaad een toestand van onmiddellijke, zelfs uitsluitende, feitelijke machtsverhouding kan voorafgaan; dat trouwens de strafwet zelf kent het geval van aan den diefstal voorafgegaan geweld, waarbij zich de toestand kan voordoen dat vóór het plegen van den diefstal het lijk van den te berooven, en tengevolge van het geweld overleden, persoon, zich in de uitsluitende feitelijke macht van den dader bevindt; dat nu wel in zulk een geval – anders dan in het onderhavige – het geweld juist met het oog op den diefstal is gepleegd, doch uit een en ander toch wel blijkt dat de wet in voorschreven geval een wegnemingsdaad, dus een daad van tot zich nemen, mogelijk acht, terwijl bij de totstandkoming van ons Strafwetboek niet is gebleken van eenige bedoeling om typische beroovingshandelingen, in strijd met het historisch geworden verduisteringsbegrip, tot het misdrijf van art. 321 Sr. rekenen;

O. voorts dat ten deze vaststaat, dat hier geen sprake is van het toevertrouwd zijn der goederen aan requirant, noch ook van eenige rechtsverhouding, waaruit het onder zich hebben der goederen noodwendig zou voortvloeien, doch uitsluitend van een daad van requirant zelf, welke de feitelijke verhouding tot meerbedoelde goederen heeft in het leven geroepen; dat dan echter voor het onder zich hebben toch in ieder geval noodig is dat men desbewust tot de goederen in een feitelijke machtsverhouding staat, hetgeen met de voorwerpen, welke requirant, volgens de bewezenverklaring, van het lijk van Busch heeft genomen, en met welke bestaan hij vóór die handelingen zelfs niet bekend was, niet kan worden aangenomen; dat van eenige bedoeling om reeds bij het wegbergen van het lijk zich de voorwerpen, welke daarop mochten aanwezig zijn, aan te trekken en deze, hetzij met eerlijke, hetzij met oneerlijke bedoeling, onder zich te nemen, niets is gebleken;”

Feitelijk houden is niet zonder meer voldoende, maar ook niet noodzakelijk. Noyon-Langemeijer verwees daartoe naar (het al eerdergenoemde) HR 14 april 1913, W 9497, waarin de Hoge Raad oordeelde dat ook in een geval waarin een verdachte een goed onder zijn beheer in bewaring had gegeven bij een ander en het daarna te eigen voordele door deze had doen verkopen, sprake was van ‘onder zich hebben’ en dus van verduistering. Langemeijer vond dat terecht. De verdachte behield immers de macht over het goed te beschikken. Dat ook de bewaarder, die het goed fysiek in handen heeft en het zodoende mogelijk ook ‘onder zich heeft’, het goed kan verduisteren – en er dus twee verschillende personen in de gelegenheid zijn om hetzelfde goed te verduisteren – levert volgens Langemeijer geen bezwaar op omdat

de wetgever juist alle kwesties voortvloeiend uit vragen van bezit heeft willen afsnijden. Overigens komt de definitie van Blok, te weten 'gelegenheid hebben om over de zaak rustig te beschikken' Langemeijer wel juist voor.¹³²

Van Bemmelen sloot zich bij Noyon-Langemeijer aan. Hij wees erop dat 'onder zich hebben' weliswaar een eigen begrip van het strafrecht is, maar dat de inhoud daarvan toch juridisch bepaald zal moeten worden, want niet alles wat iemand onder zijn bereik heeft, heeft hij daardoor 'onder zich'. Daarvoor is nodig dat de zaak op een of andere wijze in een relatie is gekomen tot degene, die haar 'onder zich' heeft gekregen. Hij moet de zaak of eerlijk vinden (en dus niet bij het vinden voor zichzelf willen houden, want dan is het diefstal) of door een of andere daad van de bezitter of eigenaar onder zich hebben gekregen. Van Bemmelen destilleerde uit de hiervoor genoemde uitspraak van de Hoge Raad in de zaak over de vermoorde makelaar Busch drie eisen voor 'onder zich hebben': 1) een ander, de eigenaar, bezitter of houder moet niet nog op enige manier de feitelijke macht uitoefenen, tenzij hij die macht alleen uitoefent door de aanstaande verduisteraar; 2) er moet reeds een zekere feitelijke relatie of verhouding bestaan tussen de aanstaande verduisteraar en het te verduisteren goed; en 3) de verduisteraar moet zich bewust zijn van die feitelijke relatie. Is aan die vereisten niet voldaan, dan heeft men het goed niet onder zich, en kan men het dus wegnemen en diefstal plegen. Van Bemmelen had er moeite mee de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak over makelaar Busch in overeenstemming te brengen met HR 24 juli 1934, NJ 1934/1454.¹³³ Die zaak betrof een boer, die vier vreemde varkens in zijn schuur aantrof, onbeheerd en vechtend met zijn eigen varkens. De boer heeft één van die vier varkens doodgeslagen, gevild en in een emmer gestopt. Hij werd door het hof veroordeeld wegens verduistering van dat varken. In cassatie werd geklaagd dat uit de bewijsmiddelen niet kon worden afgeleid dat de verdachte het varken onder zich had. Advocaat-Generaal Besier concludeerde dat het middel faalde. De verdachte had het varken in zijn schuur aangetroffen, waar het blijkbaar was komen aanlopen, zodat het zich had onttrokken aan de feitelijke heerschappij van zijn eigenaar en zich bevond onder die van de verdachte. Volgens Besier maakt het arrest van de Hoge Raad in de zaak over makelaar Busch dat niet anders. In die zaak werd, zoals inmiddels bekend, aangenomen dat de verdachte de goederen die hij vond op het lijk van de door hem gedode makelaar niet onder zich had

132 Noyon-Langemeijer 1954, p. 403.

133 Van Bemmelen & Van Hattum 1954, p. 307-308.

hoewel hij ten opzichte van deze goederen in een feitelijke machtsverhouding stond. Het verschil is, aldus Besier, dat de verdachte in die zaak zich niet bewust was van die machtsverhouding voordat hij die goederen tot zich nam. De Hoge Raad oordeelde overeenkomstig de conclusie:

“dat verdachte het varken in den zin van art. 321 Sr. onder zich had, daar hij dit dier heeft aangetroffen in een schuur op zijn erf, en wel blijkbaar onbeheerd, immers vechtende met zijn eigen varkens, uit welk een en ander kon worden afgeleid, dat het reeds onder zijn feitelijke heerschappij was geraakt, toen hij het zich toe-eigende;”

In zijn noot onder het arrest schrijft Taverne, die overigens ook deel uitmaakte van de zetel in de desbetreffende zaak, dat dit een grensgeval betreft en dat hij er niet voor zou durven instaan dat de Hoge Raad de beslissing van het hof zou hebben vernietigd als hier diefstal ten laste was gelegd en bewezenverklaard. “Begrippen, welke op zichzelf principieel en scherp zijn, kunnen bij toepassing op feiten, welke zich op en om de grenslijn van die begrippen bewegen, wel eens tot onzekerheid leiden”, aldus Taverne. Van Bemmelen merkt op dat het mogelijk is, maar casuïstisch blijft om te zeggen dat iemand, die een vreemd varken op zijn erf vechtend met zijn eigen varkens aantreft, dat vreemde varken, als hij het tot zich neemt, tevoren reeds onder zich had, terwijl wanneer iemand een ander mens doodslaat en het lijk in zijn kelder legt, hij niet wordt geacht onder zich te hebben wat zich op het lijk bevindt. Het arrest van de Hoge Raad van 30 juni 1919, *NJ* 1919/770, waarin de Hoge Raad besliste dat hij, die aardappels mocht rooien en verzamelen op andersmans land, deze aardappelen daardoor nog niet onder zich had gekregen, vindt Van Bemmelen overigens wel juist. Zolang de aardappelen zich nog bevonden op het land van de eigenaar bestond er nog een relatie tussen die eigenaar en de aardappelen. Degene, die had aangenomen ze te rooien en te verzamelen, moest deze – zij het overigens niet duidelijk zichtbare – verhouding nog verbreken.¹³⁴

In de jurisprudentie heeft zich wat betreft het begrip ‘onder zich hebben’ aldus vrij snel een overgang voorgedaan. Vlak na de invoering van het Wetboek van Strafrecht was ‘feitelijke heerschappij’ het criterium. Uit zowel het arrest inzake makelaar Busch als het arrest inzake de vechtende varkens

134 Van Bemmelen & Van Hattum 1954, p. 308-309.

blijkt echter dat feitelijke heerschappij niet zonder meer onder zich hebben opgeleverd. Een feitelijke machtsverhouding is niet zonder meer voldoende. Er moet een relatie zijn tussen de dader en het goed. Die relatie kan – zo lijkt het – eenzijdig door de dader zijn gelegd. Vereist is in elk geval dat de dader zich bewust is van die relatie. Er is wel steeds of bijna steeds sprake van ‘onder zich hebben’ als een goed de dader is toevertrouwd of als sprake is van een rechtsverhouding waaruit het ‘onder zich hebben’ noodzakelijk voortvloeit. Dat is inmiddels vaste jurisprudentie, zoals een greep uit latere rechtspraak aantoont.

In HR 4 november 1980, *NJ* 1981/117 kwam onder meer de vraag aan de orde of van een nachtwaker van een museum, die toegang heeft tot elke zaal, opslagruimte en vitrine, gezegd kan worden de zich daarin bevindende goederen onder zich te hebben. In HR 9 maart 1982, *NJ* 1982/573 speelde de vraag of iemand, die als aspirant-koper van een rode Jaguar E-type, de autosleutel en kentekenbewijzen in ontvangst neemt, daarop als bestuurder, samen met de verkoper een proefrit maakt en vervolgens aan de verkoper verzoekt uit te stappen om een parkeerplaats vrij te houden, aan welk verzoek gevolg wordt gegeven, de auto onder zich heeft in de zin van art. 321 Sr. De Hoge Raad achtte in beide gevallen een ‘onder zich hebben’ niet aanwezig. In beide arresten werd hiertoe overwogen, dat voor het ‘onder zich hebben’ een feitelijke machtsverhouding niet steeds voldoende is, terwijl, aldus het eerste arrest “uit het als voormeld aangevoerde geen toevertrouwd zijn der goederen of enige rechtsverhouding waaruit het onder zich hebben noodzakelijk voortvloeit behoeft te worden afgeleid”. Het tweede arrest bezigt dezelfde formule in iets andere bewoordingen.¹³⁵

De vraag is hoe de tweede uitspraak zich verhoudt tot de uitspraak van de Hoge Raad van 5 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8773. De verdachte in die zaak was door het hof veroordeeld wegens verduistering. Uit de bewijsmiddelen kon worden afgeleid dat de verdachte zich naar een autobedrijf had begeven om een auto te kopen. Van tevoren was afgesproken dat direct zou worden afgerekend, maar nadat de onderhandelingen over de prijs van de auto waren afgerond gaf de verdachte aan dat hij geen geld bij zich had en dat hij daarvoor naar Zwolle moest rijden. De verdachte reed vervolgens samen met een medewerker van het autobedrijf

135 Sackers lijkt van mening te zijn dat de uitkomst van de tweede zaak (HR 9 maart 1982, *NJ* 1982/573) ook anders had kunnen zijn geweest, vgl. Sackers 2000, p. 48. Zie hierover uitgebreid paragraaf 4.2.

in de desbetreffende auto naar Zwolle. Voordat ze wegreden pakte de verdachte de kentekenpapieren en stak deze in zijn zak. Hij zei dat hij een autobedrijf in Zwolle had en in Zwolle gelijk het kenteken zou overschrijven. Later die dag belde de medewerker van het autobedrijf met zijn baas om te vertellen dat de verdachte er met de auto vandoor was gegaan. In cassatie werd geklaagd dat de bewezenverklaarde verduistering ontoereikend was gemotiveerd omdat de in de bewezenverklaring bedoelde auto aan de verdachte in eigendom toebehoorde. De Hoge Raad overwoog dat het hof klaarblijkelijk heeft geoordeeld dat op het tijdstip waarop de verdachte in Zwolle er met de auto vandoor was gegaan de auto nog toebehoorde aan het autobedrijf en voorts dat de verdachte toen de auto zich wederrechtelijk heeft toegeëigend door daarover zonder daartoe gerechtigd te zijn als heer en meester te beschikken. De Hoge Raad overwoog:

“Dit oordeel getuigt niet van een onjuiste uitleg van enige in de bewezenverklaarde tenlastelegging voorkomende en aan art. 321 Sr ontleende term. Het oordeel van het Hof is niet onbegrijpelijk, in aanmerking genomen dat de hiervoren weergegeven verklaring van [betrokkene 2] inhoudt dat de verdachte voornemens was de auto te kopen en dat de verkoop te Zwolle zou plaatsvinden. (...) Het middel, waarin wordt gesteld dat in Lelystad “een perfecte overeenkomst van koop-verkoop tot stand is gekomen en dat direct daarop aansluitend eigendomsoverdracht (levering) heeft plaatsgevonden”, mist dus feitelijke grondslag en faalt derhalve.”

Feitelijk is het lastig een verschil tussen beide zaken aan te wijzen. Mogelijk kan het verschil worden verklaard door de aard van de cassatieprocedure, in die zin dat de Hoge Raad in de uitspraak uit 2002 alleen de expliciet in het middel opgeworpen vraag heeft beantwoord of de verdachte inmiddels eigenaar van de auto was geworden. De toevoeging dat 's hofs oordeel niet getuigt van een onjuiste uitleg van enige in de bewezenverklaring voorkomende en aan art. 321 Sr ontleende term zou dan echter overbodig zijn.

Hetzelfde lijkt te gelden voor de uitspraak van de Hoge Raad van 13 september 2005.¹³⁶ Het hof in die zaak had ten laste van de verdachte bewezenverklaard dat hij een paar inline skates, die hij anders dan door misdrijf, namelijk als koper, onder gehoudenheid om geld op te nemen en die inline skates die dag af te rekenen, onder zich had, wederrechtelijk zich heeft toegeëigend. Uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid dat de verdachte in een winkel had medegedeeld dat hij skates wilde kopen.

136 HR 13 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8306.

Hij had deze ook aangetrokken. Bij de kassa aangekomen wilde hij pinnen, maar dat lukte niet. Hij vroeg vervolgens aan de verkoper of hij, met de skates aan, naar zijn eigen bank mocht gaan om geld te halen. De verdachte stelde voor dat hij zijn jas, schoenen en identiteitskaart als onderpand zou achterlaten. De verkoper ging daarmee akkoord. De verdachte is vervolgens met de skates aan naar twee geldautomaten gereden en heeft geprobeerd geld op te nemen. Dat lukte echter niet. Vervolgens is hij met de trein naar Amsterdam gegaan. De verdachte is niet teruggegaan naar de winkel omdat hij – naar eigen zeggen – de skates gewoon wilde hebben en niets hem daar vanaf bracht. In cassatie werd geklaagd dat de bewezenverklaring ontoereikend is gemotiveerd omdat de skates de verdachte in eigendom toebehoorden. De Hoge Raad oordeelde dat het hof klaarblijkelijk heeft geoordeeld dat de skates op het moment waarop de verdachte ermee de winkel verliet nog toebehoorden aan de winkel en voorts dat de verdachte vervolgens die skates wederrechtelijk zich heeft toegeëigend door in strijd met de verkoper gemaakte afspraak daarover zonder daartoe gerechtigd te zijn als heer en meester te beschikken en de inline skates niet terug te brengen naar de winkel toen bleek dat de verdachte geen geld kon pinnen. Dit oordeel getuigt, aldus de Hoge Raad, niet van een onjuiste uitleg van enige in de bewezenverklaarde tenlastelegging voorkomende en aan art. 321 Sr ontleende term en is niet onbegrijpelijk.

Uit het voorgaande rijst het beeld van een Hoge Raad die – zoals Taverne suggereerde – feitenrechters veel vrijheid geeft bij de beantwoording van de vraag of sprake is van diefstal of verduistering. Dat is ook niet vreemd, want hoewel de vraag of sprake is van wegnemen of onder zich hebben een rechtsvraag is, is die beantwoording sterk afhankelijk van waarderungen van feitelijke aard, die in cassatie maar in beperkte mate toetsbaar zijn. Dit geldt echter wel alleen, of vooral, in gevallen waarin van een toevertrouwen of een rechtsverhouding waaruit het onder zich hebben noodzakelijk voortvloeit geen sprake is. Van 'onder zich hebben' is wel steeds sprake in de gevallen waarin sprake is van een toevertrouwd zijn van de goederen, zo leidt Demeersseman af uit de eerdergenoemde arresten uit 1981 en 1982.¹³⁷ In het verlengde daarvan stelt Van Veen dat de kern van het misdrijf verduistering ligt in het misbruik maken van vertrouwen. Wie verduistert, maakt weg wat hem was toevertrouwd en wat hij had moeten bewaren voor een ander. Daarom pleegde de zoon die alleen thuis was en

137 Demeersseman 1985, p. 200-201.

tijdens de afwezigheid van zijn ouders sieraden wegnam uit het ouderlijk huis geen verduistering.¹³⁸ De goederen waren hem niet toevertrouwd en hij had ze dus niet onder zich.¹³⁹ Anders was dat in het geval waarin aan de verdachte was gevraagd om op een huis te passen, de verdachte hierin toestemde en het huis (tijdelijk) betrok. Dit dwong naar het oordeel van het hof tot de gevolgtrekking dat het huis, met alle daarin aanwezige goederen, aan de verdachte was toevertrouwd, waaruit noodzakelijk voortvloeide dat de verdachte die goederen onder zich had. Het oordeel van het hof dat het zich toe-eigenen van die goederen dus verduistering opleverde gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.¹⁴⁰ De relatie waarin de dader tot het goed staat kan, aldus Van Veen, van belang zijn bij beantwoording van de vraag of iemand een goed al dan niet onder zich heeft. De directeur van een museum, die een kunstwerk uit zijn museum haalt en ten eigen bate verkoopt, pleegt verduistering. De nachtwaker van het museum die een voorwerp uit het museum wegneemt en verkoopt, pleegt daarentegen diefstal. Hij is wel met de bewaking belast, maar hij heeft geen zeggenschap over de kunstwerken en heeft ze dus ook niet onder zich.^{141 142} Aan dat rijtje kan worden toegevoegd HR 31 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6103. De verdachte in die zaak had zich geldbedragen die een aantal personen hem in het kader van een rituele bewerking van dat geld hadden overhandigd, door middel van een wisseltruc wederrechtelijk toegeëigend. Het hof veroordeelde verdachte wegens diefstal. De Hoge Raad liet die veroordeling in stand en nam daarbij in aanmerking dat de aangevers het geld niet ter beschikking hebben gesteld aan de verdachte om er als heer en meester over te beschikken en voorts dat de verdachte de aangevers had verzekerd dat het geld hun eigendom was en zou blijven.¹⁴³

Een rechtsverhouding op grond waarvan de verdachte het desbetreffende goed onder zich heeft, is echter niet altijd vereist, zo volgt uit de uitspraak van de Hoge Raad van 31 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1972.¹⁴⁴

138 HR 25 november 1986, NJ 1987/418.

139 Van Bemmelen/Van Veen 1990, p. 144-145.

140 HR 22 januari 1991, NJ 1991/383.

141 HR 4 november 1980, NJ 1981/117.

142 Van Bemmelen/Van Veen 1990, p. 146-147.

143 Vgl. ook HR 5 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4638; HR 12 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX3620; HR 8 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:859, NJ 2014/473 m.nt. Reijntjes; en HR 25 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3377. In al deze zaken hadden – kort gezegd – betrokkenen met een bepaald doel geld overhandigd aan de verdachten. Handelen in strijd met dat doel levert verduistering op.

144 Zie ook de conclusie van Advocaat-Generaal Knigge voor HR 12 oktober 2010, zaaknr. 08/01886 (niet gepubliceerd, HR: 81 RO).

In die zaak had een maatschappelijk werkster geld opgenomen van een patiënt die zij – ook financieel – begeleidde en zich dat geld vervolgens toegeëigend. De Hoge Raad liet in dat geval de veroordeling wegens verduistering in stand.

3.3.3 *Conclusies over onder zich hebben*

Net als het geval is ten aanzien van het bestanddeel ‘wegnemen’ in de diefstalbepaling, kan men zich afvragen of het mogelijk is van het bestanddeel ‘onder zich hebben’ in de verduisteringsbepaling een omschrijving te geven aan de hand waarvan gemakkelijk kan worden beoordeeld of in een bepaald geval al dan niet sprake is van ‘onder zich hebben’. De wetgever heeft expliciet aangegeven het belangrijk te vinden door de gekozen terminologie te laten zien welke kenmerken verduistering met diefstal gemeen hebben en scherp te doen uitkomen waarin het onderscheid tussen beide strafbare feiten bestaat. Het verschil is, aldus de regering, gelegen in de delictshandeling. Diefstal wordt gepleegd door het wegnemen van dat voorwerp met het oogmerk om het zich toe te eigenen, terwijl bij verduistering de strafbare handeling is gelegen in het zich toe-eigenen zelf, nadat de dader anders dan door misdrijf dat voorwerp onder zich heeft gekregen.¹⁴⁵ Wat ‘onder zich hebben’ precies betekent wordt uit het voorgaande niet duidelijk, maar de wetsgeschiedenis lijkt steun te bieden aan de opvatting dat ‘onder zich hebben’ eenzelfde toestand is als de toestand die ontstaat nadat iemand een goed heeft ‘weggenomen’. De wetgever was immers van mening dat, zonder de toevoeging dat de dader een goed ‘anders dan door misdrijf’ onder zich moet hebben, de dief die een goed heeft weggenomen met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening zich door de toe-eigening tevens schuldig zou maken aan verduistering.

De rechtspraak sloot hierbij aan. In 1901 oordeelde de Hoge Raad dat voor beantwoording van de vraag of sprake is van diefstal of verduistering van belang is wie de feitelijke heerschappij over het voorwerp had. Diefstal is niet mogelijk van voorwerpen die reeds onder de rechtsmacht en de feitelijke heerschappij van de dader zijn.¹⁴⁶ Dat lijkt te impliceren dat de definitie van ‘wegnemen’ iets zal zijn in de trant van ‘een goed onder zijn feitelijke heerschappij brengen’. ‘Onder zich hebben’ moet dan betekenen ‘iets onder zijn feitelijke heerschappij hebben’.

145 Smidt II 1891, p. 537.

146 HR 24 juni 1901, W 7626. Zie ook HR 14 april 1913, W 9497.

In zijn arrest van 28 juni 1926, W 11520, NJ 1926/785, introduceerde de Hoge Raad een nieuw criterium:

“O. toch vooreerst, dat voor het onder zich hebben in den zin van artikel 321 Sr. een bloot feitelijke machtsverhouding niet onder alle omstandigheden voldoende kan worden geacht (...);

O. voorts dat ten deze vaststaat, dat hier geen sprake is van het toevertrouwd zijn der goederen aan requirant, noch ook van eenige rechtsverhouding, waaruit het onder zich hebben der goederen noodwendig zou voortvloeien, doch uitsluitend van een daad van requirant zelf, welke de feitelijke verhouding tot meerbedoelde goederen heeft in het leven geroepen; dat dan echter voor het onder zich hebben toch in ieder geval noodig is dat men desbewust tot de goederen in een feitelijke machtsverhouding staat (...);”

De huidige stand van zaken wat betreft het bestanddeel ‘onder zich hebben’ is aldus dat een feitelijke machtsverhouding tot de goederen niet steeds – of misschien beter: bijna nooit – voldoende is.¹⁴⁷ Van ‘onder zich hebben’ is in ieder geval sprake als de goederen aan de verdachte waren toevertrouwd, of als sprake is van enige rechtsverhouding waaruit noodzakelijk voortvloeit dat de verdachte de goederen onder zich had. Van een toevertrouwd zijn van een huis en alle daarin aanwezige goederen waaruit noodzakelijk voortvloeide dat de verdachte die goederen onder zich had, was bijvoorbeeld sprake in het geval waarin aan de verdachte was gevraagd om op een huis te passen, de verdachte hierin toestemde en het huis (tijdelijk) betrok.¹⁴⁸ Van een rechtsverhouding waaruit noodzakelijk voortvloeit dat de verdachte de goederen onder zich heeft kan wellicht sprake zijn wanneer iemand zich als zaakwaarnemer van andermans belangen opwerpt.¹⁴⁹ Maar het is ook weer niet zo dat van ‘onder zich hebben’ in de zin van art. 321 Sr uitsluitend sprake kan zijn indien dat goed aan de verdachte is toevertrouwd of uit enige rechtsverhouding noodzakelijk voortvloeit dat de verdachte het onder zich had.¹⁵⁰

147 Hierbij moet worden opgemerkt dat een bloot feitelijke machtsverhouding zich wel heel vaak voor zal doen in geval van diefstal. Als het wegnemen dan bestaat uit het zich verschaffen van de feitelijke heerschappij, levert die feitelijke heerschappij waarschijnlijk nog steeds ‘onder zich hebben’ op. Het bestanddeel ‘anders dan door misdrijf’ staat dan echter in de weg aan een veroordeling wegens verduistering.

148 HR 22 januari 1991, NJ 1991/383.

149 Vgl. de conclusie van Advocaat-Generaal Machielse vóór HR 2 oktober 2001, zaaknr. 02294/00 (niet gepubliceerd).

150 Vgl. de conclusie van Advocaat-Generaal Knigge vóór HR 12 oktober 2010, zaaknr. 08/01886 (niet gepubliceerd, HR: 81 RO) en HR 31 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1972.

Een bloot feitelijke machtsverhouding is volgens de Hoge Raad ‘niet steeds’ voldoende voor ‘onder zich hebben’. Wanneer het wel of niet voldoende is, is lastig vast te stellen.¹⁵¹ Uit de zojuist genoemde uitspraak van 28 juni 1926 lijkt in ieder geval te kunnen worden afgeleid dat nodig is dat de verdachte zich bewust is van die feitelijke machtsverhouding en mogelijk ook dat sprake is van een element van eigenmachtige inbezitting, in die zin dat degene die verduistert zich ook als heerser moet opstellen. Dat lijkt ook het verschil te verklaren met de uitspraak van de Hoge Raad van 24 juli 1934, *NJ* 1934/1454, waarin werd geoordeeld dat de boer die een vreemd varken op zijn erf vechtend met zijn eigen varkens aantreft, dat vreemde varken, als hij zich dat vervolgens toeëigent, tevoren reeds onder zich had. Maar dat moet kennelijk wel worden gezien als een ondergrens. Het enkele feit dat een verdachte feitelijk als heer en meester kón beschikken over een goed van een ander en zich daarvan bewust is, levert immers niet altijd ‘onder zich hebben’ op. De nachtwaker die over alle sleutels van een museum beschikt heeft immers niet de collectie van het museum onder zich.¹⁵² Hetzelfde geldt voor de zoon die in huis achterblijft als zijn ouders met vakantie gaan. De zoon krijgt niet door het enkele feit dat hij direct over de sieraden van zijn ouders kan beschikken die sieraden daardoor onder zich.¹⁵³ De onderlinge afgrenzing van diefstal en verduistering lijkt na een ruime eeuw jurisprudentie nog steeds lastig te zijn. Bij dit alles moet worden opgemerkt dat de beantwoording van de vraag of een verdachte een goed anders dan door misdrijf onder zich heeft, sterk afhankelijk is van waarderingen van feitelijke aard, die in cassatie maar in

151 Advocaat-Generaal Knigge wijst er in zijn conclusie vóór HR 31 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1972 op dat ook de toevallige aanwezigheid van een zaak bij iemand, bijvoorbeeld ten gevolge van een vergissing van een ander, kan maken dat die persoon het goed (anders dan door misdrijf) onder zich heeft. Het houderschap van het goed kan zelfs voortvloeien uit eigenmachtig en onrechtmatig optreden van de verdachte. Hij verwijst daartoe naar HR 31 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6747 en HR 28 augustus 2007, zaaknr. 02945/06 (niet gepubliceerd) (vgl. ook HR 25 mei 1920, *NJ* 1920/709 waaruit volgt dat verkrijging te kwader trouw niet in de weg staat aan een veroordeling wegens verduistering, als het maar geen handeling is die de wet als misdrijf bestempelt). In die zaken ging het echter meer om de vraag of sprake was van ‘wederrechtelijke toeëigening’ dan of sprake was van ‘onder zich hebben’. Harde conclusies kunnen uit die arresten dan ook niet worden getrokken.

152 HR 4 november 1980, *NJ* 198/117.

153 HR 25 november 1986, *NJ* 1987/418.

beperkte mate toetsbaar zijn. De Hoge Raad stelt zich daarbij pragmatisch op en laat de feitenrechter op dit punt een grote speelruimte. Overigens is met het trekken van een scherpe grens tussen diefstal en verduistering geen groot belang gemoeid. Het is veeleer onbevredigend als een verdachte van verduistering zou moeten worden vrijgesproken omdat hij in feite een zwaarder delict – diefstal – heeft gepleegd.¹⁵⁴

3.4 Afpersing en oplichting

3.4.1 Inleiding

Art. 317, eerste lid, Sr luidt:

“Hij die, met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen, door geweld of bedreiging met geweld iemand dwingt hetzij tot de afgifte van enig goed dat geheel of ten dele aan deze of aan een derde toebehoort, hetzij tot het aangaan van een schuld of het teniet doen van een inschuld, hetzij tot het ter beschikking stellen van gegevens, wordt, als schuldig aan afpersing, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie.”

Art. 326, eerste lid, Sr luidt:

“Hij die, met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen, hetzij door het aannemen van een valse naam of van een valse hoedanigheid, hetzij door listige kunstgrepen, hetzij door een samenweefsel van verdichtsels, iemand beweegt tot de afgifte van enig goed, tot het verlenen van een dienst, tot het ter beschikking stellen van gegevens, tot het aangaan van een schuld of tot het teniet doen van een inschuld, wordt, als schuldig aan oplichting, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie.”

¹⁵⁴ Vgl. de conclusie van Advocaat-Generaal Knigge voor HR 31 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1972 en zie ook de noot van Taverne onder HR 24 juli 1934, NJ 1934/1454.

In art. 317 Sr is strafbaar gesteld het door geweld of bedreiging met geweld iemand dwingen tot afgifte van een goed.¹⁵⁵ In art. 326 Sr is strafbaar gesteld het bewegen van een ander tot afgifte van enig goed¹⁵⁶ door middel van de in dat artikel (limitatief) opgesomde oplichtingsmiddelen. Afpersing en oplichting onderscheiden zich van de hiervoor besproken vermogensdelicten doordat de onmiddellijk benadelende handeling niet door de dader, maar – in het algemeen – door het slachtoffer zelf wordt verricht. Afpersing en oplichting hebben gemeen dat voor voltooiing van het delict nodig is dat enig goed wordt afgegeven.¹⁵⁷ Ten opzichte van elkaar onderscheiden zij zich door de wijze waarop de afgifte tot stand wordt gebracht. Bij afpersing wordt de afgifte bewerkstelligd door geweld of bedreiging met geweld. Het slachtoffer gaat onder druk van geweld of bedreiging met geweld, dus onvrijwillig, over tot afgifte. Zonder het geweld of de bedreiging met geweld zou de afgifte hoogstwaarschijnlijk niet hebben plaatsgevonden. In het geval van oplichting wordt het slachtoffer in dwaling gebracht. Hij wordt misleid en onder die omstandigheden gaat hij min of meer vrijwillig tot afgifte over.¹⁵⁸ Deze delictomschrijvingen lijken zodoende een scherp onderscheid te maken tussen afpersing en oplichting. In het eerste geval geschiedt de afgifte onvrijwillig, in het tweede geval juist vrijwillig. Overlap lijkt daarmee uitgesloten. In deze paragraaf ga ik in op het bestanddeel dat beide bepalingen gemeen hebben, namelijk ‘afgifte’. Daartoe wordt eerst de wetsgeschiedenis van het bestanddeel ‘afgifte’ onderzocht. Daarna wordt bezien of, en zo ja hoe, dit bestanddeel in de literatuur en rechtspraak is besproken en uitgelegd. Verschillen tussen de delicten kunnen hier buiten beschouwing blijven. In het volgende hoofdstuk ga ik verder in op de grens tussen deze twee delicten.

155 Ook het aangaan van een schuld, het tenietdoen van een inschuld en het ter beschikking stellen van gegevens, maar in het kader van dit onderzoek is het vooral relevant het wegnemen als bedoeld in art. 310 Sr en het onder zich hebben als bedoeld in art. 321 Sr te vergelijken met (het dwingen tot) de afgifte van een goed.

156 Ook het ter beschikking stellen van gegevens met geldswaarde in het handelsverkeer, tot het aangaan van een schuld of tot het tenietdoen van een inschuld, maar in het kader van dit onderzoek is het vooral relevant het wegnemen als bedoeld in art. 310 Sr en het onder zich hebben als bedoeld in art. 321 Sr te vergelijken met (het bewegen tot) de afgifte van een goed.

157 Vgl. ook Smidt II, p. 546.

158 Vgl. ook Modderman tijdens de beraadslagingen van de Commissie De Wal, Notulen Staatscommissie I, p. 418.

3.4.2 Wetsgeschiedenis

3.4.2.1 Afpersing

De Commissie De Wal wilde aanvankelijk diefstal met geweld en afpersing in dezelfde afdeling behandelen¹⁵⁹, maar kwam daar later op terug. De samenvoeging met diefstal, waartoe onwillekeurig in navolging van de Code Pénal en het Duitse wetboek was gekomen, was wetenschappelijk niet aan te bevelen, al constateerde de Commissie wel dat de bewuste feiten in de praktijk vaak nauw aan elkaar grenzen. De Commissie was van mening dat door de scheiding ook het begrip van wegnemen als vereiste voor diefstal duidelijker zal uitkomen. Aldus werd voorgesteld van 'afpersing en afzetterij' een afzonderlijke titel te maken.¹⁶⁰ Afpersing is aanwezig, zodra de dwang (geweld of bedreiging) strekt tot verkrijging van de afgifte van een zaak, het aangaan van een schuld of het kwijten van een inschuld.¹⁶¹ Over de vraag wat precies onder 'afgifte' moet worden verstaan heeft de Commissie zich niet uitgelaten.

De Commissie stelde zich in art. 350 van het ontwerp de strafbaarstelling van afpersing aldus voor:

"Hij die door geweld of bedreiging met geweld iemand dwingt hetzij tot de afgifte van eenig goed dat geheel of ten deele aan dezen of aan een derde toebehoort, met het oogmerk om het zich wederregtelijk toe te eigenen, hetzij tot het aangaan van eene schuld of het te niet doen van eene inschuld, wordt, als schuldig aan afpersing, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zeven jaren en zes maanden."¹⁶²

In art. 344 van het O.R.O. werd dit voorstel ongewijzigd overgenomen. Blijkens de memorie van toelichting was de regering van mening dat vergelijking van het afpersingsartikel met art. 312 Sr (diefstal met geweld) het onderscheid tussen geweldpleging en afpersing duidelijk doet uitkomen. In art. 312 Sr wordt gevorderd dat enig goed is weggenomen, hier daarentegen dat dwang tot afgifte heeft plaatsgehad. In het ene geval is de wegneming vergezeld of voorafgegaan door het geweld of bedreiging met

159 Notulen Staatscommissie I, p. 402.

160 Notulen Staatscommissie III, p. 286.

161 Notulen Staatscommissie I, p. 404 en Notulen Staatscommissie I, p. 422.

162 De Wal 1875, p. 51.

geweld; in het andere is geweld het middel waardoor de afgifte wordt verkregen.¹⁶³ Maar over de vraag wat precies onder 'afgifte van eenig goed' moet worden verstaan, geeft de wetsgeschiedenis geen duidelijkheid. In het ontwerp van de Commissie De Wal en het O.R.O. werden nog een aantal strafverzwarende omstandigheden genoemd. Deze hebben de uiteindelijke wet niet gehaald. Volstaan is met een verwijzing naar de strafverzwarende omstandigheden van art. 312 Sr en het verhogen van het strafmaximum tot negen jaren.

Opmerking verdient nog dat anders dan bij diefstal (met geweld) voor afpersing geen oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening is vereist. Na kennisneming van het Verslag van de Tweede Kamer heeft de regering dat oogmerk vervangen door 'het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoorraden', zodat het oogmerk ook het tweede gedeelte van het artikel ('hetzij tot het aangaan van eene schuld of het te niet doen van eene inschuld') kon omvatten.¹⁶⁴

3.4.2.2 Oplichting

De Commissie De Wal wilde geen algemene strafbaarstelling van bedrog, maar een aparte strafbaarstelling van oplichting. De drie grote in het oog springende kenmerken van het misdrijf oplichting waren volgens de Commissie: a) de bedoeling om zich of een ander wederrechtelijk te bevoorraden; b) anderen in dwaling brengen; en c) bewegen tot afgifte.¹⁶⁵

De Commissie vond het 'doel om te bevoorraden' echter toch te vaag en aanleiding gevend tot discussies over het naaste doel, het einddoel, etc. Om die reden is gekozen voor het 'oogmerk om te bevoorraden'. Dat hier alleen materieel voordeel wordt bedoeld, bleek volgens de Commissie genoegzaam uit het slot van de bepaling ('de afgifte van een zaak') en uit

163 Smidt II, p. 530.

164 Smidt II, p. 530-532. Deze uitdrukking is deels ruimer dan "oogmerk van wederrechtelijke bevoorraden" omdat zij ook "het aangaan van een schuld enz" beheerst. Zij is deels ook enger, omdat hier de *lucris animus* (d.i. oogmerk van bevoorraden) wordt geëist. De Minister heeft er met nadruk op gewezen dat ook discussies in buitenlandse wetgevende vergaderingen, te weten in Duitsland, Zürich en Hongarije, hebben geleid tot het eisen van het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening bij diefstal met geweld en het oogmerk om zichzelf of een ander wederrechtelijk te bevoorraden bij afpersing. Groot voordeel hiervan is, aldus de Minister, dat op dit punt in Nederland ook buitenlandse jurisprudentie zal kunnen worden geraadpleegd, zie H.J. Smidt, II, p. 530-532.

165 Notulen Staatscommissie I, p. 419.

de aard van het misdrijf in het algemeen. De Commissie vond het overigens niet nodig en gewrongen om net als bij diefstal te spreken van ‘oogmerk van toe-eigening’.¹⁶⁶ Kenmerk van voltooiing van het misdrijf is de afgifte en niet de toegebrachte schade of het enkele in dwaling brengen met het doel van benadeling.¹⁶⁷ De Commissie meende oplichting te kunnen omschrijven als de daad van hem “die met het doel¹⁶⁸ om zich of anderen wederregtelijk te bevoordeelen, door middel hetzij van het onderdrukken of verminken van ware of het voorspiegelen van valsche feiten, hetzij van het aannemen van valsche namen of hoedanigheden, hetzij van listige kunstgrepen, iemand bewogen heeft tot de afgifte van eenig goed of tot het aangaan eener schuld of tot het kwijten eener inschuld”.¹⁶⁹ Op een latere vergadering werd nogmaals beraadslaagd over “het onderdrukken of verminken van ware of het voorspiegelen van valsche feiten”. Modderman vond dat die toevoeging de bepaling te ruim maakte. Ook de fruitverkoper die de goede waar boven, de slechte onder en alles tezamen als goed verkoopt, zou daaronder begrepen zijn.¹⁷⁰ Hij vermoedde zelfs dat men via dat bestanddeel toch ongemerkt zou komen tot een algemene strafbaarstelling van bedrog. De heer De Pinto stelde uiteindelijk voorop dat men tot uitdrukking heeft willen brengen dat een weefsel van bedrog het criterium is. Eenparig is toen besloten het bekritiseerde bestanddeel te vervangen door “een zamenweefsel van verdichtsels”.¹⁷¹

Het uiteindelijke voorstel van de Commissie luidde aldus:

“Hij die, met het oogmerk om zich of een ander wederregtelijk te bevoordeelen, hetzij door het aannemen van valsche namen of van valsche hoedanigheden, hetzij door listige kunstgrepen, hetzij door een zamenweefsel van verdichtsels, iemand beweegt tot de afgifte van eenig goed of tot het aangaan van eene schuld of het te niet doen van eene inschuld, wordt, als schuldig aan oplichting, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren.”¹⁷²

166 Notulen Staatscommissie I, p. 420.

167 Notulen Staatscommissie I, p. 422.

168 Hier werd nog gesproken over ‘doel’ in plaats van ‘oogmerk’. De definitieve beslissing daarover zou pas bij de redactie aan de orde komen, vgl. Notulen Staatscommissie I, p. 419.

169 Notulen Staatscommissie I, p. 422-423.

170 Vgl. ook de discussie in de Engelse wetsgeschiedenis (hoofdstuk 5) over de strafbaarstelling van dishonesty/deception/fraud, waarbij men wijst op het gevaar dat een ruime strafbaarstelling adverteerders en sollicitanten zal treffen.

171 Notulen Staatscommissie II, p. 496-497.

172 De Wal 1875, p. 53.

Net als de Commissie De Wal stelde de regering zich op het standpunt dat niet, net als in sommige andere wetgevingen, bedrog in het algemeen strafbaar zou moeten worden gesteld, in die zin dat de dader met het oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling van zichzelf of een ander aan iemands vermogen schade toebrengt door hem in dwaling te brengen of te houden door het voorspiegelen van valse of het verbergen van ware feiten:

“De vrees dat men door zoodanige algemeene bepaling van strafbaar bedrog ligt de grenzen overschrijdt, die de strafwetgever zich behoort te stellen, is niet hersenschimmig. Veiliger weg slaat de wetgever in door de verschillende soorten van bedrog die hij strafbaar keurt, achtereenvolgens te kenmerken en daarbij op den voorgrond te stellen het misdrijf dat in onze rechtspraak, sedert de invoering van den franschen code, met den naam van oplichting (escroquerie) is bestempeld.”¹⁷³

In art. 354 O.R.O. werd het voorstel van de Commissie De Wal overgenomen. De Commissie van Rapporteurs van de Tweede Kamer vond echter de definitie van het resultaat van de oplichting, te weten de afgifte van enig goed of het aangaan van een schuld of het tenietdoen van een inschuld nodeloos beperkend:

“Elke daad en elk verzuim, waardoor iemand in zijn vermogen is benadeeld, is van gelijke waarde waar het geldt vaststelling van het feit dat iemand door het bedrog in zijn vermogensrecht is gekrenkt. Eindelijk zou de Commissie voor den meest *algemeenen* vorm van het misdrijf welke hier wordt strafbaar gesteld, den *algemeenen* naam van *bedrog* verkiezen boven de meer speciale van oplichting.”¹⁷⁴

Het leek de Commissie daarom beter om in het artikel te lezen: “Hij die, met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordeelen, hetzij door het aannemen van een valschen naam of van eene valsche hoedanigheid (beter dan: van valsche namen of van valsche hoedanigheden), hetzij door het bezigen van eenig bedriegelijk middel om eene onwaarheid ingang te doen vinden, een ander beweegt om iets te doen of niet te doen waardoor deze in zijn vermogen wordt benadeeld, wordt, als schuldig aan bedrog gestraft met enz.” De minister, Modderman, was het hiermee, zoals te verwachten, niet eens. Wederrechtelijke bevoordeling van zich of een ander moest op de voorgrond staan en de Minister vroeg zich af of dit, voor zover het strafbaar zou zijn, op andere wijze plaats zou

173 Smidt II, p. 545.

174 Smidt II, p. 548.

kunnen hebben dan op een van de wijzen in art. 354 O.R.O. omschreven.¹⁷⁵ Over de betekenis van het bestanddeel 'afgifte van enig goed' werd ook in het kader van oplichting niet gerept.

3.4.3 *Afgifte van enig goed (literatuur en jurisprudentie)*

De toestand die in het leven wordt geroepen, is bij afpersing en oplichting dus gelijk: de derde geeft als gevolg van een handeling van de dader een goed af.¹⁷⁶ Net als ten aanzien van 'wegnemen' en 'onder zich hebben' heeft de wetgever niet duidelijk gemaakt wat onder 'afgifte van enig goed' moet worden verstaan. Wel is duidelijk dat afgifte een constitutief element is van afpersing en oplichting.¹⁷⁷ Niet de toegebrachte schade noch het enkele in dwaling brengen met het doel van benadeling is voldoende voor voltooiing van de oplichting. Daarvoor is daadwerkelijke afgifte nodig, aldus reeds de Commissie De Wal tijdens haar beraadslagingen.¹⁷⁸ De wetgever spreekt van 'afgifte', kennelijk om ieder verband met 'levering' in burgerrechtelijke zin te elimineren, net als bij verduistering werd gekozen voor de woorden 'onder zich hebben' om ieder verband met de burgerrechtelijke begrippen eigendom, bezit en houderschap te vermijden.¹⁷⁹ Duisterwinkel leidt hieruit af dat het begrip 'afgifte' in de meest ruime zin mag worden opgevat.¹⁸⁰ Met Bentfort van Valkenburg¹⁸¹ is hij van mening dat 'afgifte' niet hoeft te betekenen dat de afgever zelf benadeeld wordt, de benadeelde kan evengoed een derde zijn. Voor Duisterwinkel is dit echter nog niet ruim genoeg, aangezien benadeling geen element van art. 326 Sr is.¹⁸² Hij is het dan ook niet eens met het arrest van de Hoge Raad van 27 april 1896.¹⁸³ De Hoge Raad besliste toen dat art. 326 Sr niet vereist dat het goed moet toebehoren aan degene die het heeft afgegeven, maar

175 Smidt II, p. 548-549.

176 In de regel zal de afgifte bestaan uit een handeling door of namens de derde. Afgeven kan echter ook bestaan uit het toelaten van wegnemen, vgl. bijv. HR 20 december 1988, NJ 1989/683. Deze overlap tussen wegnemen en afgeven komt in hoofdstuk 4 nader aan de orde.

177 Vgl. bijv. HR 24 juli 1928, W 11889, NJ 1929/222. Zie ook HR 10 december 1928, W 11942, NJ 1929/525.

178 Notulen Staatscommissie I, p. 422.

179 Van Bemmelen & Van Hattum 1954, p. 322.

180 Duisterwinkel 1948, p. 17.

181 Bentfort van Valkenburg 1911, p. 88.e.v.

182 Aangezien afpersing en oplichting het bestanddeel '(bewegen van een ander tot de) afgifte van enig goed' gemeen hebben (vgl. Smidt II, p. 546), geldt dit alles mijns inziens ook voor afpersing.

183 HR 27 april 1896, W 6805.

dat, nu in art. 326 Sr met de afgifte van enig goed twee wijzen van wederrechtelijke bevoordeling – waardoor tevens het vermogen van anderen wordt benadeeld – worden gelijkgesteld, te weten het aangaan van een schuld en het tenietdoen van een inschuld, met afgifte van enig goed alleen die afgifte wordt bedoeld die enige benadeling met zich meebrengt. Duisterwinkel kan het klemmende van dit betoog niet inzien en stelt dat dan met evenveel recht gezegd zou kunnen worden dat, nu degene die een schuld aangaat steeds zichzelf benadeelt, de afgifte van enig goed steeds zou betekenen dat degene die afgeeft zichzelf moet benadelen.¹⁸⁴ Dat laatste wordt door de Hoge Raad echter niet geëist. Simons vindt dat benadeling van het vermogen van een ander wel degelijk tot de bestanddelen van het misdrijf oplichting behoort. Hij acht dit in overeenstemming met de aard van het misdrijf en met de uit de geschiedenis blijkende bedoeling van de wetgever.¹⁸⁵ Naar zijn mening moet het nadeel zelfs degene betreffen tegen wie het misdrijf wordt gepleegd. Benadeling van een willekeurige derde komt volgens Simons niet in aanmerking. Duisterwinkel is ook door het betoog van Simons niet overtuigd en merkt op dat de geschiedenis van de wet voor hem niet die waarde heeft, dat door haar de bestanddelen van het strafbaar feit buiten de wet om uitgebreid kunnen worden. Volgens Duisterwinkel volgt uit het bestanddeel ‘afgifte van enig goed’ niet noodzakelijk dat die afgifte enige benadeling meebrengt, ook al zal dat in vrijwel alle voorkomende gevallen het geval zijn.¹⁸⁶ Steun hiervoor had Duisterwinkel kunnen vinden in het arrest van de Hoge Raad van 27 mei 1935.¹⁸⁷ In dat arrest besliste de Hoge Raad voor het eerst uitdrukkelijk dat voor de toepassing van art. 326 Sr “niet is vereischt, dat op grond van de bewijsmiddelen worde vastgesteld, of met de eventueele wederrechtelijke bevoordeeling eene benadeeling van een ander correspondeert en zoo ja, te wiens laste die benadeeling zoude komen”. Een soortgelijke beslissing

184 Duisterwinkel 1948, p. 17-18.

185 Simons 1929, p. 140. Hij wijst er daarbij onder meer op dat de Commissie van Rapporteurs, om aan het artikel een uitgebreidere strekking te geven, de formule wilde kiezen “een ander beweegt om iets te doen of niet te doen, waardoor deze in zijn vermogen wordt benadeeld”. De Minister achtte de gekozen uitdrukking echter ruim genoeg, daarbij opmerkende dat wederrechtelijke bevoordeling van zichzelf of een ander op de voorgrond moet staan. Anders dan Simons zou ik zeggen dat hierin juist geen steun valt te vinden voor de stelling dat benadeling van het vermogen van een ander tot de bestanddelen van het misdrijf oplichting behoort, integendeel. Zie ook de noot van Pompe onder HR 27 mei 1935, *NJ* 1936/51 en Polak 1942, p. 30 e.v.

186 Duisterwinkel 1948, p. 18.

187 HR 27 mei 1935, *NJ* 1936/51. Zie ook HR 14 oktober 1935, *NJ* 1936/52.

nam de Hoge Raad op 24 januari 1950.¹⁸⁸ In die zaak speelde, zoals weergegeven in de conclusie van Advocaat-Generaal Langemeijer, het volgende. Een zekere M. moest een middenstandsexamen afleggen, waarvoor de verdachte hem lessen had gegeven. M. zag nogal op tegen het examen en vroeg aan de verdachte of het niet mogelijk zou zijn het examen door een ander onder zijn naam te laten afleggen. De verdachte heeft hem daarop een lijstje gegeven met namen van geschikte personen. M. wendde zich vervolgens tot een van de op het lijstje genoemde personen, ene B., en bewoog deze door beloften om zich voor het examen aan te melden onder zijn naam. B. heeft dit geprobeerd, maar werd herkend. De tenlastelegging hield in dat B. heeft geprobeerd door het aannemen van een valse naam en listige kunstgrepen het Centraal Secretariaat Stichting Middenstandsexamen te bewegen tot de afgifte van een bewijs tot toelating tot het middenstandsexamen. M. zou dit feit hebben uitgelokt en de verdachte zou zich schuldig hebben gemaakt aan medeplichtigheid door het verstrekken van het namenlijstje. De verdachte werd door het hof veroordeeld wegens medeplichtigheid aan uitlokking van poging tot oplichting. In cassatie werd onder meer geklaagd dat de afgifte van een bewijs van toelating tot het middenstandsexamen niet oplevert de 'afgifte van enig goed' als bedoeld in art. 326 Sr, welk artikel weliswaar niet enig goed met economische waarde verlangt, maar toch "uit den aard van het bedrogsdelict, dat onder de vermogensdelicten is geplaatst, eist dat degene die tot de afgifte wordt bewogen, daardoor wordt benadeeld, hetgeen met de examencommissie niet het geval zou zijn". De Hoge Raad oordeelde echter dat deze klacht faalt, omdat "voor het bedoelde in voornoemd art. 326 Sr omschreven misdrijf van oplichting, terwijl de aard van bedrogsdelict uitdrukking vindt in de middelen, door welke de dader een ander tot de afgifte beweegt, naast het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen niet tevens omtrent een benadelen van wien ook iets wordt vereist". Op het eerste gezicht zou deze overweging wellicht de gedachte kunnen doen postvatten dat de uitleg die de Hoge Raad hier geeft aan het bestanddeel 'afgifte van enig goed' samenhangt met de aard van het bedrogsdelict en dus niet zonder meer van toepassing is op het bestanddeel 'afgifte van enig goed' in art. 317 Sr. Dat lijkt mij echter niet juist. De verwijzing naar de aard van het bedrogsdelict is mijns inziens slechts opgenomen naar aanleiding van het cassatiemiddel. Daarin werd namelijk betoogd dat de eis van benadeling zou voortvloeien uit de aard van het bedrogsdelict, dat door de wetgever onder de vermogensdelicten is geplaatst. Met de overweging dat de aard

188 HR 24 januari 1950, NJ 1950/287 m.nt. Röling.

van het bedrogsdelict uitdrukking vindt in de oplichtingsmiddelen, heeft de Hoge Raad mijns inziens slechts willen aangeven dat deze middelen kenmerkend zijn voor het oplichtingsartikel, en niet, zoals het middel voorstaat, de eventuele benadeling van degene die wordt bewogen tot afgifte.

In het hiervoor reeds genoemde arrest van de Hoge Raad van 27 april 1896, W 6805 is beslist dat voor afgifte evenmin is vereist dat het afgegeven goed moet toebehoren aan degene die het heeft afgegeven. De wet stelt die eis immers niet. Gezien het civielrechtelijk neutrale karakter van het woord afgifte spreekt dit volgens Duisterwinkel bijna vanzelf.¹⁸⁹ Onder afgifte is mede begrepen 'doen afgeven', zoals het arrest van de Hoge Raad van 27 maart 1933¹⁹⁰ illustreert. In die zaak speelde het volgende. De verdachte had ene Pietje Ketting bewogen zich bereid te verklaren een bedrag van f 298,- aan de verdachte af te geven, door opzettelijk listiglijk, bedrieglijk en in strijd met de waarheid mede te delen dat Ketting hem f 298,- af moest dragen in verband met een zaak die Ketting met de Rijksverzekeringsbank had en die de verdachte voor haar regelde, dat hij dat geld moest deponeren bij de rechtbank te Rotterdam, dat hij dat geld vóór 12.00 uur in zijn bezit moest hebben en dat anders de zaak van Ketting met de Rijksverzekeringsbank niet geregeld kon worden. Ketting, die in Pernis woonde, had dit geld echter niet bij zich. De verdachte en Ketting zijn toen overeengekomen dat Ketting het geld zou meegeven aan de kapitein van de bootdienst Rotterdam-Pernis, ene Nobel, en dat de verdachte het geld bij Nobel zou laten halen door zijn kantoorbediende Houtkamp. Aldus gebeurde. Ten laste van de verdachte werd bewezenverklaard dat hij – kort gezegd – Ketting heeft bewogen tot het door Nobel doen afgeven van f 298,- aan Houtkamp, die van de verdachte de opdracht had het geld voor hem in ontvangst te nemen en daarna aan hem af te dragen. In cassatie werd onder meer aangevoerd dat Ketting volgens de bewezenverklaring was bewogen tot het doen afgeven van enig goed, wat niet strafbaar zou zijn omdat de wet slechts strafbaar stelt het bewegen tot afgifte van enig goed onder de in art. 326 Sr genoemde omstandigheden. Voorts werd geklaagd dat de verdachte wel Nobel, langs indirecte weg, heeft bewogen tot afgifte van enig goed, maar dat is niet ten laste gelegd. De Hoge Raad maakte hier korte metten mee:

189 Duisterwinkel 1948, p. 18-19.

190 HR 27 maart 1933, NJ 1933/902. Zie ook reeds HR 27 november 1893, W 6436.

“dat onder “afgifte” in art. 326 Sr. ook is begrepen het “doen afgeven”, zooals in deze is geschied, namelijk het afgeven door den benadeelde aan een tusschenpersoon met opdracht het afgegevene aan een lasthebber van den dader te overhandigen; dat derhalve door bij het “doen afgeven”, als in de bewezenverklaring vermeld, art. 326 Sr. toepasselijk te verklaren, dit artikel niet is geschonden (...).”

Uit laatstgenoemd arrest komt al min of meer naar voren dat ook niet is vereist dat het goed wordt afgegeven aan de dader zelf. De Hoge Raad had reeds in die zin beslist in een arrest van 24 juli 1928.¹⁹¹ Vier jaren later besliste de Hoge Raad zelfs dat niet is vereist dat het goed in de macht van de dader komt.¹⁹² Dat is inmiddels vaste jurisprudentie, hetgeen duidelijk volgt uit de volgende zaak, die speelde in de jaren tachtig van de vorige eeuw.¹⁹³ De verdachte had samen met twee andere mannen het plan opgevat iemand te beroven. Ter verwezenlijking van dat plan grepen zij in recreatiegebied De Groene Ster in Tietsjerk een man vast, bedreigden hem met een mes en sommeerden hem zijn geld af te geven. De man voelde daar echter niets voor en wierp zijn portemonnee met een grote boog in de struiken. Terwijl de twee andere mannen tevergeefs zochten naar de portemonnee, werd de man door de verdachte bedreigd. De verdachte bekende de feiten grotendeels. Zijn verklaringen werden ondersteund en bevestigd door de verklaringen van het slachtoffer. Aan de verdachte werd primair diefstal met (bedreiging met) geweld door twee of meer verenigde personen tenlastegelegd, subsidiair afpersing door twee of meer verenigde personen en meer subsidiair poging tot afpersing van twee of meer verenigde personen. De rechtbank te Leeuwarden had de verdachte wegens de meer subsidiair ten laste gelegde poging tot afpersing door twee of meer verenigde personen veroordeeld tot een gevangenisstraf van een jaar. De Officier van Justitie en de verdachte gingen tegen dit vonnis in hoger beroep. Het Hof Leeuwarden sprak de verdachte vervolgens vrij van de gehele tenlastelegging. Het hof overwoog daaromtrent als volgt:

“In het licht van het meer subs. ten laste gelegde – waarin de omstandigheid dat de beurs niet aan verdachte of zijn mededader(s) is afgegeven, als omstandigheid wordt aangemerkt waardoor de ten laste gelegde afpersing niet is voltooid – vormt de subs. ten laste gelegde omstandigheid, dat de beurs is afgegeven aan hen/hem verdachte(n), een essentieel onderdeel van het subs. ten laste gelegde. Dat subs. ten laste gelegde is niet wettig en overtuigend bewezen, met name

191 HR 24 juli 1928, *NJ* 1929/222. Zie ook reeds 27 augustus 1900, *W* 7486.

192 HR 23 maart 1931, *NJ* 1932/1547.

193 HR 25 februari 1986, *NJ* 1986/768.

niet omdat H. van der Meer (VS: het slachtoffer), zoals blijkt uit diens verklaring als getuige ter 's hofs terechtzitting, zijn beurs niet heeft afgegeven aan hen/hem verdachte(n), doch – daartoe met geweld en bedreiging met geweld gedwongen door verdachte en/of zijn mededader(s) zijn beurs uit zijn broekzak heeft gehaald en vervolgens – in de struiken heeft gegooid.

Waar, meer subs. poging tot afpersing is ten laste gelegd, doch de afpersing was voltooid, doordat de beurs uit de macht van H. van der Meer is geraakt toen deze, daartoe met geweld en bedreiging met geweld gedwongen door verdachte en/of zijn mededader(s), uit zijn broekzak heeft gehaald en vervolgens in de struiken heeft gegooid, kan het meer subs. ten laste gelegde evenmin worden bewezen.”

Een technische vrijspraak. Volgens het hof is een essentieel onderdeel van het subsidiair ten laste gelegde dat de beurs is afgegeven aan de verdachte en/of zijn mededaders. Nu dat essentiële onderdeel niet bewezen kan worden – het slachtoffer heeft immers zelf verklaard dat hij zijn beurs in de struiken heeft gegooid – is het hof van oordeel dat vrijspraak moet volgen. De meer subsidiair ten laste gelegde poging tot afpersing door twee of meer verenigde personen kan volgens het hof niet bewezen worden omdat de afpersing reeds was voltooid doordat de beurs uit de macht van het slachtoffer raakte toen deze hem in de struiken gooide. Tegen deze uitspraak heeft de Advocaat-Generaal bij het hof, voor zover het betref de vrijspraak van het subsidiair en meer subsidiair ten laste gelegde, beroep in cassatie ingesteld. De Hoge Raad is van oordeel dat de door het hof gegeven uitleg van het subsidiair ten laste gelegde niet onverenigbaar is met de bewoordingen daarvan en in cassatie moet worden geëerbiedigd. Met betrekking tot het meer subsidiair ten laste gelegde overweegt de Hoge Raad dat het hof het begrip 'afgifte' juist heeft opgevat, dat wil zeggen dat de afgifte inderdaad voltooid was op het moment dat de beurs uit de macht van het slachtoffer raakte doordat deze hem in de struiken wierp. Dat betekende dat de verdachte aan zijn straf ontkwam. Ik veronderstel dat de Hoge Raad zich in deze zaak beperkt voelde door de door het hof gegeven uitleg van de tenlastelegging. Met Advocaat-Generaal Leijten en annotator Van Veen ben ik van mening dat de uitkomst van deze zaak in feitelijke aanleg ook anders had kunnen zijn.

Opmerkenswaardig is verder dat bewegen tot afgifte ook kan geschieden door een middel dat niet rechtstreeks wordt aangewend tegenover de rechthebbende op het goed, maar tegenover een tussenpersoon. Dan is wel vereist dat slechts het opzet om van de rechthebbende afgifte te verkrijgen en het oorzakelijk verband tussen het middel en de afgifte

vaststaan.¹⁹⁴ Tot slot moet worden opgemerkt dat niet van belang is hoe lang het goed uit handen is gegeven. Zo maakt bijvoorbeeld de intrekking van een reeds afgegeven postwissel de afgifte niet ongedaan¹⁹⁵ en kan afgifte ook bestaan uit het slechts ter inzage afstaan van een brief.¹⁹⁶

In het voorafgaande is met name besproken wat niet vereist is voor afgifte. In het zojuist genoemde arrest van de Hoge Raad van 25 februari 1986 komt echter ook een positief vereiste voor afgifte naar voren: voor afgifte is vereist dat het goed uit de macht van het slachtoffer raakt. Ook dat is sinds lange tijd vaste jurisprudentie¹⁹⁷ en kwam nog eens duidelijk naar voren in een arrest van de Hoge Raad van 13 juni 1995.¹⁹⁸ De verdachte en twee andere mannen beroofden op een nacht in januari 1993 bij een lift in de flat Hogevecht in Amsterdam met geweld, onder bedreiging met een mes en met hun numerieke overmacht ene Vlietman van een geldbedrag en een betaalpasje. Ze dwongen hem vervolgens zijn pincode aan hen kenbaar te maken. Het hof verklaarde bewezen dat de verdachte met anderen Vlietman heeft gedwongen tot afgifte van de pincode van een betaalpasje, hetgeen volgens het hof gekwalificeerd moest worden als afpersing door twee of meer verenigde personen. Tegen deze uitspraak heeft de verdachte beroep in cassatie ingesteld. In cassatie werd de vraag aan de orde gesteld of, als de houder van een pincode wordt gedwongen die pincode te noemen aan degenen die hem daartoe met geweld bedreigen of geweld op hem toepassen, sprake is van 'afgifte van enig goed' als bedoeld in art. 317 Sr. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag ontkennend. Het (onvrijwillig) noemen van een pincode kan niet worden aangemerkt als 'afgifte' in de zin van art. 317 Sr. Daarvan kan immers slechts worden gesproken indien door die afgifte de afgever de beschikking over het afgegevene verliest, hetgeen uiteraard bij het noemen van een pincode niet het geval is.¹⁹⁹ De

194 Vgl. HR 18 juni 1968, *NJ* 1969/70 m.nt. Enschedé.

195 HR 27 augustus 1900, *W* 7486.

196 HR 21 februari 1938, *NJ* 1938/929 m.nt. Pompe.

197 Vgl. bijv. HR 17 januari 1921, *NJ* 1921/315 (m.b.t. art. 317 Sr) en HR 23 maart 1931, *NJ* 1932/1547 (m.b.t. art. 326 Sr).

198 HR 13 juni 1995, *NJ* 1995/635.

199 Voorts overwoog de Hoge Raad dat de in de geest van een persoon opgeslagen bekendheid met de bij zijn betaalpas behorende cijfercombinatie niet kan worden aangemerkt als een 'goed' in de zin van art. 317 Sr. Ook om die reden kon geen sprake zijn van afpersing van enig goed. Art. 317 Sr is sinds 1 maart 1993 overigens tot tweemaal toe gewijzigd. Vanaf 1 maart 1993 was in art. 317 Sr ook het iemand dwingen tot het ter beschikking stellen van gegevens met geldswaarde in

Hoge Raad kon in deze zaak de kwalificatie zelf verbeteren. Het bewezen-verklaarde werd gekwalificeerd als “een ander door geweld en bedreiging met geweld, gericht tegen die ander, wederrechtelijk dwingen iets te doen, terwijl het feit wordt gepleegd door twee of meer verenigde personen”, zoals strafbaar gesteld bij art. 284 Sr.

Opgemerkt moet worden dat onder omstandigheden ook het toelaten van wegnemen kan worden begrepen onder ‘afgifte’. Daarvoor lijkt wel vereist dat wordt ingestemd met het wegnemen, anders is er geen sprake van een voltooide afgifte. In dergelijke gevallen komt de feitenrechter enige vrijheid toe om bepaalde gedragingen ofwel als ‘wegnemen’ als bedoeld in art. 310 en 312 Sr, ofwel als ‘afgifte’ in de zin van art. 317 en 326 Sr te kwalificeren.²⁰⁰ Op deze overlap tussen enerzijds diefstal (met geweld) en anderzijds afpersing en oplichting wordt in het volgende hoofdstuk nader ingegaan.

3.4.4 Conclusies over afgifte

Zowel de Commissie De Wal als de regering heeft er wat het delict afpersing betreft blijk van gegeven het belangrijk te vinden het onderscheid met diefstal (met geweld) duidelijk te laten uitkomen. De Commissie vond dat dat onderscheid duidelijk werd gemaakt door afpersing in een afzonderlijke titel onder te brengen. De regering vond op haar beurt dat art. 344 O.R.O. (art. 317 Sr) het onderscheid duidelijk deed uitkomen. Specifieker is de wetsgeschiedenis op dit punt niet. Over de afgrenzing tussen het delict oplichting en de andere vermogensdelicten is in de wetsgeschiedenis niets terug te vinden. Een mogelijke verklaring daarvoor zou kunnen zijn dat oplichting werd gezien als een andersoortig delict dan diefstal, verduistering en afpersing.

Afpersing en oplichting eisen allebei de afgifte van enig goed. Dat is een constitutief vereiste. De middelen waarmee die afgifte wordt bewerkstelligd onderscheiden de delicten van elkaar. Het bestanddeel ‘afgifte’ heeft nooit tot veel problemen geleid. In de rechtspraak is vooral uitgelegd

het handelsverkeer strafbaar gesteld, vgl. de Wet computercriminaliteit (Stb. 1993, 33). Het ging hierbij om gegevens die in het economische verkeer verhandelbaar zijn (Kamerstukken II 1989/90, 21 551, nr. 3, p. 5 en 8). Een pincode valt wel onder het begrip ‘gegeven’, maar heeft als zodanig geen geldswaarde in het handelsverkeer. Om te bewerkstelligen dat ook het ter beschikking stellen van een pincode onder de reikwijdte van art. 317 zou vallen is door de Wet fraude niet-chartaal geldverkeer (Stb. 2004, 180) de zinsnede ‘met geldswaarde in het handelsverkeer’ geschrapt.

200 Vgl. bijv. HR 20 december 1988, NJ 1989/683; HR 17 mei 1994, NJ 1995/46; en HR 2 juni 2009, ECLI:NL:HR2009:BH5232, NJ 2009/281.

wat niet nodig is voor afgifte: het is niet nodig dat iemand door de afgifte wordt benadeeld, het goed hoeft niet toe te behoren aan de afgever, de afgifte hoeft niet te geschieden door degene die wordt bewogen of gedwongen, het middel hoeft niet rechtstreeks te worden aangewend tegenover degene die het goed afgeeft en het goed hoeft niet te worden afgegeven aan de dader. Het is zelfs niet nodig dat het goed in de macht van de dader komt. Voorts kan ook het toelaten van wegnemen worden begrepen onder 'afgifte'.

Wil van afgifte sprake zijn, dan is nodig dat het goed uit de macht van het slachtoffer is geraakt. Dat is het enige positieve vereiste dat terug te vinden is in de jurisprudentie.

3.5 Slotbeschouwing

Uit de wetsgeschiedenis van de vermogensdelicten blijkt dat de wetgever er groot belang aan hechtte de vermogensdelicten scherp van elkaar te onderscheiden. Het verschil tussen de delicten is gelegen in de strafbaar gestelde handelingen. Bij diefstal is dat het wegnemen van een goed van een ander, bij verduistering het toe-eigenen van een goed dat men al onder zich heeft en bij afpersing en oplichting het bewegen tot afgifte van een goed. De vermogensdelicten hebben zich in de loop der tijd ontwikkeld van delicten die strekken tot bescherming van eigendom naar delicten die strekken tot bescherming van bezit.

In de rechtspraak werden de vermogensdelicten al snel na de invoering van het Wetboek van Strafrecht vrij functioneel uitgelegd. Dat leidde tot verschuiving en vervloeiing van grenzen. De wens van de wetgever om de vermogensdelicten scherp van elkaar te onderscheiden verdween daarbij naar de achtergrond. De uitleg van het bestanddeel 'wegnemen' illustreert dat goed. Aanvankelijk was voor 'wegnemen' het enkele verplaatsen van een goed voldoende, maar al vrij snel werd geëist dat de dader zich de feitelijke heerschappij over het goed had verschaft of het goed aan de feitelijke heerschappij van de rechthebbende had onttrokken. Dat duidt niet zozeer op het verrichten van een handeling, maar meer op het veroorzaken van een gevolg. Daarbij valt op dat de te veroorzaken gevolgen van de onderscheidenlijke vermogensdelicten (deels) grote overeenkomsten vertonen. Het komt er in een groot deel van de gevallen op neer dat de dader zich de heerschappij over een goed heeft verschaft of het goed aan de heerschappij van de rechthebbende heeft onttrokken. De vermogensdelicten zijn aldus van delicten met vooral formele trekken veranderd in delicten met vooral materiële trekken.

HOOFDSTUK 4

OVERLAPPINGEN EN GRENSGEVALLEN

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk zijn vier belangrijke vermogensdelicten besproken, namelijk diefstal, afpersing, verduistering en oplichting. Zo op het eerste gezicht lijken de verschillende hiervoor besproken vermogensdelicten scherp van elkaar te moeten worden onderscheiden. Dat was ook de bedoeling van de wetgever. De verschillende delicten lijken hun bestaansrecht te ontleen aan hun onderlinge grenzen. Bij de totstandkoming van die bepalingen heeft blijkbaar niemand zich er rekenschap van gegeven dat er overgangsgevallen zijn tussen wegnemen en het zich toe-eigenen van een goed dat de dader reeds onder zich heeft en het geval dat de zaak door de eigenaar, bezitter of houder min of meer vrijwillig wordt afgegeven, aldus Van Bemmelen.¹ In dit hoofdstuk worden gevallen besproken die zich afspelen op de grenzen van de delicten. Daarbij zal blijken dat de voorstelling van zaken van de wetgever een te simpele was.

4.2 Diefstal en verduistering

Het verschil tussen diefstal en verduistering is, zoals in het vorige hoofdstuk aan de orde is gekomen, gelegen in de delictshandeling. Diefstal wordt gepleegd door het wegnemen van het voorwerp met het oogmerk om het zich toe te eigenen, terwijl bij verduistering de strafbare handeling is gelegen in het zich toe-eigenen zelf, nadat de verdachte dat voorwerp anders dan door misdrijf onder zich heeft gekregen. In hoofdstuk 3 is geconcludeerd dat de Hoge Raad al vrij snel na de inwerkingtreding van het huidige Wetboek van Strafrecht besliste dat voor wegnemen is vereist dat de verdachte de feitelijke heerschappij over het goed verkrijgt. Later oordeelde de Hoge Raad dat de wegneming ook is voltooid in gevallen waarin de rechthebbende de feitelijke heerschappij over een goed heeft verloren. Wat betreft het bestanddeel 'onder zich hebben' in het verduisteringsartikel lijkt – zo bleek in hoofdstuk 3 – de wetsgeschiedenis

1 Van Bemmelen & Van Hattum 1954, p. 274.

steun te bieden aan de opvatting dat dat eenzelfde toestand is als de toestand die ontstaat nadat iemand een goed heeft weggenomen. De regering heeft in het verduisteringsartikel immers bewust gekozen voor de toevoeging 'anders dan door misdrijf', zodat de dief zich op het moment van toe-eigening niet ook aan verduistering schuldig zou maken. De Hoge Raad oordeelde in 1901 dat het verschil tussen diefstal en verduistering wordt bepaald door het antwoord op de vraag wie de feitelijke heerschappij over het goed had, in die zin dat diefstal niet mogelijk was van goederen die al onder de feitelijke heerschappij van de verdachte zijn. Inmiddels is vaste jurisprudentie dat een bloot feitelijke machtsverhouding niet steeds voldoende is voor 'onder zich hebben'. Van 'onder zich hebben' is in ieder geval wel sprake als de goederen aan de verdachte waren toevertrouwd of als sprake is van een rechtsverhouding waaruit noodzakelijk voortvloeit dat de verdachte de goederen onder zich had. Reeds de verschillen in de formulering van de criteria doen de vraag rijzen hoe 'wegnemen' en 'onder zich hebben' zich thans tot elkaar verhouden. Zo op het eerste gezicht lijken de eisen die aan 'onder zich hebben' worden gesteld in de loop der tijd strenger te zijn geworden en niet meer aan te sluiten bij de eisen die aan 'wegnemen' worden gesteld. Als onderscheidend criterium kan – zo lijkt het – immers niet meer worden gebruikt wie de feitelijke heerschappij over het desbetreffende goed had. Of leiden de verschillende vormen van onder zich hebben – het toevertrouwd zijn, de rechtsverhouding waaruit het onder zich hebben noodzakelijk voortvloeit en de bloot feitelijke machtsverhouding – allemaal tot eenzelfde feitelijke heerschappij, waarbij de bloot feitelijke machtsverhouding dan als een soort vangnet fungeert? In het onderstaande wordt de grens tussen diefstal en verduistering verkend aan de hand van drie vaak voorkomende gevallen, te weten 1) het wegnemen dan wel toe-eigenen van goederen die zich in in bewaring gegeven afgesloten voorwerpen bevinden, 2) Funddiebstahl en 3) het wegnemen dan wel toe-eigenen van goederen in zelfbedieningssituaties.

De inhoud van in bewaring gegeven voorwerpen

In vooral de literatuur uit de eerste helft van de twintigste eeuw heeft zich een discussie voorgedaan over de vraag of het zich toe-eigenen van goederen die zich in een in bewaring gegeven gesloten kist bevinden diefstal dan wel verduistering oplevert. Simons stelde zich op het standpunt dat zich bij bewaargeving van een gesloten kist of trommel ook de inhoud onder de feitelijke macht van de bewaarnemer bevindt en toe-eigening daarvan

verduistering is, niet diefstal.² Blok was het hier tot op zekere hoogte mee eens en kon zich dan ook niet vinden in de uitspraak van de Hoge Raad van 8 juni 1914³ betreffende een hoofdconducteur-pakmeester die uit een gesloten handkoffer een tulband had weggenomen. De Hoge Raad oordeelde dat terecht diefstal van de tulband was aangenomen:

“dat al moge uit hetgeen in deze is gebleken ook de gevolgtrekking kunnen worden gemaakt, dat de beklaagde in zijne gemelde hoedanigheid den koffer tijdens het vervoer in den zin van art. 321 onder zich had, terecht door het Hof is beslist, dat dit niet gezegd kan worden van hetgeen zich in dien koffer bevond, nu deze met een slot was gesloten, waarvan de sleutel niet in het bezit van den beklaagde was”;

“dat toch het begrip “onder zich hebben” in dit artikel medebrengt, dat de dader dit goed als zoodanig “in zijn macht heeft”, daarover “dadelijk als heer en meester kan beschikken”, kortom daartoe staat in onmiddellijke verhouding”;

“dat zoodanige feitelijke verhouding nu wel bestond tusschen den beklaagde en den koffer, doch niet tusschen hem en hetgeen in dien koffer was geborgen, wijl hij daartoe eerst in feitelijke verhouding heeft kunnen komen, nadat hij den koffer op ongeoorloofde wijze had geopend.”

De enige vraag die hier te beantwoorden was, komt er volgens Blok op neer of de pakmeester in de gelegenheid was om ongestoord over de tulband te beschikken.⁴ Het antwoord daarop moet volgens hem bevestigend luiden, hetgeen tot de conclusie leidt dat in dergelijke gevallen sprake is van verduistering.⁵

Langemeijer komt via een andere weg tot dezelfde conclusie. Het komt hem voor dat men, beweerende dat de houder van een gesloten kist de inhoud niet onder zich heeft omdat hij zonder braak of valse sleutels er niet bij komen kan, de detentie verwacht met de mogelijkheid om op elke wijze over de inhoud te beschikken. De houder zal bijvoorbeeld de inhoud

2 Simons 1907, p. 71. In zijn handboek uit 1929 was hij iets voorzichtiger: “Bij bewaargeving van een gesloten kist of trommel kan het twijfelachtig zijn bij wien de feitelijke heerschappij is over den inhoud; m.i. pleit er, althans in vele gevallen, het meest voor aan te nemen, dat die niet is bij den bewaargever, die rechtens de gelegenheid mist om tot de kist of tot de trommel te naderen en dus de feitelijke macht over den inhoud verloren heeft, doch veeleer bij den bewaarnemer, ook al moet deze om haar uit te oefenen eerst de sluiting verbreken. De bewaarnemer heeft dus ook den inhoud onder zich en derhalve is toeëigening daarvan door hem verduistering, niet diefstal”, vgl. Simons 1929, p. 85.

3 HR 8 juni 1914, W 9662.

4 Vgl. de definitie die Blok van ‘onder zich hebben’ geeft, zie hoofdstuk 3.

5 Blok 1915, p. 383-385.

pas kunnen gebruiken of verdelen na zich toegang tot het inwendige van de omsluiting te hebben verschaft, maar dit sluit niet uit dat hij over de inhoud kan beschikken.⁶ Ook volgens Langemeijer is in dergelijke gevallen dus sprake van verduistering. Voornoemde schrijvers hadden de rechtspraak echter niet aan hun zijde. Volgens de Hoge Raad in de jaren '10 van de vorige eeuw bracht 'onder zich hebben' mee dat de dader tot het goed staat in een onmiddellijke feitelijke verhouding. Daarvan is geen sprake ten aanzien van goederen die zich in een gesloten kist bevinden. Wederrechtelijke toe-eigening na openbreken van de kist is diefstal, niet verduistering.⁷

Van Bemmelen sluit zich kennelijk aan bij de rechtspraak en is het dan ook niet eens met Langemeijer. Volgens Van Bemmelen heeft iemand iets niet onder zich zolang er nog een barrière te overwinnen is, dus zolang op een of andere manier de eigenaar of bezitter de houder verhindert om bij de zaak te komen. Van Bemmelen is het dus niet eens met het oordeel van Blok over het arrest inzake de pakmeester. Blok vraagt zich af of de pakmeester in de gelegenheid was ongestoord over de tulband te beschikken en beantwoordt die vraag vervolgens bevestigend. Van Bemmelen vindt echter dat die vraag ontkenkend beantwoord moet worden. Het slot op de koffer stoorde de beschikingsmogelijkheid. Die storing mag zeer gering zijn, maar het is een storing van de feitelijke machtsverhouding. Volgens Van Bemmelen heeft degene die een kist of portefeuille in bewaring heeft, deze onder zich, maar geldt dat niet voor de inhoud daarvan. Als de bewaarnemer de kist of portefeuille verkoopt of weggeeft zonder deze te openen – dus met inhoud – verduistert de dader de kist of de portefeuille, maar de inhoud steelt hij. Degene, die een gesloten kist in bewaring heeft, kan over de inhoud niet beschikken zonder dat hij of een ander die kist opent. Indien de bewaarnemer van de met een slot afgesloten kist, die kist met inhoud wegschenkt of verkoopt, moeten hij en degene die de kist krijgt zelfs nog maar afwachten of de inhoud aan hun verwachting beantwoordt, tenzij zij weten wat erin zit. Maar zelfs in het laatste geval pleegt degene die de kist opent diefstal met verbreking. Is degene die de kist krijgt en opent te goeder trouw, dan doet de oorspronkelijke bewaarnemer van de kist door de verkrijger diefstal plegen van de inhoud. De bewaarnemer van de gesloten kist of portefeuille heeft de inhoud nimmer

6 Noyon-Langemeijer 1954, p. 402.

7 Vgl. HR 8 juni 1914, *NJ* 1914, 947, HR 5 juni 1916, *W* 9979 en HR 31 december 1917, *NJ* 1918, 138. Zie ook HR 25 juni 1946, *NJ* 1947, 131.

onder zich gehad.⁸ R Emmelink en Machielse menen net als Van Bemmelen, maar anders dan Noyon en Langemeijer, dat de houder van de kist, als hij zich geen toegang tot de inhoud kan verschaffen, tenzij door middel van verbreking of valse sleutels, nog niet over de inhoud van de kist kan beschikken. Het wegnemen van het goed onder deze omstandigheden levert diefstal op. Zij wijzen erop dat de Hoge Raad in 1914 ook in deze geest oordeelde in het (voornoemde) tulband-arrest, maar maken de kanttekening dat wel bedacht moet worden dat de Hoge Raad in 1914 nog erg hechtte aan een feitelijke machtsverhouding als criterium voor het 'onder zich hebben' en dat nadien het 'toevertrouwd zijn' op de voorgrond is gekomen. Niet ondenkbaar is, aldus Machielse, dat de Hoge Raad thans genoeg neemt met een veroordeling voor verduistering.⁹ Ter ondersteuning van die stelling verwijst hij naar een uitspraak van de Hoge Raad van 17 januari 1995.^{10 11} Die zaak betrof een medewerker van een supermarkt die opdracht had samen met een collega geldcassettes inhoudende – naar hij wist – de dagopbrengst van de supermarkt naar de bank te brengen. Hij noch zijn collega beschikte over een sleutel van de cassettes. Ze waren niet gerechtigd de cassettes te openen. De verdachte heeft de cassettes niet bij de bank gedeponereerd maar in plaats daarvan – zonder deze te openen – afgegeven aan een medeverdachte. Het hof veroordeelde de verdachte wegens verduistering van het aan de supermarkt toebehorende geld dat zich in de cassettes bevond. In cassatie werd geklaagd dat de verdachte slechts de cassettes met een voor hem onbekende inhoud onder zich had, en niet het geld. De Hoge Raad overwoog dat het hof klaarblijkelijk heeft geoordeeld dat de verdachte aan wie die geldcassettes waren toevertrouwd, niet alleen die cassettes maar ook de inhoud daarvan onder zich had in de zin van art. 321 Sr en dat daaraan niet afdoet dat de verdachte niet in het bezit was van de sleutels van die cassettes. Dat oordeel, waarin besloten ligt het juiste oordeel van het hof dat

8 Van Bemmelen & Van Hattum 1954, p. 309. Vgl. ook Enschedé 1971, p. 16. Er zijn overigens nog veel meer casusposities denkbaar. Wat als de dief de gestolen kluis pas later, thuis, openbreekt? Vindt de diefstal van de inhoud dan op dat latere tijdstip plaats? En wat als de dief aan het openbreken niet toekomt? Of zou dan toch sprake zijn van diefstal van de inhoud omdat die inhoud uit de macht van de eigenaar is geraakt?

9 Maar een veroordeling wegens diefstal lijkt mij zeker niet uitgesloten. Ook het standpunt dat wie een afgesloten kist – zonder sleutel – in bewaring geeft, de inhoud ervan juist niet toevertrouwt aan de bewaarnemer lijkt mij goed verdedigbaar.

10 Noyon-Langemeijer/Remmelink, art. 321, aantekening 5 (online, bijgewerkt tot 1 juli 2006).

11 HR 17 januari 1995, NJ 1995/373.

de aan het verweer ten grondslag liggende opvatting dat van 'onder zich hebben' in de zin van art. 321 en 322 Sr van de geldbedragen geen sprake kan zijn indien dat geld zich in afgesloten geldcassettes bevindt en de verdachte niet weet om welke bedragen het precies gaat in haar algemeenheid onjuist is, geeft geen blijk van een verkeerde rechtsopvatting, is niet onbegrijpelijk en kan in cassatie niet verder worden getoetst, aldus de Hoge Raad. Of deze discussie hiermee is beslecht, is maar de vraag. Machielse lijkt dat in ieder geval niet zo te zien. Het kan ook zo zijn dat sprake is van een casuïstische uitspraak, waarbij de gedachtegang mogelijk is geweest dat de enige functie van geldcassettes is om geld in afgesloten toestand te bewaren en dat wie geldcassettes aan een ander toevertrouwt daarmee ook zijn geld aan die ander toevertrouwt.

Funddiebstahl

Het tweede te bespreken grensgeval tussen diefstal en verduistering betreft de zogenoemde Funddiebstahl. Aan de hand van hetgeen in de (hiervoor in hoofdstuk 3 besproken) wetsgeschiedenis wat betreft diefstal en verduistering is terug te vinden over Funddiebstahl, blijkt reeds dat Van Bemmelen niet helemaal gelijk heeft wanneer hij – zoals hiervoor weergegeven – zegt dat bij de totstandkoming van de vermogensdelicten blijkbaar niemand heeft bedacht dat zich overgangsgevallen kunnen voordoen. De Commissie De Wal was van oordeel dat diefstal geen betrekking zou moeten hebben op res nullius, dat wil zeggen zaken die aan niemand toebehoren. Daarom is gekozen voor de uitdrukking 'eens anders goed', in plaats van 'eene hem niet toebehoorende zaak'.¹² De Commissie stelde zich op het standpunt dat de zogenaamde Funddiebstahl, dat wil zeggen het zich toe-eigenen van gevonden voorwerpen, onder verduistering moest worden begrepen.¹³ Later kwam het besef dat uit de woorden 'eens anders goed' in de voorgestelde diefstalbepaling afgeleid zou kunnen worden dat de Funddiebstahl toch onder diefstal zou moeten worden begrepen. De Commissie vond dat ten slotte unaniem een feitelijke kwestie. Indien in een geval van Funddiebstahl kan worden bewezen dat al op het moment van het wegnemen bij de dader het voornemen bestond om zich het voorwerp wederrechtelijk toe te eigenen, dan is sprake van diefstal. Zo niet, dan is sprake van verduistering.¹⁴ De regering sloot zich daarbij aan. Wat betreft de Funddiebstahl is naar aanleiding van het advies van de Raad van State in het Rapport aan de Koning duidelijk gemaakt dat het zich toe-eigenen of wegmaken van

12 Notulen Staatscommissie I, p. 383.

13 Notulen Staatscommissie I, p. 409.

14 Notulen Staatscommissie II, p. 462-463.

gevonden voorwerpen afhankelijk van de omstandigheden, dat wil zeggen afhankelijk van de vraag of het oogmerk direct bij het vinden is ontstaan of later, diefstal of verduistering zal opleveren.¹⁵ Die lijn is in de jurisprudentie gevolgd. Zo besliste de Hoge Raad in 1915 dat de koetsier die een voorwerp dat de eigenaar in een rijtuig had laten liggen, opneemt en pas later besluit het zich toe te eigenen, verduistering pleegt en geen diefstal.¹⁶ Ook degene die een identiteitskaart en kentekenbewijs vindt en deze gedurende een paar maanden onder zich houdt, pleegt – aldus de Hoge Raad in 2010 – verduistering.¹⁷ Dat geldt juist niet voor de verdachte die tijdens een vechtpartij tussen de voeten van de vechtende personen een portefeuille zag liggen waarvan hij wel vermoedde dat die niet van zijn vrienden was, daarmee wegliep, daaruit 100 gulden haalde en dit in zijn zak heeft gestoken. Volgens de Hoge Raad heeft het hof daaruit kunnen afleiden dat de verdachte toen hij die portefeuille opraapte, moet hebben beseft dat deze toebehoorde aan één van de personen met wie hij en zijn vrienden slaags waren geraakt en dat bij de verdachte van meet af aan de bedoeling heeft voorgezeten om zich die portefeuille toe te eigenen. De veroordeling wegens diefstal was volgens de Hoge Raad dan ook toereikend gemotiveerd.¹⁸

Wegnemen en zich toe-eigenen in zelfbedieningssituaties

Het laatste hier te bespreken geval dat zich afspeelt op de grens tussen diefstal en verduistering, ligt enigszins in het verlengde van het vorige en betreft het wegnemen dan wel zich toe-eigenen van goederen in zelfbedieningssituaties.¹⁹ Vaak wordt gezegd dat sprake is van diefstal als een verdachte in zo'n situatie een goed direct aan het zicht onttrekt door het bijvoorbeeld in zijn jaszak of een tas te verstoppen en dus van meet af aan blijkt geeft van een oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening. Als de verdachte het goed eerst in zijn winkelwagentje legt en pas later verbergt, wordt aangenomen dat hij het goed heeft verduisterd.²⁰ Enschedé schrijft dat degene die achter een patiënt aangaat die een vaas uit de wachtkamer van een arts heeft weggenomen en hem deze ontnemt, de vaas vervolgens 'onder zich heeft'. Ook degene die een gouden horloge op straat vindt en opraapt met de bedoeling het als gevonden voorwerp naar de politie te

15 Smidt II, p. 535. Zie ook Enschedé 1971, p. 16.

16 HR 15 november 1915, W 9878.

17 HR 29 juni 2010, NJ 2010/411.

18 HR 16 december 1997, zaaknr. 106.227 (niet gepubliceerd).

19 Vgl. ook Van Bemmelen/Van Veen 1990, p. 145-146.

20 Vgl. bijv. Noyon-Langemeijer/Remmelink, art. 310, aantekening 7 (online, bijgewerkt tot 15 mei 2015).

brenge, heeft dit horloge onder zich. Als hij zich onderweg bedenkt en het ten eigen bate bij de juwelier verkoopt begaat hij verduistering. Maar als hij reeds op het ogenblik dat hij het klokje op straat ziet liggen besluit het ten eigen bate te verkopen en het daarna opraapt, krijgt hij het niet onder zich, maar neemt hij het weg. Hij pleegt diefstal. Aldus kan men – volgens Enschedé – ook de vraag oplossen of oneerlijkheid in een zelfbedieningszaak diefstal of verduistering oplevert.²¹

De Hoge Raad oordeelde in 1959 dat diefstal of verduistering zich zal voordoen al naargelang het opzet tot wederrechtelijke toe-eigening reeds bij het wegnemen bestaat dan wel eerst opkomt nadat de dader het goed reeds enige tijd onder zich had zonder dat oogmerk. De verduistering – in dat geval van een goed in een zelfbedieningswinkel – kan voltooid zijn ook al heeft de verdachte de winkel nog niet verlaten en is hij de kassa nog niet gepasseerd, indien de toe-eigening, zoals in die zaak, gelet op de gebleken gedragingen van de verdachte als reeds vóór die tijd voltooid moet worden beschouwd.²² In 1966 oordeelde de Hoge Raad over een verdachte die bij de Bijenkorf in Amsterdam diverse goederen had meegenomen zonder te betalen. Zij had deze niet direct in haar boodschappentas gestopt, maar pas nadat zij ergens achter was gaan staan en wat schichtig om zich heen had gekeken. De boodschappen bedekte zij vervolgens met een shawl. Het hof had bewezenverklaard dat de verdachte bij het wegnemen van de goederen al het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening had. Mede op grond daarvan liet de Hoge Raad de veroordeling wegens diefstal in stand.²³ Dat de verdachte de kassa nog niet gepasseerd was, maakt niet dat geen sprake kan zijn van een voltooide diefstal.²⁴ En

21 Enschedé 1971, p. 15-16. Van Veen werpt de vraag op of het door zelfbediening geleverde goed nog aan de winkelier toebehoort zolang het niet aan de kassa is betaald, vgl. Van Bemmelen/Van Veen 1990, p. 145-146. Zie wat dat betreft het door hem genoemde HR 27 april 1965, *NJ* 1965/350. In die zaak oordeelde de Hoge Raad dat de door rekwirante ingenomen stelling dat – hoewel wat betreft het tijdstip waarop de levering geacht moet worden te zijn voltooid in zaken waarin geen zelfbediening wordt toegepast die levering meestal plaatsvindt na betaling van de koopprijs door de koper – in zelfbedieningszaken deze levering met toestemming van de verkoper door de klant zelf tot stand wordt gebracht voor de betaling, in haar algemeenheid niet kan worden aanvaard omdat omtrent de vraag van het tijdstip van de totstandkoming van de eigendomsoverdracht niet kan worden geoordeeld zonder dat daarbij in aanmerking worden genomen de uitdrukkelijk of stilzwijgend tussen partijen getroffen afspraken en hetgeen daaromtrent door het gebruik wordt bepaald. Dit punt laat ik verder rusten.

22 HR 2 juni 1959, *NJ* 1960/115.

23 HR 14 juni 1966, *NJ* 1967/440.

24 HR 27 oktober 1998, *NJB* 1998, nr. 138, p. 2005, HR 7 juni 2005, zaaknr. 02090/04 (niet gepubliceerd), HR 30 mei 2006, zaaknr. 01736/05 (niet gepubliceerd).

als eenmaal sprake is van een voltooide diefstal is er geen ruimte meer voor vrijwillige terugtred. Het eigener beweging weer ter beschikking stellen aan de rechthebbende van de goederen kan de verdachte op dat moment dus niet meer baten.²⁵

Een zelfbedieningssituatie laat zich ook indenken bij benzinepompen. In het arrest van het hof dat voorafging aan HR 15 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9233 overwoog het hof dat op grond van verdachtes feitelijke gedragingen en zijn verklaringen, als blijkende uit de gebezigde bewijsmiddelen, naar het oordeel van het hof onomstotelijk is komen vast te staan dat de verdachte zich heeft schuldig gemaakt aan diefstal van benzine. In het bijzonder heeft het hof hierbij acht geslagen op verdachtes eigen verklaringen voor zover inhoudende dat hij op de bedoelde dagen geen geld had, dat zijn benzine op was en dat hij de personenauto waarin hij reed bewust aan de buitenzijde van de desbetreffende tankstations parkeerde om direct na het tanken te kunnen weggrijden. Hieruit volgt dat de verdachte reeds voorafgaand aan het tanken van de benzine de beslissing had genomen die niet te betalen. Het hof vond de intentie van de verdachte vóór het tanken kennelijk relevant bij beantwoording van de vraag of sprake was van diefstal. Over dit oordeel werd in cassatie niet geklaagd, zodat de Hoge Raad zich hierover niet heeft uitgelaten.

Ook in de zaak die leidde tot HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9264 had het hof de verdachte wegens (benzine) diefstal veroordeeld. Het hof overwoog daartoe van oordeel te zijn dat het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening bij de verdachte al vóór het feitelijk tanken aanwezig was. Het hof leidde dat in het bijzonder af uit de verklaring van de verdachte dat hij geen inkomen had en ook niet in staat was de – betrekkelijk geringe – schade te vergoeden en wees in dit verband ook op de verklaring van de verdachte dat hij eerder voor een dergelijk feit met justitie in aanraking was gekomen en de omstandigheid dat het in casu om een reeks van gelijksoortige feiten gaat, hetgeen het naar het oordeel van het hof buitengewoon onwaarschijnlijk maakt dat verdachte telkens pas na het tanken het besluit nam zich de benzine toe te eigenen. In zijn conclusie vóór het arrest van de Hoge Raad merkt Advocaat-Generaal Knigge op dat de overweging van het hof kennelijk berust op de opvatting dat in gevallen waarin het besluit om niet te betalen pas ontstaat nadat is getankt, geen sprake is van diefstal maar van verduistering, aangezien de verdachte dan de benzine al (anders dan door misdrijf) onder zich heeft in de zin van art. 321 Sr. Of dat juist is, is een vraag die hij laat rusten omdat het voor

25 HR 27 oktober 1998, *NJB* 1998, nr. 138, p. 2005, HR 7 juni 2005, zaaknr. 02090/04 (niet gepubliceerd).

de beoordeling van het cassatiemiddel niet van belang was.²⁶ Ook de Hoge Raad sprak zich niet over deze vraag uit.

De opvatting van het hof lijkt aan te sluiten bij de opvatting van Sackers. Naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad van 9 maart 1982 – waarin de Hoge Raad oordeelde dat iemand, die als aspirant-koper van een auto de autosleutel en kentekenbewijzen in ontvangst neemt, daarop als bestuurder, samen met de verkoper een proefrit maakt en vervolgens aan de verkoper verzoekt uit te stappen aan welk verzoek gevolg wordt gegeven, de auto niet onder zich heeft in de zin van art. 321 Sr²⁷ – merkt Sackers op dat de uitkomst van deze zaak ook anders zou kunnen zijn geweest. Hij stelt dat het moment waarop zich het opzet vormt bij de verdachte bepalend is voor het antwoord op de vraag of sprake is van diefstal of verduistering. Er is – aldus Sackers – sprake van diefstal²⁸ zodra iemand reeds tevoren het plan bedenkt om de auto na de proefrit niet meer terug te brengen. Verduistering wordt het, zodra de aspirant-koper zich het gemak realiserend waarmee hij de auto meekreeg, tijdens de proefrit besluit de auto maar te houden. Hij heeft de auto die hem was toevertrouwd onder zich en het bestanddeel ‘anders dan door misdrijf verkregen’ is vervuld, omdat de verkrijgingshandeling geen misdrijf is.²⁹ De opvatting van Sackers berust in feite op een fysieke uitleg van ‘wegnemen’, waarin iedere spierkrachtelijke verplaatsing al weg-nemen oplevert. Zo bezien nam de verdachte de auto al weg toen hij met de proefrit begon, ook al zat de eigenaar naast hem.

De opvatting van Sackers lijkt mij niet zonder meer in alle gevallen juist. Het oogmerk van de verdachte kan van invloed zijn op de vraag of sprake is van diefstal. De verdachte die zich de feitelijke heerschappij over een goed verschafft of dit goed onttrekt aan de feitelijke heerschappij van de rechthebbende en daarbij het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening heeft, maakt zich immers schuldig aan diefstal. Maar een pas later opkomend oogmerk tot wederrechtelijke toe-eigening (gevolgd door een daadwerkelijke toe-eigening) maakt niet dat zonder meer sprake is van verduistering. Daarvoor is immers nodig dat de verdachte het goed ‘(anders

26 Mogelijk is Knigge van mening dat het wegnemen van de benzine pas is voltooid als de verdachte wegrijdt. Ook een pas na het tanken opkomend oogmerk maakt dan dat weggenomen (weggereden) is met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening.

27 HR 9 maart 1982, NJ 1982/573. Zie ook hoofdstuk 3.

28 Mogelijk van oplichting, maar het zich enkel voordoen als bonafide koper is geen valse hoedanigheid.

29 Vgl. Sackers 2000, p. 48.

dan door misdrijf) onder zich heeft', dat wil zeggen dat het goed aan de verdachte is toevertrouwd, dat sprake is van enige rechtsverhouding waaruit voortvloeit dat de verdachte het goed onder zich heeft of dat sprake is van een geval waarin een bloot feitelijke machtsverhouding daarvoor voldoende is. Ik begrijp de uitspraak uit 1982 aldus dat uit de in die zaak vastgestelde feiten (proefrit maken in een auto samen met verkoper, verkoper vragen parkeerplek vrij te houden en vervolgens wegrijden) niet kan worden afgeleid dat de auto de verdachte was toevertrouwd (of dat sprake was van een rechtsverhouding waaruit het onder zich hebben noodzakelijk voortvloeit). Het opzet van de verdachte kan daarop toch bezwaarlijk van invloed zijn. Zo bezien zal in dit geval juist nooit sprake kunnen zijn van verduistering.³⁰ In andere gevallen, bijvoorbeeld bij het lenen of huren van een goed, zal het weer moeilijk voorstelbaar zijn dat sprake is van diefstal. In dergelijke gevallen wordt het goed de verdachte hoe dan ook toevertrouwd, ook al heeft hij van meet af aan de bedoeling zich het goed toe te eigenen. Het goed zal hem al zijn toevertrouwd of er zal sprake zijn van een rechtsverhouding waaruit voortvloeit dat hij het goed onder zich heeft, voordat hij aan wegnemen toekomt.³¹

Wat betreft het wegnemen dan wel toe-eigenen van goederen in zelfbedieningssituaties geldt dan het volgende. Als de verdachte van meet af aan een oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening heeft en met dat oogmerk een goed uit een schap in de supermarkt pakt en in zijn jaszak stopt, maakt

30 Vgl. ook Hof Den Haag 17 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2001, NJ 2015, 387. In die zaak maakte de verdachte samen met zijn medeverdachte een proefvaart met een zeiljacht. De eigenaar van het jacht wilde dat een matroos mee zou varen. Naar het oordeel van het hof was de diefstal van het zeiljacht voltooid op het moment dat de verdachte en zijn medeverdachte het roer van de matroos hebben overgenomen. Immers, de verdachte en zijn medeverdachte hadden het oogmerk de boot te stelen en zij hebben zich als heer en meester gedragen door het roer van de matroos over te nemen en vervolgens te varen hoe zij wilden. Uit de aanwezigheid van de matroos, kennelijk om een oogje in het zeil te houden, kan mijns inziens inderdaad worden afgeleid dat het zeiljacht de verdachten niet was toevertrouwd. Het namens verdachte tegen deze uitspraak ingestelde cassatieberoep is door de Hoge Raad met toepassing van art. 81 RO verworpen, vgl. HR 26 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1349.

31 Steun voor deze opvatting vind ik in HR 7 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:32, NJ 2014/187 m.nt. Keijzer. De redenering van Sackers lijkt wel op te gaan bij het ontvreemden van goederen in bijvoorbeeld een supermarkt, vgl. HR 2 juni 1959, NJ 1960/115 en de eerdergenoemde Funddiebstahl (diefstal of verduistering van gevonden voorwerpen). In die lijn moet naar mijn mening ook de conclusie van Advocaat-Generaal Knigge vóór HR 31 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1972 worden begrepen.

hij zich schuldig aan diefstal. Hetzelfde geldt voor de verdachte die – met dezelfde boze intentie – het goed eerst in zijn wagentje legt om het later, buiten het zicht van de bewakingscamera's, in zijn jaszak te stoppen. Op het moment dat hij het goed in zijn jaszak stopt, raakt het uit de macht van de eigenaar. Als hij op dat moment het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening heeft, pleegt hij diefstal. Dat de verdachte op het moment dat hij de supermarkt betrad van plan was om te gaan stelen, is zo gezien eigenlijk irrelevant.

Of een later opkomend opzet maakt dat sprake is van verduistering, hangt af van het antwoord op de vraag of degene die in bijvoorbeeld een supermarkt goederen die hij wil aanschaffen en vol goede bedoelingen in zijn winkelwagentje legt, deze goederen vervolgens onder zich heeft. Uit HR 2 juni 1959, *NJ* 1960, 115 kan afgeleid worden dat de Hoge Raad toen van oordeel was dat het antwoord op die vraag bevestigend moet luiden. Het opzet van de verdachte heeft zo gezien vooral invloed op het bestanddeel 'anders dan door misdrijf'. Bij aanwezigheid van dat opzet van meet af aan zal dat bestanddeel niet meer kunnen worden vervuld en zal geen sprake meer kunnen zijn van verduistering. Komt dat opzet pas later op, dan kan dat leiden tot de conclusie dat sprake is van verduistering. Daarvoor is dan wel vereist dat ook aan de andere voorwaarden voor verduistering is voldaan. Bij de hiervoor besproken *Funddiebstahl* komt dat aspect niet expliciet aan de orde. Reden daarvoor is mijns inziens dat in die gevallen moet worden aangenomen dat de eerlijke vinder die goederen gelet op de art. 5:5 BW e.v. altijd onder zich heeft.

Blok wees er al op dat zich gevallen kunnen voordoen waarin wel vaststaat dat diefstal of verduistering is gepleegd, maar niet kan worden voorspeld welk van beide delicten de rechter zal aannemen.³² De hierboven behandelde grensgevallen illustreren dat. In de besproken jurisprudentie maakt de Hoge Raad geen principieel onderscheid tussen diefstal en verduistering. Hoe de bestanddelen 'wegnemen' en 'onder zich hebben' zich ten opzichte van elkaar verhouden is daaruit dan ook niet af te leiden. Ruim honderd

32 Blok 1915, p. 370. Blok wees er vervolgens op dat deze moeilijkheid te omzeilen is door een delictomschrijving op te stellen die zowel diefstal als verduistering omvat (al zag hij ook op dat punt ook wel wat bezwaren). Zie over deze oplossing verder hoofdstuk 5.

jaar jurisprudentie heeft niet voor een scherpe afgrenzing gezorgd.³³ Daarbij speelt onder meer een rol de meer functionele uitleg die ‘wegnemen’ en ‘onder zich hebben’ hebben gekregen, waardoor oude scheidslijnen zijn gaan verschuiven. Zo is het maar de vraag of de Hoge Raad tegenwoordig nog zal oordelen dat iemand die in een supermarkt goederen wil aanschaffen en deze vol goede bedoelingen in zijn winkelwagentje legt, deze goederen onder zich heeft. Wellicht kan thans verdedigd worden dat van ‘onder zich hebben’ geen sprake is, omdat het goed zich nog voortdurend onder het (camera)oog van de eigenaar bevindt en de klant daarmee slechts naar de kassa mag rijden. Zijn macht over het goed is dus zeer beperkt. Het standpunt van de Hoge Raad daaromtrent valt niet met zekerheid aan te geven. De beantwoording van de vraag of de verdachte een goed heeft weggenomen dan wel het goed anders dan door misdrijf onder zich had, is sterk afhankelijk van waarderingen van feitelijke aard, die maar in beperkte mate in cassatie toetsbaar zijn. De Hoge Raad laat de feitenrechter op dit punt dan ook veel ruimte en zijn arresten kunnen daarom ook maar in beperkte mate houvast bieden. Misschien kan gezegd worden dat de Hoge Raad in dit soort grensgevallen alleen casseert als de bewijsmiddelen tot een ander oordeel dwingen. Voor het overige lijkt de Hoge Raad zich vooral pragmatisch op te stellen.

4.3 Diefstal (met geweld) en afpersing

Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde kwam, wilde de Commissie De Wal aanvankelijk diefstal met geweld en afpersing in dezelfde afdeling behandelen.³⁴ Die samenvoeging vond men uiteindelijk wetenschappelijk niet aan te bevelen, al constateerde de Commissie wel dat de bewuste feiten in de praktijk vaak nauw aan elkaar grenzen. De Commissie dacht dat door de

33 Maar een grens is er wel, in die zin dat de delicten wel van elkaar moeten worden onderscheiden. Vgl. bijv. HR 13 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1096. Het Hof in die zaak had bewezenverklaard dat de verdachte met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening had weggenomen 2500 digitale camera's (...) welke goederen [betrokkene 1] uit hoofde van zijn persoonlijke dienstbetrekking als chauffeur onder zich had. Gelet op de kwalificatie had het Hof de tenlastelegging kennelijk aldus opgevat dat zij was toegesneden op art. 322 Sr. De Hoge Raad oordeelde daarom dat moet worden aangenomen dat het Hof in de voor de bewezenverklaring gebruikte tekst van de tenlastelegging kennelijk bij vergissing (i) niet heeft doorgehaald de woorden "met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening heeft weggenomen" en (ii) – na "als chauffeur onder zich had" – heeft doorgehaald de woorden "wederrechtelijk zich hebben toegeëigend". De Hoge Raad las – heel pragmatisch – de bewezenverklaring in die zin verbeterd.

34 Notulen Staatscommissie I, p. 402.

scheiding ook het begrip 'wegnemen' als vereiste voor diefstal duidelijker zou uitkomen.³⁵ Bij dat laatste sloot de regering zich blijkens de memorie van toelichting aan. Vergelijking van het afpersingsartikel met art. 312 Sr (diefstal met geweld) deed volgens de regering het onderscheid tussen diefstal met geweldpleging en afpersing duidelijk uitkomen. In art. 312 wordt gevorderd dat enig goed is weggenomen, art. 317 Sr daarentegen dat dwang tot afgifte heeft plaatsgehad.³⁶ In het ene geval is de wegneming vergezeld of voorafgegaan door geweld of bedreiging met geweld; in het andere is geweld het middel waardoor de afgifte wordt verkregen.³⁷ Aldus konden beide delicten in de ogen van de wetgever kennelijk redelijk scherp van elkaar worden afgegrensd. De praktijk laat echter een ander beeld zien. Met name bij gewelddadige overvallen doen zich grensgeval- len en overlappingen voor.

In de zaak die leidde tot HR 17 januari 1921, *NJ* 1921, 315 waren de verdachte en zijn medeverdachte de woning van ene mevrouw Boeke binnen-gedrongen. De medeverdachte had met geweld mevrouw Boeke op een bank geworpen, haar met zijn ene hand in bedwang gehouden en met zijn andere hand een revolver op haar gericht. Verder had hij tegen haar gezegd dat hij zou schieten als ze haar geld niet zou afgeven. Daarop heeft mevrouw Boeke een geldkistje tevoorschijn gehaald, op tafel gezet en geopend. De verdachte heeft ongeveer f 50,- uit dat kistje gepakt en toen zijn de verdachten er samen vandoor gegaan. Het hof bevestigde het vonnis van de rechtbank en veroordeelde de verdachte wegens de tenlastegelegde afpersing door twee of meer verenigde personen. In cassatie werd aangevoerd dat de bewezenverklaring niet kan voortvloeien uit de gebezigde bewijsmiddelen. Het uit het kistje nemen van het geld door de verdachte is geen uitvoeringshandeling van het strafbare feit meer, aldus de steller van het middel. Kanttekening daarbij is dat ten aanzien van medeplegen destijds gold dat iemand strafbaar zijn kon als medepleger wanneer hij met een ander het delict had beraamd en vervolgens rechtstreeks deelnam aan de verrichte uitvoeringshandelingen. Advocaat-Generaal Besier was van mening dat het middel zou moeten slagen. Hij vond dat voor medeplegen vereist is deelneming aan de materiële handeling, in dit geval het bewegen tot afgifte. De afgifte zelf behoort volgens de conclusie van de Advocaat-Generaal wel tot de bestanddelen van het strafbare feit, maar

35 Notulen Staatscommissie III, p. 286.

36 Ik merk op dat hier aldus wordt gekozen voor een afgrenzing door middel van formele delictsomschrijvingen. Vgl. hiervoor verder hoofdstuk 2.

37 Smidt II, p. 530.

niet tot de materiële handeling. Daarvan is zij slechts een gevolg. De Hoge Raad overwoog echter dat een van de bestanddelen van art. 317 Sr de afgifte van enig goed is, waarin besloten ligt dat de degene tegen wie het geweld wordt gepleegd of de bedreiging wordt geuit, de macht over het goed heeft verloren. Vervolgens oordeelde de Hoge Raad:

“dat de Rechtbank zonder met art. 317 Sr. in strijd te komen onder de hierboven weergegeven omstandigheden kon aannemen, gelijk zij klaarblijkelijk heeft aangenomen, dat genoemde Boeke de macht over het bedrag van f 60 eerst verloor, doordat requirant dat geld uit het kistje nam; dat hieruit volgt, dat requirant direct heeft medegewerkt tot het tot standkomen van het geheel van feiten, welke tezamen de afpersing opleveren (...).”

Mevrouw Boeke verloor volgens de Hoge Raad dus niet al de macht over het geld toen zij het kistje, door het op tafel te zetten, afgaf. Dan zou immers op dat moment reeds sprake zijn van een voltooide afpersing. Mevrouw Boeke verloor pas de macht over het geld doordat de verdachte het uit het kistje pakte, aldus de Hoge Raad. Dat lijkt een wegnemingshandeling, hetgeen in de richting van diefstal zou wijzen, maar de Hoge Raad beziet deze handeling in dit geval in samenhang met de reeds eerder gepleegde handelingen van de medeverdachte.

Ruim zestig jaar na de beroving van mevrouw Boeke werd de Rabobank in Haren (Noord-Brabant) overvallen. De verdachte en zijn mededaders hielden een bankemployé, Van Roosmalen, onder schot en riepen “Geld, Geld, mehr, mehr”, althans woorden van gelijke strekking, en dwongen hem tot afgifte van een hoeveelheid geld. Voor het bewijs bezigde het hof een verklaring van Van Roosmalen, die onder meer inhield dat Van Roosmalen en de twee overvallers naar het kantoorgedeelte van de bank en de aldaar aanwezige geldlade zijn gelopen en dat hij niet meer weet wie toen het geld uit de geldlade heeft gepakt. Volgens Van Roosmalen kan het zijn dat de overvallers dat gedaan hebben, maar het kan ook zijn dat hij het gedaan heeft. In een nadere bewijsoverweging overwoog het hof dat, ook al mochten de daders – zoals eventueel uit de gebezigde bewijsmiddelen kan worden afgeleid – zelf het desbetreffende geld uit de geldlade hebben weggenomen, het hof van oordeel is dat in casu sprake is van “afgeven” in de zin van art. 317 Sr, nu Van Roosmalen onder bedreiging met geweld is gedwongen zijn medewerking te verlenen om dit mogelijk te maken.

In cassatie wordt geklaagd dat er geen sprake is geweest van “afgeven” in de zin van art. 317 Sr, maar van “wegnemen” in de zin van art. 310 Sr. De Hoge Raad overweegt dat uit de verklaring van Van Roosmalen kan

worden afgeleid dat hij onder bedreiging met geweld heeft medegedeeld waar zich in de bank (meer) geld bevond en de geldlade onder de balie heeft aangeduid, waarna vervolgens die Van Roosmalen zelf, dan wel de verdachte en/of diens mededader geld uit die lade heeft of hebben gepakt. Volgens de Hoge Raad geeft het oordeel van het hof, inhoudende dat, ook al zou(den) de verdachte en/of diens mededader het geld uit de geldlade hebben weggenomen, onder deze omstandigheden sprake is van “afgeven” in de zin van art. 317 Sr, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.³⁸

In de zaak die leidde tot HR 28 januari 1992, *NJ* 1992/382 hadden de verdachte en zijn mededaders een overval op een supermarkt gepleegd waarbij zij de beschikking hadden over vuurwapens. Daarmee bedreigden zij de getuige Heijmans. Kennelijk hadden de verdachten Heijmans gedwongen toe te laten dat zij een geldbedrag wegnamen. In hoger beroep had de raadsman van de verdachte met een beroep op HR 20 december 1988, *NJ* 1989/683 betoogd dat het onder dwang gedogen van wegnemen gelijkgesteld moet worden aan afgeven, zodat diefstal met geweld nooit bewezen zou kunnen worden. Het hof veroordeelde de verdachte desondanks wegens de voortgezette handeling van diefstal met geweld in vereniging en afpersing in vereniging. Ten aanzien van voornoemd verweer overwoog het hof dat het feit dat onder bepaalde omstandigheden het gedogen van wegnemen gelijkgesteld kan worden aan afgeven niet medebrengt dat zulks dan ook steeds moet geschieden. Volgens het hof ontnemt dit feit aan de fysieke handeling van de dader niet het karakter van wegnemen. Derhalve kan onder deze omstandigheden het materiële feit zowel onder de strafbepaling van art. 312 Sr als onder die van 317 Sr worden gebracht en is het Openbaar Ministerie vrij in de keuze van het misdrijf dat het wil ten laste leggen. Naar aanleiding van een cassatiemiddel dat daarover klaagde oordeelde de Hoge Raad:

“Aldus heeft het hof – zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de term “wegnemen”, welke term in de telastelegging kennelijk in dezelfde zin is gebruikt als daaraan toekomt in art. 310 Sr – als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht – tot welk oordeel het heeft kunnen komen – dat het handelen van de verdachte zoals dat uit de gebezigde bewijsmiddelen en met name uit de verklaring van de getuige Heijmans blijkt, wegnemen in evenvermelde zin oplevert. Daaraan doet niet af, zoals het hof met juistheid heeft overwogen, dat onder

38 HR 20 december 1988, *NJ* 1989/683.

bepaalde omstandigheden het gedogen van wegnemen gelijk gesteld kan worden aan afgeven. Het oordeel omtrent de vraag of "wegnemen" dan wel "dwingen tot afgifte" bewezen kan worden verklaard is zozeer verweven met waarderungen van feitelijke aard dat het in cassatie slechts in beperkte mate kan worden getoetst."

Ook in 2006 deed zich weer een zaak voor over het onderscheid tussen "wegnemen" en "afgeven".³⁹ De verdachte en zijn mededader hadden afgesproken een jongen zijn weed af te pakken. Ze spraken af dat de medeverdachte daartoe een wapen mee zou nemen. De medeverdachte liep, met het pistool in zijn rechterhand rechtstreeks naar de jongen en riep: "Geld, weed, bankpasje, pincode!" Hij had het wapen op het hoofd van de jongen gezet. De jongen pakte uit de kast een bakje weed en zette dit op tafel. Vervolgens zei de medeverdachte tegen de jongen dat ze geld wilden hebben. De jongen stond op en liep weer in de richting van de kast. Hij pakte vanonder een boek geld en legde dit op tafel. Vervolgens vroeg de medeverdachte de jongen naar zijn pinpas en pincode. De jongen stond weer op, pakte zijn portemonnee en gaf zijn pinpasje aan de medeverdachte. De jongen scheurde vervolgens een stukje papier af en schreef hierop een code. De medeverdachte heeft de pinpas, de pincode en het geld in zijn jaszak gestopt. De jongen is bij de overval uiteindelijk om het leven gekomen. De verdachte werd vervolgd wegens het medeplegen van gekwalificeerde doodslag (art. 288 Sr). Volgens de tenlastelegging werd de doodslag gevolgd, vergezeld en/of voorafgegaan door diefstal met geweld van een of meer bankpasje(s), geld en/of hennep. Het hof sprak de verdachte vrij van de tenlastegelegde strafverzwarende omstandigheid en overwoog daartoe:

"Anders dan de steller van de tenlastelegging, de rechter in eerste aanleg en de advocaat-generaal, maar met de verdediging, is het hof van oordeel dat de feitelijke gedragingen van de verdachte en de mededader [medeverdachte 1] in de woning van het slachtoffer, voor zover die uit hun verklaringen kunnen blijken – opgemerkt wordt dat het hof voor wat betreft dit onderdeel van de tenlastelegging in het dossier geen andersluidende verklaringen heeft aangetroffen – medegelet op hun intentie, slechts geduid kunnen worden als afpersing (artikel 317 van het Wetboek van Strafrecht) en niet als diefstal met geweld (artikel 312 van dat wetboek). Naar het oordeel van het hof kan immers de voor diefstal karakteristieke eigenmachtige wegnemingshandeling van de dader uit de verklaringen van de verdachte en, meer in het bijzonder, de verklaring van [medeverdachte 1] niet worden afgeleid. Wel volgt uit laatstbedoelde verklaring dat het slachtoffer onder bedreiging met een vuurwapen is gedwongen een bakje weed, geld, zijn pinpasje

39 HR 2 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5232, NJ 2009/281.

en zijn pincode aan de verdachte en [medeverdachte 1] ter beschikking te stellen. Aangezien het slachtoffer de heerschappij over deze goederen onder dwang heeft prijsgegeven door deze op de tafel te leggen, waarna [medeverdachte 1] vrijelijk daarover kon beschikken en het geld en het briefje met de pincode in zijn jas kon stoppen, is naar het oordeel van het hof sprake van afpersing. Hieraan doet niet af dat uit de hiervoor weergegeven verklaring van [medeverdachte 1] niet blijkt dat het slachtoffer de weed, het geld en het briefje met de pincode ook daadwerkelijk aan hem, [medeverdachte 1], heeft afgegeven. "Afpersing" is echter niet ten laste gelegd. Bewijs, waaruit volgt dat de weed, het geld, de pinpas en de pincode door de verdachte en [medeverdachte 1] zijn weggenomen, is niet voorhanden, zodat niet bewezen kan worden dat de doodslag is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van diefstal met geweld. Derhalve moet vrijspraak volgen van het kwalificerende gedeelte van het onder 1 primair ten laste gelegde."

Het Openbaar Ministerie stelde beroep in cassatie in tegen deze uitspraak. De Hoge Raad stelt in zijn uitspraak vast dat het hof blijkens de motivering van de vrijspraak heeft vastgesteld dat: (i) het slachtoffer door de verdachte en zijn mededader onder bedreiging met een vuurwapen is gedwongen een bakje weed, geld, zijn pinpas en zijn pincode aan hen ter beschikking te stellen, (ii) het slachtoffer zijn pinpas aan de mededader heeft gegeven, (iii) het slachtoffer het bakje weed en het geld op tafel heeft gelegd, en (iv) de mededader het geld van de tafel heeft gepakt en in zijn jaszak heeft gestopt. De Hoge Raad stelt voorop:

"De vraag of bepaalde gedragingen "wegnemen" opleveren in het verband van art. 312 Sr of "afgifte" in de zin van art. 317 Sr, valt niet steeds ondubbelzinnig te beantwoorden. Er bestaat tussen de inhoud die aan beide begrippen toekomt geen scherpe grens. Zo kan onder bepaalde omstandigheden het gedogen van wegnemen zowel "wegnemen" als "afgifte" opleveren (vgl. HR 28 januari 1992, LJN AD1594, NJ 1992, 382).

Dat brengt mee dat in voorkomende gevallen aan de feitenrechter enige vrijheid toekomt om bepaalde gedragingen ofwel als "wegnemen", ofwel als "afgifte" in vorenbedoelde zin te kwalificeren."

De Raad oordeelt vervolgens dat het hof bij zijn oordeel, inhoudende dat de feitelijke gedragingen niet als "wegnemingshandelingen" kunnen worden aangemerkt, maar dat zij geen andere gevolgtrekking toelaten dan dat het slachtoffer is gedwongen tot "afgifte" van de desbetreffende goederen in de zin van art. 317 Sr, geen inzicht heeft gegeven in zijn gedachtegang. Indien het hof heeft miskend hetgeen hiervoor is vooropgesteld, heeft het blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Indien het daaraan niet heeft voorbijgezien, is zijn oordeel, gelet op het samenstel van de

betreffende gedragingen, meer in het bijzonder de hiervoor onder (iii) en (iv) genoemde gedragingen, niet zonder meer begrijpelijk." De Hoge Raad vernietigt daarom de bestreden uitspraak.⁴⁰

Voornoemde uitspraken hebben gemeen dat het afgeven van de goederen door de slachtoffers (gedeeltelijk) bestond uit het toelaten van wegnemen. De Hoge Raad accepteert deze vorm van afgeven al lang, zo laat de uitspraak uit 1921 zien. Ook in de literatuur werd – zoals wij in het vorige hoofdstuk zagen⁴¹ – al vrij snel na de inwerkingtreding van het huidige Wetboek van Strafrecht aangenomen dat het toelaten van wegnemen 'afgifte' kan opleveren. Blok stelt zich op het standpunt dat wanneer geweld wordt gepleegd om zich in het bezit van de zaak van een ander te stellen, art. 317 Sr toepasselijk zal zijn als degene tegen wie het geweld werd aangewend het goed overgeeft of tot het meenemen toestemming geeft, terwijl art. 312 Sr van toepassing zal zijn indien de dader het goed zonder toestemming meeneemt.⁴² Hij concludeert niet dat voor diefstal vereist is dat de dader voor het meenemen van het goed geen toestemming moet hebben gekregen van de rechthebbende, maar dat het meenemen van het goed met toestemming van de houder geen wegnemen in de zin van de wet is.⁴³

Ook Langemeijer wil het toestaan van wegnemen niet wegnemen in de zin van art. 310 Sr noemen. Wegnemen in de zin van art. 310 Sr is volgens Langemeijer altijd een eigenmachtige inbezitneming en de inbezitneming waartoe toestemming is verleend staat gelijk aan de afgifte van art. 317 Sr en art. 326 Sr.⁴⁴

Zo een strikt onderscheid maakt de Hoge Raad echter niet. Op grond van zijn arrest uit 1992 kan niet gezegd worden dat er geen grens bestaat tussen wegnemen en afgeven. De Hoge Raad onderscheidt in dat arrest beide handelingen wel van elkaar en pretendeert daarbij dat er een onderscheid is, zonder aan te geven waar de grens precies ligt. In 2009 lijkt de Hoge Raad met zo veel woorden overlap tussen wegnemen en afgeven te accepteren. Bepaalde handelingen kunnen zowel wegnemen als afgeven opleveren. Net als bij zaken die zich afspelen op de grens tussen

40 HR 2 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5232, NJ 2009/281. Na terugwijzing is het Hof wel tot een bewezenverklaring van diefstal gekomen, vgl. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 februari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL3459.

41 Vgl. paragraaf 3.2.2.

42 Blok 1915, p. 388-389.

43 Blok, 1915, p. 392.

44 Noyon-Langemeijer 1954, p. 355-356. Zie ook De Grooth 1920, p. 135.

diefstal en verduistering lijkt de Hoge Raad de feitenrechter hier veel ruimte te geven. Dat kan niet verrassend worden genoemd. Om, net als Blok en Langemeijer, op dit punt een onderscheid te maken tussen gevallen waarin wel en gevallen waarin geen toestemming tot wegnemen is gegeven, lijkt weinig praktisch. Van werkelijke toestemming zal zelden tot nooit sprake zijn en een dergelijk onderscheid zal tot weinig bevredigende discussies in de rechtszaal leiden. Bij het vorenstaande moet wel de kanttekening worden gemaakt dat de vrijheid die de Hoge Raad de feitenrechter lijkt te geven in die zin beperkt is dat er vrijheid is om het een of het ander bewezen te verklaren, maar geen vrijheid om (geheel) vrij te spreken. Uit het arrest van 2009 lijkt te volgen dat in een geval van overlap wel voor de tenlastegelegde variant dient te worden gekozen.

4.4 Diefstal en oplichting⁴⁵

Naast de hierboven genoemde overlap tussen diefstal (met geweld) en afpersing, is ook overlap mogelijk tussen diefstal en oplichting. Wegnemen en afgeven lijken elkaar op het eerste gezicht uit te sluiten, maar in de vorige paragraaf is al gebleken dat dat in de praktijk anders is. Ook hier geldt dat de overlap zich voordoet bij een bepaald type zaken. Die zaken worden hieronder besproken. De zaken worden, afhankelijk van hun onderwerp, de veemarkt- en de pinpaszaken genoemd.

In de zogenoemde veemarktzaken doet zich steeds⁴⁶ het volgende voor. Op een veemarkt verkoopt A, zich voordoende als eigenaar, aan B een aan C toebehorend dier. C heeft dit dier tijdelijk onbeheerd achtergelaten. B betaalt aan A de koopprijs en neemt het dier mee.

De rechtbank te 's-Gravenhage oordeelde op 26 augustus 1898 dat in een dergelijk geval sprake is van diefstal van de – in dit geval – ezel van C door A en overwoog daartoe het volgende:

“dat toch het als eigenaar van een muilezel zich voordoen en gedragen dien ezel aan een ander te koop aanbiedende, dien werkelijk daarop verkopen, en den koopprijs daarvan daarna tot zich nemende, vervolgens aanzien, dat de aldus verkochte ezel door den koper werd afgespannen en door dezen werd medegevoerd ondanks, dat de ezel niet aan den zich voordoenden eigenaar toebehoorde

45 Delen uit deze paragraaf verschenen eerder in Sinnige 2009, p. 61-75.

46 De casus verschillen uiteraard wat betreft bepaalde feitelijkheden, maar in de kern komt het steeds op hetzelfde neer.

en deze daarover in geen enkel opzicht kon beschikken, alleszins geacht kan worden de elementen voor het misdrijf van diefstal te bevatten.”⁴⁷

De rechtbank te Zwolle zag zich op 3 september 1903 voor een soortgelijk geval gesteld. Dit maal betrof het een onbeheerd achtergelaten kalf. Primair was diefstal tenlastegelegd, subsidiair oplichting. De rechtbank oordeelde dat geen sprake was van diefstal. In de eerste plaats niet omdat niet is gebleken, laat staan bewezen, dat de verdachte toen hij het kalf aan B verkocht of te koop aanbood, het oogmerk had zich het kalf toe te eigenen. Integendeel, hij beoogde alleen zich meester te maken van de te ontvangen koopprijs. Ten tweede niet omdat het door de koper losmaken van het kalf – geheel te goeder trouw, uit eigen vrije wil en niet voor de verdachte, maar uitsluitend voor zichzelf – niet kan worden beschouwd als het door de verdachte wegnemen of doen wegnemen van het kalf, hetgeen voor het misdrijf diefstal wordt gevorderd. Het subsidiair tenlastegelegde achtte de rechtbank wel bewezen. Hiertoe overwoog zij:

“dat toch door de bijgebrachte bewijsmiddelen vaststaat: vooreerst het bedriegelijk oogmerk van beklaagde om zich de meerbedoelde f 14,- – den koopprijs van het kalf – wederrechtelijk toe te eigenen; alzoo het oogmerk zich wederrechtelijk te bevoordelen; tweedens het aannemen door beklaagde – en zulks om tegenover den koper zich den schijn van recht tot verkoop te geven – van een valsche hoedanigheid, die van eigenaar van het kalf te zijn; en in de derde plaats, dat door het aannemen van die valsche hoedanigheid de koper v.d. B. bewogen werd tot het uitbetalen aan beklaagde van den koopprijs ad f 14,- mitsdien de afgifte van dat bedrag aan beklaagde (...).”⁴⁸

De rechtbank te Leeuwarden ten slotte had op 10 december 1919 te oordelen in een soortgelijke zaak. Hierin was het feit tenlastegelegd als (poging tot) oplichting van de koper van de koe en subsidiair als diefstal van de aan oorspronkelijke eigenaar toebehorende koe. In een uitvoerig vonnis zet de rechtbank uiteen waarom volgens haar geen sprake is van oplichting. Daarvoor gebruikt zij verschillende argumenten. Een van die argumenten is dat volgens de rechtbank geen sprake kan zijn van oplichting, omdat indien de verdachte de koe alvorens haar te koop aan te bieden en daarna te verkopen een beetje zou hebben verplaatst, reeds sprake zou zijn van diefstal. Het zou volgens de rechtbank geheel in strijd met de bedoeling van de wet

47 Rechtbank 's-Gravenhage 26 augustus 1898, W 7211.

48 Rechtbank Zwolle 3 september 1903, W 7982.

zijn en in botsing met de tegenover de verdachte te betrachten rechtvaardigheid komen indien het te gelde maken van een door misdrijf verkregen voorwerp vervolgens als oplichting zou kunnen worden aangemerkt. In de zienswijze van de rechtbank mist art. 326 Sr in een geval als het onderhavige daarom toepassing, "zelfs al mocht zoodanig geval naar de letter van het artikel daaronder kunnen worden gewrongen". De subsidiair tenlastegelegde diefstal kan volgens de rechtbank wel bewezen worden verklaard:

"O. dienaangaande, dat de Rechtbank van oordeel is, dat dezelfde gezonde methode van wetsuitlegging die zich verzet tegen een letterknechtig hangen aan woorden, waardoor de toepasselijkheid op een geval als het onderhavige van art. 326 Sr. zou moeten worden verdedigd, toestaat om een toch zeker zonder eenigen twijfel in het afgetrokkene alleszins strafwaardig feit als door den beklaagde gepleegd, onder art. 310 Sr. te betrekken;

O., dat toch wel in letterlijken zin in casu door den beklaagde geene wegneming heeft plaats gehad en eene opvatting, als zoude de beklaagde alleen, door na de tot standkoming van den verkoop zich er niet tegen te verzetten dat de zoon van den koper het gekochte dier medenam, de koe door dezen hebben doen wegnemen, zeer zeker onhoudbaar moet worden geacht, doch de Rechtbank desalniettemin van oordeel is dat aan den geest van art. 310 Sr. geen geweld wordt aangedaan, door dit artikel hier van toepassing te verklaren;

O., dat waar moge zijn, dat de geschiedenis der totstandkoming van het artikel aantoon, dat aan het "wegnemen" als criterium van het misdrijf van diefstal bijzondere waarde is toegekend, doch niet uit het oog mag worden verloren, dat daarbij de zeer bepaalde bedoeling heeft voorgezeten om den diefstal duidelijk te onderscheiden van afpersing en verduistering (...) en hieruit volgt, dat slechts dán krampachtig aan den eis van het wegnemen in den letterlijke zin mag worden vastgehouden, indien men anders het gevaar zou loopen bedoeld onderscheid te verwaarloozen;

O., dat hiervan in casu geen sprake kan zijn en dus ook een ruimere interpretatie van art. 310 Sr. in overeenstemming met wat elk ontwikkeld mensch onder diefstal pleegt te begrijpen, geoorloofd mag worden geacht;

(...) O., dat de klaarblijkelijke strekking van art. 310 Sr. is, onder diefstal te verstaan het met het oogmerk tot wederrechtelijke toeëigening onder zijne macht brengen van eenig geheel of ten deele aan een ander toebehoorend goed, en het wetsvoorschrift aldus verstaan, op het door beklaagde gepleegde feit toepasselijk kan worden geacht;

O., dat toch de beklaagde, door bij de koe in kwestie, die toen onbeheerd op de veemarkt stond, te gaan en te blijven staan, die koe onder zijne macht heeft gebracht, terwijl hij ter terechtzitting heeft bekend, (...) dat hij, zulks doende, het oogmerk had om zich die hem niet toebehoorende koe toe te eigenen;⁴⁹

49 Rechtbank Leeuwarden 10 december 1919, NJ 1920/187.

Vastgesteld kan worden dat de rechters in genoemde zaken worstelden met de vraag hoe de door de verdachten gepleegde handelingen moesten worden gekwalificeerd en dat die worstelingen tot verschillende uitkomsten hebben geleid. Ook in de literatuur is destijds gediscussieerd over deze zaken. In 1904, dus vóór de uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden, schreef Cremers dat de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage de juiste is. Cremers vindt de argumenten van de Rechtbank Zwolle met betrekking tot de vrijspraak ten aanzien van de diefstal in ieder geval niet overtuigend. Hij stelt onder meer, met een beroep op de wetsgeschiedenis, dat in het opzettelijk wederrechtelijk verkopen van een goed van een ander, waarbij de dader dus als eigenaar over het goed beschikt, noodwendig het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening besloten ligt. Hij geeft toe dat het niet de bedoeling was het kalf voor zichzelf te behouden, maar dat is voor diefstal ook niet vereist. Om tot een bewezenverklaring van het bestanddeel wegnemen te komen construeert hij een soort 'doen plegen': de verkoper, wetende dat het kalf aan een derde toebehoorde, heeft de koper gebruikt als *manus ministra* om het kalf te onttrekken aan de wettige eigenaar. De verkoper heeft met andere woorden het kalf door de koper doen wegnemen. De argumenten die de Rechtbank Zwolle heeft gebruikt om tot een bewezenverklaring van oplichting te komen, overtuigen Cremers evenmin. Allereerst moet zijns inziens in aanmerking worden genomen dat het delict niet is gepleegd tegen de koper van het kalf, maar tegen de eigenaar. Dat is immers degene die is benadeeld. Daar komt bij dat Cremers zich niet kan verenigen met het oordeel van de Rechtbank Zwolle voor zover inhoudende dat de verdachte de koper zou hebben bewogen tot afgifte van de koopprijs. De koper werd volgens Cremers namelijk niet bewogen tot afgifte van de koopprijs, maar tot het aangaan van een koopovereenkomst, waaruit voor hem de verplichting tot betaling van de koopprijs voortvloeide.⁵⁰

In 1921 schrijft De Grooth het niet met Cremers eens te zijn. Van doen plegen is volgens De Grooth geen sprake omdat de verkoper op het moment van het wegnemen (door de koper) niet meer het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening had. Vervolgens merkt De Grooth op dat, ware hier sprake van oplichting (in die zin dat de verkoper zich de hoedanigheid aanmeet van eigenaar), iedere dief zich bij verkoop schuldig zou maken aan oplichting. Volgens De Grooth is geen sprake van oplichting omdat de koper niet door de valse hoedanigheid van eigenaar wordt bewogen tot het betalen van de koopprijs, maar door de levering. Voorts vraagt De Grooth

50 Cremers 1904, p. 145-152.

zich af of de verkoper, die het oogmerk heeft de koopprijs te ontvangen en daarvoor het bezit van het verkochte opgeeft, wel het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening heeft. De Grooth concludeert dat, wanneer men in de handelingen van de verdachte geen wegnemen en dus geen plegen van diefstal kan zien, degene die zo handelt vrijuit gaat. Ziet men daarin wel diefstal, dan moet men beseffen dat men daardoor breekt met elke taalkundige interpretatie van 'wegnemen'. Men erkent dan dat wegnemen in de zin van art. 310 Sr betekent het zonder de wil van de houder zich verschaffen van de feitelijke heerschappij van enig goed, welke heerschappij zodanig moet zijn dat men de zaak onder zich heeft, dat wil zeggen er ongestoord over kan beschikken. Steun voor de door hem verdedigde betekenis van 'wegnemen' vindt de Grooth in HR 23 mei 1911, W 9205. De Hoge Raad besliste in dat arrest dat het rooien, van takken ontdoen en stukzagen van een boom met de bedoeling om die boom te vervoeren, diefstal oplevert. Niet omdat in die handelingen een verplaatsing van het goed besloten zou liggen, maar omdat de verdachten door die handelingen de boom uit het bezit van de eigenaar onder hun macht en in hun bezit hebben gebracht en deze aldus "in den zin van de wet hebben weggenomen".⁵¹

Ook Van Bemmelen en Van Hattum zijn van mening dat het handelen van de verdachte op de veemarkt diefstal oplevert. Zij definiëren wegnemen immers als iedere handeling waardoor iemand òf een vermogensbestanddeel van een ander in zijn eigen heerschappij brengt zonder medewerking of toestemming van die ander òf de band, die op een of andere wijze nog tussen die ander en het vermogensbestanddeel bestond, verbreekt. Niet nodig is dat de dader het goed in zijn eigen feitelijke heerschappij brengt. De verdachte in de veemarktzaken verricht een handeling waardoor de band die het dier nog met de rechthebbende verbond (te weten het geplaatst zijn op de veemarkt), verbroken werd.⁵²

Men zou wellicht verwachten dat meer dan honderd jaar rechtsontwikkeling zaken als de voorgaande makkelijker heeft gemaakt, maar niets is minder waar. Dat volgt uit de zaken die ik in het hierna volgende aanduid als de pinpazaken. Pinnen is in Nederland mogelijk sinds het eind van de jaren tachtig van de vorige eeuw. Sindsdien blijft het aantal pintransacties

51 De Grooth 1921, p. 142-145.

52 Van Bemmelen & Van Hattum 1954, p. 277-278.

stijgen, tot wel 3.226 miljard transacties in 2015.⁵³ De invoering van dit betaalsysteem leidde tot nieuwe vormen van vermogenscriminaliteit, zoals het met gestolen pinpassen opnemen van geld bij geldautomaten of betalen bij betaalautomaten.⁵⁴ De rechtspraak zag zich gesteld voor de uitdaging dit soort gevallen te brengen onder de bepalingen van het meer dan een eeuw oude Wetboek van Strafrecht.

In de zaak die leidde tot HR 19 november 1991, *NJ* 1992/124 was het volgende aan de hand. De verdachte had zich de pinpas van het slachtoffer 'op wederrechtelijke wijze toegeëigend' en pinde daarmee bij een geldautomaat van de Duitse Volksbank. Het Hoog Militair Gerechtshof achtte bewezen dat de verdachte de Volksbank door listige kunstgrepen had bewogen tot afgifte van bepaalde geldbedragen, hetgeen werd gekwalificeerd als oplichting. Advocaat-Generaal Meijers stelde zich in zijn conclusie ambtshalve primair de vraag of de verdachte door zijn handelingen de Volksbank heeft bewogen tot afgifte van geld. Hij beantwoordde die vraag ontkennend: voor bewegen in de zin van art. 326 Sr is naar zijn mening vereist dat de dader door een gedraging inwerkt op de voorstelling van een persoon. Hiervoor moet sprake zijn van enige interactie tussen de dader en het slachtoffer. Voor het geval de Hoge Raad daar anders over zou mogen denken, besprak hij subsidiair de vraag of het bewegen van de Volksbank had plaatsgevonden door 'listige kunstgrepen'. Ook die vraag moest volgens Meijers ontkennend worden beantwoord. Nu de geldautomaat zonder technische trucs was bediend, was geen sprake van listig handelen. Meijers was van mening dat de handelwijze van de verdachte, indien aan de overige vereisten van art. 326 Sr zou zijn voldaan, hooguit zou kunnen worden gerubriceerd onder het aannemen van een valse hoedanigheid. Het Openbaar Ministerie had problemen rond de uitleg en toepassing van art. 326 Sr ook kunnen voorkomen door diefstal van de bankpas ten laste te leggen, aldus Meijers. De Hoge Raad ging op dit alles niet in en overwoog kortweg dat hij geen grond aanwezig oordeelde waarop de bestreden uitspraak ambtshalve zou behoren te worden vernietigd. Anders dan tegenwoordig, betekende dat toentertijd nog heel wat.⁵⁵ Aangenomen mag worden dat de Hoge Raad van oordeel was dat het bestreden arrest op dit punt niet getuigde van een onjuiste rechtsopvatting.

53 Zie www.pin.nl.

54 Uiteraard zijn er nog andere strafbare feiten te plegen met pinpassen, zoals skimmen.

55 Vgl. Van der Wilt & Tjong 2006 en Mevis 2013.

Een soortgelijke casus kwam aan de orde in HR 8 december 1992, *NJ* 1993/323. De verdachte had met behulp van een gestolen bankpas ten name van het slachtoffer en de daarbij behorende pincode geld uit een geldautomaat gehaald. Aan de verdachte werd ten laste gelegd dat hij met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening geldbedragen toebehorende aan het slachtoffer had weggenomen, zulks nadat hij dat weg te nemen geld onder zijn bereik had gebracht door gebruik te maken van een valse sleutel, te weten een bankpas ten name van het slachtoffer met de bijbehorende pincode. Het hof kwam tot een bewezenverklaring van de tenlastegelegde diefstal met behulp van een valse sleutel. In zijn conclusie vroeg Advocaat-Generaal Leijten ambtshalve aandacht voor deze bewezenverklaring. Hij stelde vast dat het feitencomplex in deze zaak niet verschilde van dat van HR 19 november 1991, *NJ* 1992/124 en dat het feitencomplex in laatstgenoemde zaak als oplichting was gekwalificeerd. Hij overwoog vervolgens dat de vraag zich opdringt of hetzelfde feitencomplex ook als diefstal met behulp van een valse sleutel kan worden gekwalificeerd. Theoretische bezwaren tegen de idee dat een en hetzelfde feitencomplex onder verschillende strafbepalingen is te brengen, zag hij gelet op het leerstuk van eendaadse samenloop in ieder geval niet. Het was volgens Leijten dan ook vooral de vraag of in het handelen van de verdachte ook de bestanddelen van diefstal door middel van een valse sleutel besloten liggen, waarbij het er volgens hem vooral om gaat of kan worden gesproken van 'wegnemen' en of een bankpas of de bijbehorende pincode, of de combinatie van die twee, als een valse sleutel kan worden aangemerkt. Ten aanzien van beide bestanddelen zag hij geen onoverkomelijke problemen. Interessant in dit verband is nog wel hoe hij het wegnemen construeert. Na het invoeren van de pas en het intoetsen van de pincode en het gewenste bedrag, gaf de automaat het geld af. Van wegnemen was volgens Leijten op dat moment echter nog geen sprake. Het geld dat buiten bereik was zolang de sleutel het afsloot, was nu onder bereik gebracht maar moest nog uit het apparaat worden weggenomen. In de visie van Leijten was het wegnemen

pas voltooid op het moment dat de verdachte het geld fysiek uit de geldautomaat wegnam.⁵⁶ De Hoge Raad ging niet expliciet in op deze door Leijten ambtshalve opgeworpen kwestie. De Hoge Raad zag op dat punt geen reden om ambtshalve in te grijpen.

In de zaak die leidde tot HR 19 april 2005, *NJ* 2007/386 speelde ten slotte, voor zover hier van belang, het volgende. De verdachte rekende bij een benzinstation aankopen af met een gestolen giropas met bijbehorende pincode. Hij werd onder meer vervolgd wegens diefstal met behulp van een valse sleutel. Het hof veroordeelde hem ter zake van dit feit. Fokkens wierp in zijn conclusie ambtshalve de vraag op of een pinbetaling met een gestolen bankpas kan worden beschouwd als diefstal van het betaalde bedrag. Hij constateert dat de rechtspraak van de Hoge Raad tot dan toe uitsluitend betrekking heeft gehad op het met behulp van een gestolen pinpas opnemen van contant geld bij een geldautomaat. Fokkens vestigde vervolgens de aandacht op een niet-gepubliceerde uitspraak van het Gerechtshof te Arnhem van 19 november 2004. Het Arnhemse Hof oordeelde dat het pinnen ter betaling door een daartoe niet gerechtigde geen diefstal als bedoeld in art. 310 Sr oplevert nu het geen feitelijk wegnemen van geld betreft. Volgens Fokkens is voor de beantwoording van de vraag of een pinbetaling door een daartoe niet gerechtigde diefstal van het betaalde geldbedrag kan opleveren in de eerste plaats van belang in hoeverre giraal geld kan worden beschouwd als een goed dat kan worden weggenomen. Hij wijst erop dat de Hoge Raad op 11 mei 1982 heeft beslist dat giraal

56 Steun hiervoor vond Leijten in HR 28 april 1992, *NJ* 1992/657. In die zaak waren de verdachte en zijn mededader samen afgegaan op een man die bij een geldautomaat stond. De mededader zei tegen die man: "Toets je pincode in, anders ben je hartstikke dood". De verdachte en zijn medeverdachte probeerden vervolgens tweemaal geld op te nemen. Toen dat niet lukte, dwongen ze het slachtoffer een bedrag van f 300,- op te nemen. Het slachtoffer toetste nogmaals zijn pincode in en vervolgens het bedrag. Toen het geld uit de automaat kwam, pakte de verdachte het eruit. Het hof achtte bewezenverklaard dat de verdachte en zijn medeverdachte zich schuldig hadden gemaakt aan diefstal met geweld. In cassatie werd aangevoerd dat hier geen sprake was van een wegnemingshandeling, en dus niet van diefstal. Volgens de steller van het middel moesten de handelingen van de verdachte en zijn medeverdachte worden gekwalificeerd als afpersing. De Hoge Raad overwoog echter dat het in de bewezenverklaring besloten liggende oordeel van het hof dat het geld, dat beschikbaar kwam nadat het slachtoffer zijn pincode en een bedrag van f 300,- had ingetoetst en dat vervolgens door de verdachte uit de geldautomaat is gepakt, door de verdachte is weggenomen, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het in de tenlastelegging en bewezenverklaring voorkomende begrip 'wegnemen', dat aldaar kennelijk is gebruikt in dezelfde betekenis als in art. 310 Sr.

geld kan worden aangemerkt als een goed dat vatbaar is voor wederrechtelijke toe-eigening.⁵⁷ Voorts acht hij de uitspraak van de Hoge Raad van 28 januari 1992,⁵⁸ waarin is beslist dat het door de slachtoffers overboeken van giraal geld op de rekening van de verdachte kan worden gekwalificeerd als afgifte van enig goed, van belang. Deze rechtspraak brengt hem tot de slotsom dat een pinbetaling met gebruik van een (gestolen) bank- of giropas en de daarbij behorende pincode door iemand die daartoe geen recht heeft, in ieder geval kan worden beschouwd als oplichting van de bank. Blijft over de vraag of hier ook sprake is van diefstal van geld van de desbetreffende rekeninghouder. Fokkens is van mening dat er geen goede reden is om een pinbetaling wel als het bewegen tot afgifte van een goed te beschouwen en niet als het wegnemen van een goed. Een pinbetaling beschouwen als het wegnemen van een goed lijkt hem in het licht van het moderne betalingsverkeer een redelijke uitleg van het begrip wegnemen van geld. De Hoge Raad overweegt dat het oordeel van het hof, kort gezegd inhoudende dat het doen van een betaling via een betaalautomaat met gebruikmaking van een giropas en de daarbij behorende pincode door een ander dan de daartoe gerechtigde diefstal oplevert waarbij de schuldlige het weg te nemen goed onder zijn bereik heeft gebracht door middel van valse sleutels, mede gelet op hetgeen daarover in de conclusie is weergegeven, niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Kortom, het doen van een pinbetaling met een gestolen bank- of giropas en de daarbij behorende pincode kan worden aangemerkt als het wegnemen van een goed in de zin van art. 310 Sr.

De veemarkt- en de pinpaszaken hebben gemeen dat er drie spelers in het spel zijn. In de veemarktzaken zijn dat de rechtmatige eigenaar van het vee, de koper en de verdachte. In de pinpaszaken betreft dat de bank, de rekeninghouder en de verdachte. Het delict waarvoor wordt vervolgd, lijkt afhankelijk te zijn van het antwoord op de vraag wie als gedupeerde wordt aangemerkt. Is dat de koper van het vee of de bank, dan komt oplichting in aanmerking. Betreft het de eigenaar van het vee of de rekeninghouder, dan lijkt diefstal het aangewezen delict. De handelingen van de verdachte zijn echter steeds hetzelfde. De verdachte verkoopt een dier dat niet van hem is of pint met een pinpas die niet van hem is bij een geldautomaat of betaalautomaat. Uit het feitencomplex als geheel kan kennelijk aldus een wegnemen en een afgeven worden gedestilleerd: een wegnemen door de verdachte van een dier of geld van de rechthebbende en een afgifte van geld

57 HR 11 mei 1982, *NJ* 1982, 583.

58 HR 28 januari 1992, *NJ* 1992, 363.

door de koper of de bank. Mocht door de voornoemde uitspraken nog niet duidelijk zijn dat de Hoge Raad deze overlap accepteert, na 19 mei 2015⁵⁹ is dat het in ieder geval wel. Toen oordeelde de Raad expliciet:

“Het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte door middel van het gebruik van een valse kopie van een “toestemming tot wegvoering” de in de bewezenverklaring genoemde goederen uit de macht van de rechthebbende heeft gehaald. Het Hof heeft klaarblijkelijk geoordeeld dat de verdachte zich aldus een zodanige feitelijke heerschappij over die goederen heeft verschaft dat sprake is van wegneming in de zin van art. 310 Sr. Dat oordeel geeft – gelet op de blijkens de hierboven weergegeven bewijsvoering vastgestelde gang van zaken – niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is naar de eis der wet met redenen omkleed. Dat de verdachte mogelijkerwijs ook ter zake van oplichting had kunnen worden vervolgd, maakt dit niet anders (vgl. HR 2 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009: BH5232, NJ 2009/281).”

De Hoge Raad accepteert aldus, in navolging van Leijten, dat één feitencomplex zowel diefstal als oplichting op kan leveren.⁶⁰ Daarbij speelt ook weer een rol de meer functionele uitleg die ‘wegnemen’ heeft gekregen, waardoor oude grenzen zijn gaan verschuiven en vervloeien. Uit de veemarkt- en pinpaszaken kan niet worden afgeleid dat wegnemen en afgeven als min of meer inwisselbare bestanddelen kunnen worden beschouwd. Wel kan uit de veemarkt- en pinpaszaken worden afgeleid dat diefstal en oplichting niet scherp van elkaar kunnen worden onderscheiden. Het is niet altijd het één of het ander, maar beide. Dat kan gelet op de gedifferentieerde strafbaarstelling van de vermogensdelicten enigszins opmerkelijk worden genoemd.

4.5 Verduistering en oplichting

Een volgende groep grensgevallen betreft zaken die zich afspelen op de grens tussen verduistering en oplichting. Overlap tussen deze twee delicten lijkt zich niet makkelijk voor te kunnen doen. Het bestanddeel “anders dan door misdrijf” in de verduisteringsbepaling lijkt daaraan in de weg te staan. Dat neemt niet weg dat zich gevallen kunnen voordoen waarin het voor discussie vatbaar is of oplichting is gepleegd dan wel verduistering.

59 HR 19 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1251.

60 Vgl. ook het in de volgende paragraaf te bespreken HR 10 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV5575, waarin eendaadse samenloop tussen verduistering en oplichting werd aangenomen.

Deze grensgevallen laten zich goed illustreren door zaken waarin een verdachte een goed huurt en dit vervolgens, tegen de afspraken in, niet retourneert.

Een eerste zaak die in dit kader het vermelden waard is, betreft HR 1 februari 1983, *NJ* 1983/470.⁶¹ Het in hoger beroep bevestigde vonnis in die zaak hield onder meer een veroordeling wegens het medeplegen van oplichting in. Ten laste van de verdachte was bewezenverklaard dat hij – kort gezegd – samen met anderen autoverhuurbedrijven had opgelicht. De verdachte had “opzettelijk listiglijk bedrieglijk zich tegenover een of meer personen werkzaam voor een autoverhuurbedrijf onder een valse naam en/of onder vermomming [...] bekend gemaakt en opzettelijk valselijk de hoedanigheid van huurder van een auto [...] aangenomen en zich opzettelijk valselijk daartoe [...] gelegitimeerd onder die valse naam met behulp van een vals of vervalst rijbewijs en die perso(o)n(en) telkens opzettelijk listiglijk bedrieglijk [...] doen voorkomen dat hij een auto wilde huren voor een bepaalde tijd, daarbij opzettelijk listiglijk bedrieglijk een huurcontract tot het huren van de auto met valse naam ondertekend”. Aldus hebben de verdachte en zijn mededaders het telkens doen voorkomen dat zij voor een bepaalde tijd auto’s wilden huren. In cassatie werd geklaagd dat uit de bewijsmiddelen niet kon volgen dat de verdachte opzettelijk valselijk de hoedanigheid van huurder van een auto had aangenomen, aangezien de verdachte huurder wás, hij had immers gehuurd. Die klacht vond echter geen gehoor bij de Hoge Raad. De Hoge Raad oordeelde:

“Pol.r. en Hof hebben uit de inhoud van de bewijsmiddelen kunnen afleiden, dat de verdachte opzettelijk valselijk de – in de bewezenverklaring genoemde – hoedanigheid van huurder van een auto heeft aangenomen.

Zulks kon in het bijzonder worden afgeleid uit de hiervoor onder 4.A weergegeven verklaring van de verdachte, voor zover inhoudende dat hij zich legitimeerde met een vals rijbewijs en het huurcontract ondertekende met een valse naam, en de eveneens aldaar weergegeven verklaring van de getuige W.P. Oedekerk voor zover inhoudende, dat hij samen met de verdachte auto’s heeft gehuurd met de bedoeling ze niet terug te brengen, maar te verkopen en dat zij daarbij te werk gingen volgens een tevoren opgemaakt plan.

61 Zie overigens bijv. ook HR 29 februari 1972, *NJ* 1972/343.

Op grond van deze verklaringen kon immers worden aangenomen, dat de verdachte op het moment van het sluiten van de in de bewezenverklaring bedoelde huurcontracten reeds het voornemen had wederrechtelijk over de auto's te beschikken en zich derhalve niet als een normale huurder te gedragen. Het middel treft derhalve geen doel."

De Hoge Raad liet de veroordeling wegens oplichting aldus in stand. De valse hoedanigheid leidde de Hoge Raad af uit het feit dat de verdachte zich legitimeerde met een vals rijbewijs, het huurcontract ondertekende met een valse naam en de omstandigheid dat de verdachte samen met zijn mededader de auto's heeft gehuurd met de bedoeling ze niet terug te brengen maar te verkopen. Op grond daarvan kon volgens de Hoge Raad worden aangenomen dat de verdachte op het moment van het aangaan van de huurovereenkomsten reeds kwade bedoelingen had zich niet als normale huurder te gedragen. Die kwade intentie lijkt in de overweging van de Hoge Raad een belangrijke rol te spelen.

In HR 8 januari 1991, *NJ* 1991/344⁶² deed zich een min of meer vergelijkbaar geval voor. In die zaak huurden de verdachte en zijn mededaders een schranklader (een Bob Cat) met aanhangwagen, een personenauto en een compressor met slang en verfspuit. Ten aanzien van al deze goederen kon uit de bewijsmiddelen worden afgeleid dat de verdachten voor het aangaan van de huurovereenkomsten al het plan hadden opgevat deze goederen niet terug te brengen maar te verkopen. De verdachte werd in hoger beroep veroordeeld wegens verduistering. In cassatie werd geklaagd dat uit de bewijsmiddelen niet kon worden afgeleid dat de verdachten de goederen anders dan door misdrijf onder zich hadden. Uit die bewijsmiddelen bleek immers dat de verdachten reeds bij het huren van de goederen het plan hadden het huurcontract niet na te komen en de goederen te verkopen. De verhuurders zouden doordat een valse hoedanigheid was aangenomen zijn bewogen tot afgifte van de goederen, aldus de steller van het middel. Fokkens concludeerde dat het middel terecht was voorgesteld. Hij stelde voorop dat de opvatting dat kenmerkend voor verduistering is dat het opzet tot toe-eigening pas opkomt nadat de dader het goed reeds enige tijd onder zich heeft, ongegrond is. Wel sluit verkrijging door misdrijf toepassing van art. 321 Sr uit. Het hof had blijkens de bewijsmiddelen vastgesteld dat het oogmerk tot wederrechtelijke toe-eigening (en dus ook

62 HR 8 januari 1991, *NJ* 1991/344 m.nt. Van Veen.

tot bevoordeling) al bestond vóór de verkrijging en dat één van de mededaders zich desondanks voordeed als huurder, een huurcontract afsloot en aldus telkens de benadeelde bewoog tot afgifte. Daaruit volgt – aldus Fokkens, met onder meer een verwijzing naar het hiervoor besproken arrest van de Hoge Raad van 1 februari 1983 – dat de desbetreffende goederen door misdrijf, namelijk door oplichting door het aannemen van een valse hoedanigheid, zijn verkregen.⁶³ De omstandigheid dat de mededader(s) de goederen door oplichting hadden verkregen, impliceert dat niet bewezen kan worden dat de verdachte met die mededader(s) deze goederen heeft verduisterd. Fokkens merkte tenslotte nog op dat art. 321 Sr niet zo kan worden uitgelegd dat hij die, zoals hier, een goed door misdrijf verkrijgt maar dankzij de gebruikte middelen het tevens als huurder onder zich heeft, het goed anders dan door misdrijf onder zich heeft. De Hoge Raad volgde zijn Advocaat-Generaal niet, maar oordeelde dat de in de door het hof gebezigde bewijsmiddelen vervatte feiten en omstandigheden niet tot de gevolgtrekking dwingen dat een van verdachtes mededaders de in de bewezenverklaring aangeduide voorwerpen door oplichting onder zich had gekregen. De enkele omstandigheid dat de verdachte en zijn mededaders al vóór de verkrijging van de voorwerpen de bedoeling hadden zich deze toe te eigenen, zodat zij niet voornemens waren de huurovereenkomst na te komen, is daartoe niet voldoende. Het hof kon daarentegen uit de gebezigde bewijsmiddelen afleiden dat de verdachte en zijn mededaders de voorwerpen als huurder onder zich hadden. In zijn noot onder het arrest schreef Van Veen dat de objecten op een op zichzelf beschouwd correcte manier – door te huren, waarbij de verlangde waarborgsom werd gestort – werden verkregen.⁶⁴ Dat de intentie daarbij niet correct was, mag de rechter buiten beschouwing laten, temeer waar – zoals Fokkens ook opmerkt – het

63 De zaak verschilt volgens Fokkens van HR 4 april 1972, *NJ* 1972/120 en HR 16 december 1975, *NJ* 1976/186 m.nt. Van Veen. In de eerste zaak werden door de verdachte LSD-pillen verduisterd die aan hem in een auto waren overhandigd om na te tellen door iemand die vervolgens uit die auto werd gezet. In de tweede zaak werd geld overhandigd aan de verdachte, die zijn slachtoffer had wijsge maakt dat hij het geld zou gebruiken voor het repareren van een auto die voor haar was bestemd en aan een uitzet voor beiden. In beide gevallen kon de veroordeling wegens verduistering in stand blijven omdat de vastgestelde feiten niet dwongen tot de gevolgtrekking dat de desbetreffende goederen door misdrijf waren verkregen.

64 Van Veen is om die reden – anders dan Fokkens – van mening dat de zaak niet afwijkt van HR 4 april 1972, *NJ* 1972/120 en HR 16 december 1975, *NJ* 1976/186 m.nt. Van Veen. Ook in die zaken waren de goederen op een op zichzelf beschouwd correcte manier verkregen.

voornemen om toe te eigenen niet pas behoort te ontstaan nadat het voorwerp onder de dader is gekomen. Die opvatting, waaraan de Hoge Raad in dit arrest vast lijkt te houden, acht Van Veen bevredigend. Zolang de wijze van onder zich krijgen, los van de intentie gezien, correct kan zijn en de rechter niet uitdrukkelijk constateert dat die, gezien de context, een misdrijf oplevert, kan bij toe-eigening van verduistering worden gesproken. Wel wijst Van Veen erop dat een voorzichtige officier van justitie in gevallen als dit oplichting en verduistering alternatief ten laste zal leggen.⁶⁵

Het verschil tussen de voorgaande twee zaken is duidelijk. Zoals Van Veen al opmerkte, is relevant dat de goederen in de laatste zaak op een op zichzelf correcte manier waren verkregen. Daarbij was geen oplichtingsmiddel toegepast.⁶⁶ Latere jurisprudentie bevestigt deze lijn. Zo oordeelde de Hoge Raad op 13 november 2001 over een verdachte die een laserapparaat met statief en ander toebehoren had gehuurd voor de periode van één dag, terwijl hij verklaarde op dat moment reeds de bedoeling te hebben gehad om het apparaat in Duitsland te verkopen. Het hof had de verdachte veroordeeld wegens oplichting. De Hoge Raad oordeelde echter dat de enkele omstandigheid dat iemand zich in strijd met de waarheid voordoet als een bonafide huurder die in staat en voornemens is het gehuurde goed na ommekomst van de overeengekomen huurperiode terug te geven aan de verhuurder, niet oplevert het aannemen van een valse hoedanigheid noch een listige kunstgreep in de zin van art. 326 Sr. Het hof had daarom het bewezenverklaarde ten onrechte gekwalificeerd als 'oplichting', aldus de Hoge Raad.⁶⁷

In de zaak die leidde tot HR 13 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4573 was de verdachte door het hof veroordeeld wegens verduistering. Bewezenverklaard was dat hij opzettelijk een auto die hij als lessee onder zich had zich wederrechtelijk had toegeëigend. In hoger beroep was aangevoerd dat de verdachte de auto door misdrijf had verkregen. De verdachte zou bij het aangaan van de leaseovereenkomst de naam en handtekening

65 Zie ook Van den Hout 1993, p. 77-79.

66 Vgl. bijv. ook HR 3 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7307 en HR 13 november 2001, NJ 2002/262. Waarom de Hoge Raad in HR 12 januari 1999, NJ 1999/325 wel heeft geoordeeld dat sprake was van een oplichtingsmiddel, kan ik niet verklaren. De jurisprudentie met betrekking tot oplichtingsmiddelen is echter subtiel en lastig te doorgronden. Omdat die jurisprudentie voor dit onderzoek verder niet relevant is, laat ik dit verder rusten.

67 HR 13 november 2001, NJ 2002/262.

van zijn zoon hebben gebruikt. Op grond daarvan moest volgens zijn raadvrouw worden aangenomen dat de verdachte de auto door valsheid in geschrift onder zich had gekregen. Het hof verwierp dit verweer:

“Het hof verwerpt deze stelling aangezien de omstandigheid dat verdachte de overeenkomst heeft voorzien van een handtekening met de voorletters van zijn zoon niet wegneemt dat verdachte de Peugeot 306 heeft verkregen met instemming van PSA Financiering Nederland BV. De omstandigheid dat PSA Financiering Nederland BV (handelend onder de naam Peugeot Lease) wellicht tengevolge van valsheid in geschrift tot die instemming is bewogen, doet daaraan niet af.

Vaststaat dat verdachte in feite de leaseovereenkomst met PSA Financiering Nederland BV heeft gesloten, dat verdachte daarbij de handtekening met de voorletters van zijn zoon heeft geplaatst en dat de auto aan verdachte is meegegeven. Niet aannemelijk is geworden dat verdachte bij het aangaan van de overeenkomst op enige wijze aan PSA Financiering Nederland BV heeft kenbaar gemaakt dat zijn voorletters niet waren de voorletters die hij in de door hem geplaatste handtekening opnam. Onder deze omstandigheden kon, mocht en moest PSA Financiering Nederland BV er op vertrouwen dat zij de leaseovereenkomst is aangegaan met degeen die de handtekening onder de leaseovereenkomst plaatste, te weten de verdachte. Hieruit leidt het hof af dat verdachte de Peugeot als lessee onder zich had toen hij zich die auto wederrechtelijk toeëigende.”

De Hoge Raad oordeelde dat het hof bij zijn verwerping van het verweer in het midden heeft gelaten of de leasemaatschappij door de door de verdachte begane valsheid ertoe is bewogen haar toestemming te verlenen tot de afgifte van de auto. Daardoor is de met de bewezenverklaring onverenigbare mogelijkheid opengebleven dat de verdachte de auto door enig misdrijf – te weten oplichting of het gebruikmaken van een vals opgemaakt geschrift – onder zich had, hetgeen aan een bewezenverklaring van verduistering in de weg zou staan. De Hoge Raad casseerde daarom. Overlap wordt hier kennelijk niet aanvaard. De zinsnede ‘anders dan door misdrijf’ lijkt dat te verhinderen. In de zaak die leidde tot HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:576 deed zich een min of meer vergelijkbaar geval voor. In die zaak wilden twee mannen een proefrit met een BMW maken. Desgevraagd legden zij een rijbewijs over. Zij kregen de auto daarna mee en brachten deze niet meer terug. Het rijbewijs bleek vervalst te zijn. Het hof veroordeelde de verdachte wegens verduistering. De Hoge Raad liet die veroordeling in dit geval wél in stand, omdat het hof blijkens zijn bewijsvoering had vastgesteld dat het overhandigen van het vervalste rijbewijs in dit geval niet de wezenlijke oorzaak heeft gevormd van het door de verdachte en zijn medeverdachte onder zich krijgen van de personenauto, nu de aangever niet is bewogen tot het toevertrouwen van de personenauto

voor een proefrit door het gebruik dat de verdachte heeft gemaakt van het vervalste rijbewijs, maar zijn toestemming tot het maken van een proefrit heeft verleend zonder acht te slaan op het overhandigde rijbewijs.

Tot slot moet op deze plaats worden vermeld een uitspraak van de Hoge Raad van 10 april 2012.⁶⁸ Deze zaak handelde over een croupier die werkzaam was in Holland Casino aan een speeltafel voor Amerikaans roulette en samen met de verdachte had afgesproken vals te spelen en de opbrengst ervan te delen. De gang van zaken was daarbij, overeenkomstig hun tevoren gemaakte afspraak, als volgt. Aan de roulettetafel zei de verdachte “zelfde spel” en gaf hij geld aan de medeverdachte, die het geld begon te tellen terwijl de kogel al draaide in de cilinder. Vervolgens wisselde de medeverdachte het geld om voor fiches. Op het moment dat de kogel gevallen was en het winnende nummer dus al was bepaald, werd er door de medeverdachte geen *sweep* gegeven en plaatste hij de fiches op de winnende “burenprint” op het speelveld van de roulettetafel, waarna hij aan de verdachte 35 keer zijn inzet als winst in geld uitkeerde. Ten laste van de verdachte was door het hof bewezenverklaard dat:

“hij op tijdstippen in de periode van 01 september 2006 tot en met 19 januari 2007 te Rotterdam, meermalen, telkens tezamen en in vereniging met een ander, opzettelijk geldbedragen (totaal 40.550,00 euro of daaromtrent), die geheel of ten dele toebehoorden aan Holland Casino, en welke goederen zijn mededader telkens uit hoofde van zijn persoonlijke dienstbetrekking als dealer/casinomedewerker onder zich had, telkens wederrechtelijk zich heeft toegeëigend;

en

hij op tijdstippen in de periode van 01 september 2006 tot en met 19 januari 2007 te Rotterdam, meermalen, telkens tezamen en in vereniging met een ander, met het oogmerk om zich en een ander wederrechtelijk te bevoordelen door listige kunstgrepen, Holland casino telkens heeft bewogen tot de afgifte van geldbedragen (totaal 40.550,00 euro of daaromtrent), hebbende zijn mededader telkens met vorenomschreven oogmerk – zakelijk weergegeven – listiglijk en bedrieglijk meermalen, telkens

- aan de roulettetafel geen zogenaamde sweep (sein dat geen geld meer ingezet mag worden) gegeven,

en

- vervolgens fiches op de winnende burenprint op het speelveld van de roulettetafel geplaatst/ingezet terwijl het winnende nummer al gevallen was, waardoor

Holland Casino telkens werd bewogen tot bovenomschreven afgifte.”

68 HR 10 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV5575, NJ 2012/265.

Dit leverde volgens het hof op de eendaadse samenloop van medeplegen van verduistering gepleegd door hem die het goed uit hoofde van zijn persoonlijke dienstbetrekking onder zich heeft, meermalen gepleegd, en medeplegen van oplichting, meermalen gepleegd. In cassatie werd geklaagd dat de bewezenverklarde gedragingen van de verdachte niet tegelijkertijd het medeplegen van verduistering in dienstbetrekking en het medeplegen van oplichting kunnen opleveren, omdat verduistering vereist dat het goed anders dan door misdrijf is verkregen en dit niet verenigbaar is met het door oplichtingsmiddelen bewegen tot afgifte van dat goed. In zijn conclusie schreef Advocaat-Generaal Aben dat oplichting en verduistering met betrekking tot hetzelfde object elkaar uitsluitende alternatieven zijn. Het desbetreffende object is hetzij verkregen door enig misdrijf, zoals (medeplegen van) oplichting, hetzij bevond zich voorafgaande aan de toe-eigening ervan al langs correcte weg, althans anders dan door misdrijf in de machtsfeer van de dader of één van zijn mededaders. Hij vond dat uit de bewijsmiddelen de bewezenverklaring van medeplegen van oplichting niet kon voortvloeien. De croupier keerde aan de verdachte gelden uit die hij anders dan door misdrijf onder zich had, namelijk uit hoofde van zijn dienstbetrekking als croupier. Die gelden zijn hem niet door listige kunstgrepen ontfutseld. Hij voerde die listige kunstgrepen immers zelf uit. De Hoge Raad overwoog echter:

“3.4. In de eerste plaats geldt dat de vraag of bepaalde gedragingen verduistering of oplichting opleveren, zich niet steeds ondubbelzinnig laat beantwoorden, maar dat die beantwoording afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Daarnaast kan niet op voorhand worden uitgesloten dat uit het samenstel van bepaalde gedragingen wordt afgeleid dat die gedragingen enerzijds opleveren het zich wederrechtelijk toe-eigenen van een goed dat aan een ander toebehoort en dat anderzijds die gedragingen kunnen dienen voor het bewijs van het door listige kunstgrepen bewegen tot afgifte van dat goed. In dat verband kan voor een medeplegen betreffend geval als het onderhavige van belang zijn dat een kwaliteitsdelict kan worden medegepleegd door iemand die de desbetreffende kwaliteit mist (vgl. HR 28 februari 2006, LJN AU9096), terwijl niet is vereist dat de medeplegers eenzelfde rol vervullen of dezelfde soort gedragingen verrichten bij de uitvoering van het delict.

(...)

3.6. Gelet op hetgeen hiervoor is vooropgesteld en op hetgeen het Hof heeft vastgesteld, geeft het oordeel van het Hof dat de bewezenverklarde gedragingen van de verdachte zowel medeplegen van verduistering in dienstbetrekking als medeplegen van oplichting opleveren (waarop het Hof vervolgens de regeling van eendaadse samenloop heeft toegepast), niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is dat oordeel ook niet onbegrijpelijk. Daarbij wordt in het bijzonder nog het volgende in aanmerking genomen. Het Hof heeft enerzijds uit de

bewijsmiddelen kunnen afleiden dat de medeverdachte de van de verdachte verkregen geldbedragen die hij omwisselde voor fiches (de inzet), alsmede het geld dat de medeverdachte onder zich had ter uitbetaling als volgens de regels van het roulettespel een fiche op het winnende nummer was geplaatst – welke geldbedragen aan Holland Casino toebehoorden – anders dan door misdrijf onder zich had als bedoeld in art. 321 in verbinding met art. 322 Sr en dat hij en de verdachte krachtens hun tevoren gemaakte afspraak zich die geldbedragen wederrechtelijk hebben toegeëigend. Anderzijds heeft het Hof uit de bewijsmiddelen kunnen afleiden dat Holland Casino door de listige kunstgrepen van de medeverdachte is bewogen tot afgifte als bedoeld in art. 326 Sr aan de verdachte en zijn medeverdachte van geldbedragen ter grootte van de “inzet” en de “winst” die Holland Casino zonder het vals spelen niet zou hebben afgegeven, welk feit de verdachte volgens zijn met de medeverdachte gemaakte afspraak heeft medegepleegd.”

Deze uitspraak is lastig te doorgronden. Dat bepaalde gedragingen verduistering dan wel oplichting kunnen opleveren, is in lijn met eerdere jurisprudentie. Dat bepaalde handelingen tegelijkertijd zowel verduistering als oplichting kunnen opleveren is echter nieuw en moeilijk te begrijpen. Staat het bestanddeel “anders dan door misdrijf” in art. 321 Sr niet in de weg aan gelijktijdige toepassing van art. 321 Sr en art. 326 Sr? Anders gezegd: als wordt aangenomen dat de croupier door zijn listige kunstgrepen Holland Casino heeft bewogen tot afgifte aan de verdachte en hemzelf van geldbedragen ter grootte van de “inzet” en de “winst” die Holland Casino zonder het vals spelen niet zou hebben afgegeven (welk feit de verdachte volgens zijn met de croupier gemaakte afspraak heeft medegepleegd), kan dan nog worden gezegd dat de croupier de van de verdachte verkregen geldbedragen die hij omwisselde voor fiches (de inzet), alsmede het geld dat de croupier onder zich had ter uitbetaling als volgens de regels van het roulettespel een fiche op het winnende nummer was geplaatst “anders dan door misdrijf” onder zich had (en dat hij en de verdachte krachtens hun tevoren gemaakte afspraak zich die geldbedragen wederrechtelijk hebben toegeëigend)? Ik zou zeggen van niet. De oplichting staat daaraan in de weg. Daarbij neem ik in aanmerking dat de Hoge Raad in zijn overwegingen het oog lijkt te hebben op precies hetzelfde feitencomplex. Het medeplegen lijkt daarbij op dit punt geen rol van betekenis te hebben gespeeld. Het is bijvoorbeeld niet zo dat de Hoge Raad heeft aangenomen dat de door croupier verrichte handelingen verduistering (in dienstbetrekking) opleveren (welk feit de verdachte heeft medegepleegd) en de door de verdachte verrichte handelingen oplichting (welk feit de croupier dan zou hebben medegepleegd). Mogelijk zit de crux in de omstandigheid dat de croupier in dienst is bij de eigenaar. Stel dat de croupier veel te veel geld

uitkeert aan iemand die van niets weet en dus geen medepleger is. Het is verdedigbaar dat dit wegschenken een eigenmachtig beschikken oplevert en daarom toe-eigening in de zin van art. 321 Sr. Daarbij komt dat de croupier die dit met trucs probeert te verhullen, door die trucs zijn baas oplicht, waardoor laatstgenoemde ermee akkoord gaat dat de croupier het geld afgeeft aan de nietsvermoedende derde.

In ieder geval kan worden geconstateerd dat deze zaak zich (boven) op de grens tussen verduistering en oplichting afspeelt en dat er – in de ogen van de Hoge Raad – sprake kan zijn van een kleine overlap.⁶⁹

Geconcludeerd kan worden dat het moeilijk is verduistering en oplichting messcherp van elkaar af te grenzen. Of in zaken als die in het voorgaande zijn besproken sprake is van verduistering dan wel oplichting zal vaak afhangen van de – door de rechter te waarderen – omstandigheden van het geval. Het ontbreken van een scherpe grens vindt daarbij in de meeste gevallen zijn verklaring in de casuïstische rechtspraak met betrekking tot de oplichtingsmiddelen. Er is hier wel een grens, maar waar die precies loopt, is in het concrete geval onduidelijk. Er zijn echter ook gevallen waarin van een grens geen sprake meer lijkt te zijn. Na HR 10 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV5575, NJ 2012/265 is het in elk geval mogelijk dat een bepaald feitencomplex zowel verduistering als oplichting oplevert.

Net als bij de in paragraaf 4.2. besproken ‘zelfbedieningssituaties’ speelt het oogmerk van de verdachte niet een doorslaggevende rol bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van verduistering of oplichting. Het is immers niet zo dat slechts sprake kan zijn van verduistering als het opzet tot toe-eigening pas opkomt als men het goed al enige tijd onder zich heeft. Eerst zal moeten worden vastgesteld of de verdachte het goed door oplichting of ‘anders dan door misdrijf’ onder zich heeft. Verkrijging door oplichting, een misdrijf, staat in de weg aan verduistering. In gevallen zoals in deze paragraaf besproken – dat wil zeggen zaken waarin de verdachte een goed huurt en dit tegen de afspraak in niet retourneert – levert de enkele omstandigheid dat iemand zich in strijd met de waarheid voordoet als een bonafide huurder die in staat en voornemens is het gehuurde goed na ommekomst van de overeengekomen huurperiode terug te geven aan de verhuurder, niet op het aannemen van een valse hoedanigheid noch een listige kunstgreep in de zin van art. 326 Sr. Uit de in het voorgaande besproken

⁶⁹ Oplichting en verduistering kunnen ook hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr opleveren, vgl. HR 26 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ1086, NJ 2004/688.

jurisprudentie kan worden afgeleid dat de verdachte iets moet doen om dit kracht bij te zetten, zoals het aannemen van een valse naam. Is daarvan geen sprake, dan ligt een vervolging wegens verduistering meer voor de hand.

4.6 Afpersing en oplichting

Net als bij in de vorige paragrafen besproken onderlinge verhoudingen van delicten, lijkt ook de grens tussen afpersing en oplichting een scherpe te zijn. Bij afpersing gaat het slachtoffer door het dwingen met geweld of bedreiging met geweld over tot afgifte van een goed. Bij oplichting geeft de bewogene als gevolg van de misleiding min of meer vrijwillig het goed af. Over de vraag of misleiding dwang kan opleveren is de Hoge Raad vrij duidelijk. Dat kan niet. Dat lijkt vooral samen te hangen met de omstandigheid dat iemand die wordt misleid en die misleiding niet op enig moment doorziet, zich niet gedwongen zal voelen. Zo oordeelde de Hoge Raad in een geval waarin een slaapdrongen vrouw seksueel contact had met iemand die zich als haar vriend had voorgedaan, dat van dwingen in de zin van art. 242 Sr slechts sprake kan zijn indien de verdachte opzettelijk heeft veroorzaakt dat het slachtoffer de in art. 242 Sr bedoelde handelingen tegen haar wil heeft ondergaan. Daarvan is geen sprake indien het slachtoffer doordat zij (half) in slaap was door misleiding van de kant van de verdachte over zijn identiteit diens handelingen heeft toegelaten.⁷⁰ Misleiding lijkt aldus geen invulling te kunnen geven aan het bestanddeel 'dwingen'. Overlap tussen de delicten afpersing en oplichting lijkt dus moeilijk voorstelbaar. Maar kan misleiding wel inhoud geven aan het bestanddeel 'bedreiging met geweld'? Indien het antwoord op die vraag bevestigend luidt, zou misleiding via bedreiging met geweld toch dwang kunnen opleveren en zou afpersing door misleiding dus mogelijk zijn.

Er zou zich het volgende geval kunnen voordoen: A gaat naar de woning van B en waarschuwt B dat er in de hal mannen staan die B in elkaar zullen slaan als ze geen geld krijgen. A deelt B daarop mee dat hij er niets

70 HR 3 november 1998, NJ 1998/534 m.nt. de Hullu. Zie bijv. ook HR 9 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9177, NJ 2007/555. In zijn dissertatie over strafbare dwang verdedigt Lindenberg de stelling dat de opvatting dat misleiding geen dwang kan zijn, onjuist is. Hij verdedigt dat misleiding dwang kan zijn wanneer het slachtoffer zwicht op grond van psychische druk die door de misleiding werd veroorzaakt, zie Lindenberg 2007, p. 32-35, 185. 'Seksuele oplichting' is ook niet op andere wijze strafbaar gesteld, vgl. de conclusie van Advocaat-Generaal Knigge vóór HR 9 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9177, NJ 2007/555.

mee te maken heeft en het niet kan voorkomen, maar dat B hem het geld kan geven en dat hij dat dan namens B aan de mannen zal geven. B geeft vervolgens het geld aan A. In de hal staan echter helemaal geen mannen die B in elkaar willen slaan en A gaat er zelf met het geld vandoor. Levert dit oplichting op, omdat A B heeft misleid en door een samenweefsel van verdichtelsels B heeft bewogen tot afgifte van geld? Of afpersing, omdat B zich door de dreiging die uitging van de misleidende mededelingen van A gedwongen voelde tot de afgifte van het geld? Afhankelijk van de precieze omstandigheden van het geval zou het zo kunnen zijn dat een vervolging wegens afpersing de voorkeur verdient. De maximumstraf die op afpersing staat is immers negen jaar gevangenisstraf, terwijl oplichting wordt bedreigd met maximaal vier jaar gevangenisstraf.

Voor het navolgende is het van belang twee vormen van misleiding te onderscheiden. In het hierboven geschetste voorbeeld is sprake van wat een leugenachtige of bedreigende waarschuwing zou kunnen worden genoemd. A waarschuwt B voor een gevaar dat niet bestaat. Het kan echter ook zo zijn dat het gevaar wél bestaat. Dan zijn verschillende varianten mogelijk. A kan B er – in strijd met de waarheid – van weten te overtuigen dat hij slechts een neutrale boodschapper is terwijl hij in werkelijkheid samenwerkt met de bedreigers of A kan het juist doen voorkomen dat hij samenwerkt met de bedreigers, terwijl dat in werkelijkheid niet het geval is. Ook zou het zo kunnen zijn dat A zich voordoeft als neutrale boodschapper of bemiddelaar, terwijl hij in het geheel geen contact heeft met de bedreigers. Dit zouden gemankeerde waarschuwingen kunnen worden genoemd.⁷¹

Leugenachtige waarschuwingen

Literatuur over dit onderwerp is er amper. De enige auteur die diep op dit onderwerp ingaat is Lindenberg. Lindenberg komt in zijn dissertatie tot de conclusie dat een oprechte waarschuwing in ieder geval geen bedreiging oplevert. Het onderscheid tussen waarschuwen en bedreigen zoekt Lindenberg in de relatie van de 'bedreiger' tot het geweld dat in het vooruitzicht wordt gesteld. Voor bedreiging, aldus Lindenberg, "schijnt (...) in ieder geval nodig te zijn dat degene die de bedreiging uit, in de ogen van de gedwongene controle heeft over het al dan niet plaatsvinden van het voorspelde voorval".⁷² De indruk die bij de ontvanger wordt gewekt, lijkt

71 Lindenberg spreekt over bedreigende misleiding en corrupte waarschuwingen, vgl. Lindenberg, 2007, p. 239-243.

72 Lindenberg 2007, p. 42-44.

dus van belang te zijn. Het gaat erom of de dader in de ogen van de gedwongene controle heeft over de gang van zaken. Lindenberg komt tot de conclusie dat ook een leugenachtige waarschuwing – Lindenberg noemt dit bedreigende misleiding – bedreiging op kan leveren. Van bedreigende misleiding is sprake als de dader het slachtoffer onwaarachtig een onheil voorspiegelt, dat buiten de dader om zal worden ontketend als het slachtoffer het verzoek van de dader niet inwilligt.⁷³ Deze situatie lijkt op het hiervoor genoemde voorbeeld van A die naar de woning van B gaat en B waarschuwt dat een aantal mannen die in de hal staan A in elkaar zullen slaan als ze geen geld krijgen. A doet het immers, zo blijkt later ten onrechte, voorkomen dat hij er niets mee te maken heeft en er geen invloed op kan uitoefenen. Lindenberg is van mening dat deze bedreigende misleiding onder de delictsomschrijving van art. 285 Sr kan vallen. Dat standpunt baseert hij op een arrest van de Hoge Raad van 28 mei 1996.⁷⁴ Volgens Lindenberg kan uit dat arrest worden afgeleid dat bedreigende misleiding het bestanddeel bedreiging met geweld in de delictsomschrijving van verkrachting (art. 242 Sr) kan vervullen. De zaak handelde over twee jonge zussen die door een kennis van hun vader ritueel zouden worden genezen van psychische en lichamelijke klachten. De ‘genezer’ vertelde de jonge vrouwen dat kwade geesten hen ziek zouden maken, waardoor zij in een rolstoel terecht zouden komen en geen kinderen meer zouden kunnen krijgen. Ter afwering van die geesten moesten de vrouwen gemeenschap met hem hebben. Onder de indruk van de waarschuwing lieten zij dit toe. Het hof had de man veroordeeld wegens verkrachting door bedreiging met geweld.⁷⁵ Het cassatiemiddel dat kennelijk berustte op de stelling dat van bedreiging met geweld als bedoeld in art. 242 Sr slechts sprake kan zijn indien gedreigd wordt met door de dreigende persoon zelf uit te oefenen

73 Lindenberg 2007, p. 44, 185, 242.

74 HR 28 mei 1996, *DD* 96.321.

75 Lindenberg wijst erop dat deze zaak enigszins overeenkomt met HR 21 februari 1989, *NJ* 1989/668, m.nt. ‘tH, waarin toenmalig Advocaat-Generaal Leijten in zijn conclusie overwoog: ‘Men kan met name ook van dreigen met geweld spreken als iemand bewerkt, dat de ander, een vrouw, vreest, dat zij door zijn toedoen een ernstige ziekte zal oplopen als zij aan zijn wensen om met hem gemeenschap te hebben niet zou toegeven. Dat ligt zo dicht bij dreigen met doodslag, mishandeling etc. dat het evenals in die gevallen kan worden aangemerkt als dreigen met geweld: ‘als je dat niet doe sla ik je dood’ of ‘als je dat niet doet, bewerk ik dat je doodvalt’ dat komt op hetzelfde neer, alleen het tweede is, voor wie aan de magische kracht en macht van de ander gelooft nog veel bedreigender.’ De Hoge Raad verwierp de klacht dat zodanige psychische druk geen bedreiging met geweld kan opleveren met een verwijzing naar de conclusie. Een verschil tussen beide zaken is dat de verdachte in HR 21 februari 1989, *NJ* 1989/668 dreigde met door hemzelf uit te oefenen geweld.

geweld, faalde volgens de Hoge Raad omdat die stelling onjuist is.⁷⁶ Dat mag juist zijn, maar een antwoord op de vraag of misleiding bedreiging kan opleveren is het mijns inziens niet. Mijns inziens is het geenszins zeker dat 'bedreigende misleiding' (dat is: een leugenachtige waarschuwing) een bedreiging in de zin van art. 285 Sr oplevert.⁷⁷

In zijn conclusie vóór HR 25 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1834 (zie verder hierna bij de bespreking van gemankeerde waarschuwingen) gaat Knigge in op de vraag of voor bedreiging is vereist dat de dader op een of andere manier invloed heeft op de verwezenlijking van de bedreiging en in het verlengde daarvan de vraag of bedreiging door middel van misleiding mogelijk is. Die vraag beantwoordt hij aan de hand van het in die zaak toepasselijke art. 285 Sr.⁷⁸ Voor toepassing van art. 285 Sr is niet vereist dat de bedreigde daadwerkelijk angst is aangejaagd en hij zich in zijn vrijheid belemmerd voelt.⁷⁹ Ook is niet vereist dat de dader werkelijk van plan is zijn bedreiging ten uitvoer te leggen.⁸⁰ Voor een veroordeling wegens bijvoorbeeld bedreiging met enig misdrijf tegen het leven gericht, is voldoende dat de bedreiging van dien aard is en onder zodanige omstandigheden is geschied dat bij de bedreigde de redelijke vrees kon ontstaan dat hij het leven zou kunnen verliezen.⁸¹ Het potentiële effect van gedrag van de dader op de bedreigde is dus van belang. Knigge merkt op dat bedreiging zeer vaak een element van misleiding in zich bergt. De dader wekt bij de bedreigde de indruk dat hij hem iets wil of zal aandoen. Of die indruk juist is, is niet van belang. De vraag moet dus niet zijn of voor bedreiging is vereist dat de dader invloed heeft op de verwezenlijking van de bedreiging, maar of vereist is dat de dader bij de bedreigde de indruk

76 Zie ook HR 5 december 2009, ECLI:NL:HR:2010:BJ7237, NJ 2010/22

77 Vgl. ook de kanttekeningen van Knigge bij het betoog van Lindenbergh in zijn conclusie vóór HR 25 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1834.

78 Art. 285 Sr is anders dan art. 317 Sr geen dwangdelict, maar beide delicten hebben het bestanddeel 'bedreiging' gemeen. Art. 285 Sr luidt: "Bedreiging met openlijk in vereniging geweld plegen tegen personen of goederen, met geweld tegen een internationaal beschermd persoon of diens beschermde goederen, met enig misdrijf waardoor gevaar voor de algemene veiligheid van personen of goederen of gemeen gevaar voor de verlening van diensten ontstaat, met verkrachting, met feitelijke aanranding van de eerbaarheid, met enig misdrijf tegen het leven gericht, met gijzeling, met zware mishandeling of met brandstichting, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie."

79 Knigge verwijst hier naar de conclusie van Advocaat-Generaal Machielse vóór HR 3 februari 2004, LJN ECLI:NL:HR:2004:AN9309, met verwijzing naar HR 8 februari 1897, W 6926.

80 Knigge verwijst hier naar HR 19 oktober 1936, NJ 1937/163.

81 Zie bijvoorbeeld HR 7 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3659, NJ 2005/448.

heeft gewekt dat hij die invloed heeft. Een overvaller die met een neppistool dreigt zal over het algemeen de indruk wekken dat hij een pistool kan afvuren. Het dreigen met een neppistool kan daarom bedreiging met (bijvoorbeeld) zware mishandeling opleveren. Kenmerkend voor bedreigende misleiding is dat, als het slachtoffer de misleiding doorziet, de reden om bang te zijn wegvalt.

Uit de jurisprudentie volgt dat art. 285 Sr niet alleen ziet op bedreiging met een door de 'bedreiger' zelf te plegen misdrijf.⁸² Ook de grote drugsbaas die iemand mededeelt dat zijn knokploeg hem zal vermoorden, maakt zich schuldig aan bedreiging. Knigge merkt – mijns inziens terecht – op dat uit die jurisprudentie echter niet kan worden afgeleid dat voor bedreiging niet is vereist dat de 'bedreiger' (de indruk wekt dat hij) op enigerlei wijze betrokken is bij het geweld waarmee hij het slachtoffer angst aanjaagt. Dat zou immers betekenen dat ook oprechte waarschuwingen bedreiging op zouden kunnen leveren, hetgeen niet aannemelijk is.

Kunnen leugenachtige waarschuwingen dan wel een bedreiging in de zin van art. 285 Sr opleveren? Probleem is dat als de indruk die bij het slachtoffer is gewekt voor toepassing van art. 285 Sr beslissend is, het geen verschil maakt of de waarschuwing al dan niet op goede grond berust. In beide gevallen voelt het slachtoffer zich niet door de boodschapper bedreigd en is er – in zijn perceptie – geen sprake van een dreigend misdrijf waarbij de boodschapper op enigerlei wijze is betrokken. Het zijn de omstandigheden waarvoor gewaarschuwd wordt. Knigge concludeert dat het nog maar de vraag is of 'bedreigende misleiding' (dat is een leugenachtige waarschuwing) een bedreiging in de zin van art. 285 Sr oplevert.

Voorbeelden van zaken waarin sprake is van leugenachtige waarschuwingen zijn amper te vinden in de jurisprudentie. Wel kan worden gewezen op twee arresten van de Hoge Raad van 8 januari 2013.⁸³ Uit de uitspraak van het Hof Amsterdam zoals weergegeven in de arresten van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat ene X omstreeks maart 2007 door de verdachten op de hoogte wordt gesteld van vermeende schulden van zijn inmiddels overleden vader. De verdachten geven dan summiere en vage informatie met betrekking tot een pand/bar. In daarop volgende gesprekken wordt meer informatie verschaft, op grond waarvan X begrijpt dat het om een horeca-onderneming ging waarin een Turk had gezeten, die door toedoen van zijn

82 HR 5 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7237, NJ 2010/22.

83 HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX4585 en ECLI:NL:HR:2013:BX4605, NJ 2013/264 m.nt. Borgers.

vader fl. 500.000,- was kwijtgeraakt. In die gesprekken wordt een dreiging opgevoerd van de zijde van de "Grijze Wolven", een als zeer gewelddadig bekendstaande Turkse groepering. X betaalt € 223.000 ter delging van de vermeende schuld van fl. 500.000,- en € 150.000 om een drietal Turkse huurmoordenaars af te kopen, die al in het land zouden zijn om X en zijn familie te liquideren. Na betaling wordt door de verdachten ter sprake gebracht dat nog een andere schuld van zijn vader, ten bedrage van € 2.000.000, moet worden voldaan in verband met witwasactiviteiten in 2003. In dat verband zou de dreiging worden uitgeoefend door de PKK, eveneens gewelddadig van aard. Uiteindelijk zou het echter in beide gevallen om dezelfde, Turkse, personen gaan. X heeft verklaard dat voor hem de dreiging reëel en aannemelijk werd, doordat de verdachten vertelden over bijeenkomsten met deze Turken waardoor een sfeer van criminaliteit en geweld werd geschapen en waarbij werd gesuggereerd dat slechts door betaling via de verdachten "het probleem" kon worden opgelost. De verdachten boden zichzelf aan X aan als bemiddelaars tussen hem en de Turken. X heeft verklaard dat de verdachten hem vertelden dat ze de door hem betaalde geldbedragen telkens onmiddellijk aan de Turken ter hand stelden. Voor de bewezenverklaring heeft het hof onder meer gebruikgemaakt van de verklaring van X. Die verklaring hield onder meer in:

"Ik heb volledig vertrouwen gehad in [medeverdachte] en [verdachte]. Ze hebben een dusdanige sfeer gecreëerd dat ze de dreiging voor een liquidatie van mij en mijn familie konden voorkomen. Ik heb er al die tijd in geloofd."

Het hof oordeelde dat de redenen voor de betalingen, het bestaan van de Turken en de door dezen belichaamde gewelddadige dreiging geheel ontsproten zijn aan het brein van de verdachten ten einde daarmee X af te persen. Het hof overwoog vervolgens:

"Dat betekent overigens niet, dat het hof het bestanddeel in het onder 1 tenlastegelegde "door bedreiging met geweld" niet bewezen acht. Integendeel, het hof stelt vast dat de door de verdachten opgevoerde bedreigingen met geweld afkomstig van erkend gewelddadige groeperingen als de Grijze Wolven en de PKK, ook al blijkt dat allemaal verzonnen, een zodanige indruk hebben gemaakt en ook konden maken op [X], dat deze zich gedwongen heeft gevoeld om de betalingen te doen van de onder feit 1 genoemde geldbedragen."

Het hof heeft aldus expliciet vastgesteld dat de opgevoerde bedreigingen met geweld afkomstig van erkend gewelddadige groeperingen volledig verzonnen waren, maar ook dat X geloofde dat ze echt waren en eveneens

dat X geloofde dat de verdachten slechts optraden als bemiddelaars. Volgens het hof in deze zaak kan een leugenachtige waarschuwing dus wel degelijk bedreiging met geweld opleveren. Het hof vindt het kennelijk niet relevant dat de dreiging in de ogen van X niet uitging van de verdachten, maar van derden. In cassatie werd niet geklaagd over dit oordeel van het hof en de Hoge Raad heeft zich daarover niet uitgelaten. De Hoge Raad heeft niet ambtshalve ingegrepen, maar daaruit kan misschien niet meer worden afgeleid dan dat de Hoge Raad niet vindt dat hier onrecht is geschied.

Gemankeerde waarschuwingen

Zoals gezegd kunnen naast leugenachtige waarschuwingen gemankeerde waarschuwingen worden onderscheiden, dat wil zeggen waarschuwingen waarbij A B er – in strijd met de waarheid – van weet te overtuigen dat hij slechts een neutrale boodschapper is terwijl hij in werkelijkheid samenwerkt met de bedreigers of A het juist doet voorkomen dat hij samenwerkt met de bedreigers, terwijl dat in werkelijkheid niet het geval is. Ook de situatie waarin A zich voordoeft als neutrale bemiddelaar, maar in het geheel geen contact heeft met de bedreigers kan hier onder worden gebracht. Een gemankeerde waarschuwing kan volgens Lindenberg (die de gemankeerde waarschuwing een corrupte waarschuwing noemt) ook bedreiging met geweld opleveren. Hij onderbouwt dat standpunt met een arrest van de Hoge Raad van 26 juni 1973.⁸⁴ De verdachte in die zaak was door het hof veroordeeld wegens poging tot afpersing. Hij had zich naar aanleiding van een schilderijenroof als tipgever bij de politie gemeld, vertelde de politie dat hij met de dieven in contact was gekomen en dat die dieven de door hen gestolen schilderijen zouden vernielen als niet voor een bepaald tijdstip fl. 31.000,- losgeld aan de verdachte zou worden overhandigd. De verdachte en de dieven hadden – zo bleek later – afgesproken dat zij het losgeld onderling zouden delen. Het verweer van de verdachte dat hij als 'kleurloos tussenpersoon' had gehandeld die geen enkele invloed had op de verwerkelijking van het dreigement, kon hier worden verworpen omdat het volgens de Hoge Raad onverschillig was van wie het initiatief tot bedreiging was uitgegaan en omdat gebleken was dat de verdachte zich bij het doen van zijn mededeling omtrent de bedreiging achter die bedreiging had gesteld. Met andere woorden: van een kleurloos tussenpersoon was in feite geen sprake. De verdachte bleek achteraf deel uit te maken van het complot. Ook wat deze zaak betreft stelt Knigge in zijn eerdergenoemde conclusie de vraag of wel van dwingen

84 HR 26 juni 1973, NJ 1974/208. Zie Lindenberg 2007, p. 241-242.

‘door bedreiging met geweld’ kan worden gesproken als de verdachte bij de slachtoffers niet de indruk heeft gewekt dat hij enige invloed had op het al dan niet doorgang vinden van dat geweld. Wanneer die vraag bevestigend wordt beantwoord, kan dus ook het handig gebruikmaken van een niet verzonnen, door anderen geuite bedreiging ‘bedreiging met geweld’ opleveren. Daarvoor is, gelet op het arrest uit 1973, dan wel nodig dat de dader zich achter die bedreiging heeft gesteld. Knigge vraagt zich wel af wat dat betekent. Impliceert dat samenwerking of stelt de dader zich al achter de bedreiging als hij zonder dat sprake is van samenwerking probeert daarvan te profiteren? Het arrest uit 1973 geeft daarover geen uitsluitsel, maar eist in ieder geval niet expliciet dat sprake moet zijn van samenwerking. In zijn conclusie vóór het arrest uit 1973 lijkt Advocaat-Generaal Rummelink zich op het standpunt te stellen dat een dergelijke samenwerking niet noodzakelijk is. Volgens Rummelink was niet de dreigende vernietiging van de schilderijen (waarvan overigens niets zou zijn gebleken) maar het verhaal van de verdachte dat deze vernietiging dreigende was een essentieel onderdeel van de afpersingspoging. Voor dat verhaal had de verdachte de schilderijendieven niet nodig. De conclusie van Rummelink lijkt overigens ook te impliceren dat hij van mening is dat een verzonnen dreiging, dat wil zeggen een leugenachtige waarschuwing, tot bedreiging met geweld zou kunnen leiden.

Een ander voorbeeld van een gemankeerde waarschuwing is te vinden in HR 25 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1834. De verdachte en zijn twee medeverdachten in die zaak hebben banden met een hennepkwekerij. Zij vermoeden dat ene M. betrokken is geweest bij een diefstal uit deze hennepkwekerij. Op 5 april 2007 bezoekt een van de medeverdachten de vader van M. in zijn winkel. Hij bedient zich van een alias, vertelt waarvan hij M. verdenkt en vraagt de vader om M. te vragen zijn telefoon aan te zetten. De volgende dag belt deze verdachte de vader van M. met de vraag of hij de boodschap heeft doorgegeven en de vraag of M. in het ouderlijk huis woont. Diezelfde dag spreekt deze verdachte de moeder van M., bij haar aan de deur. Hij zegt dat M. € 150.000,- heeft gestolen van zijn organisatie, die bepaalde middelen niet schuwt. Kort hierna belt hij haar op met de mededeling dat M. snel contact moet opnemen. Op 10 april 2007 gaan de drie verdachten samen met ene E. naar de ouderlijke woning. E., die zich voordoet als politieman, spreekt de ouders van M. in hun woning. Hij deelt mede dat er liquidaties gericht op M. en zijn vader op handen zijn. Om die te voorkomen, zou M. op een bepaald telefoonnummer contact moeten opnemen met de CIE. Primair werd aan de verdachte (deelneming aan) poging tot afpersing van de verblijfsgegevens van M. tenlastegelegd. Het

hof sprak daarvan vrij, vermoedelijk omdat de vader de verblijfsgegevens al had verstrekt voordat de bedreigingen ter sprake kwamen. Het hof veroordeelde de verdachte wegens (deelneming aan) bedreiging (met liquidatie) van de vader. Voor de casus is voorts van belang dat de vader van M. op 11 april 2007 contact heeft gehad met de politie over de ophanden zijnde liquidaties waarvoor hij door E. werd gewaarschuwd. De politie vertelde hem dat E, de nepagent, in een werkelijk bestaand complot zat. Anders dan in het voorbeeld met de niet-bestaande mannen in de hal, is hier dus wel degelijk sprake van een dreiging. De nepagent probeert de ouders echter te misleiden omtrent zijn rol in het geheel.

In zijn conclusie stelt Knigge dat hier sprake was van een gemankeerde waarschuwing, waarbij de nepagent zich ten onrechte voordeed als een neutrale boodschapper. De vrees van de 'bedreigde' nam alleen maar toe toen hij de misleiding doorzag. De misleiding betrof niet het bestaan van de bedreiging waarvoor de nepagent waarschuwde, maar de betrokkenheid van de nepagent bij die bedreiging.

De Hoge Raad ging op dit alles niet in en oordeelde dat het oordeel van het hof dat sprake is geweest van een bedreiging met enig misdrijf tegen het leven gericht niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting en toereikend is gemotiveerd, waarbij nog werd opgemerkt dat in het onderhavige geval is bewezenverklaard dat de verdachte "tezamen en in vereniging met anderen heeft gehandeld". Kennelijk vond de Hoge Raad die laatste toevoeging nodig. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad het handelen van de verdachte zelf kennelijk niet genoeg vond voor een bewezenverklaring van bedreiging. Medeplegen of medeplichtigheid lijkt in een dergelijk geval overigens ingebakken. Als iemand van de club doet alsof hij een oprechte waarschuwer is, lijkt sowieso sprake van een samenwerkingsverband. Er is dan geen probleem om afpersing of bedreiging aan te nemen.

Een oprechte waarschuwing kan geen bedreiging opleveren, ook niet als het gevaar waarvoor wordt gewaarschuwd in werkelijkheid niet bestaat. Het gaat bij bedreiging immers om het effect dat de bedreiger heeft op de bedreigde. Vereist is dat de dader bij de bedreigde de indruk wekt dat hij invloed heeft op de verwezenlijking van de bedreiging. Als de bedreigde gelooft dat de dader een neutrale boodschapper is, zal dat niet het geval zijn. Degene die te goeder trouw waarschuwt, heeft zich voorts niet achter de (al dan niet bestaande) bedreiging gesteld.

Bij gemankeerde waarschuwingen kan dat anders zijn, maar daarbij moet een onderscheid worden gemaakt. Bij gemankeerde waarschuwingen waarbij de dader het ten onrechte doet voorkomen dat hij slechts een neutrale boodschapper is, geldt mijns inziens hetzelfde als voor oprechte waarschuwingen. Kennelijk daarom vond de Hoge Raad in zijn uitspraak van 25 oktober 2011⁸⁵ relevant dat de verdachte medepleger was en was voor de uitspraak van 26 juni 1973⁸⁶ van belang dat de verdachte zich achter de bedreigingen had gesteld. Voor gemankeerde waarschuwingen waarbij de dader gebruikmaakt van een bestaande bedreiging en jegens de bedreigde ten onrechte de indruk wekt dat hij invloed heeft op het al dan niet verwezenlijken van de bedreiging, geldt dan juist het omgekeerde.

Van de leugenachtige waarschuwing is het onzeker of die als bedreiging kan worden aangemerkt. De jurisprudentie van de Hoge Raad lijkt er tegen te pleiten. Toch heeft het hof Amsterdam in zijn arresten zoals weergegeven in de arresten van de Hoge Raad van 8 januari 2013 geoordeeld dat ook een leugenachtige waarschuwing bedreiging met geweld kan opleveren.⁸⁷ Dat de dader bij de bedreigde de indruk wekt dat hij invloed heeft op de verwezenlijking van de bedreiging leek daar geen keiharde eis te zijn. Dat de dreiging in de ogen van het slachtoffer niet uitging van de verdachte, maar van derden, is in de ogen van het hof niet doorslaggevend. De Hoge Raad lijkt gelet op zijn arrest van 26 juni 1973 een dergelijke eis op zichzelf ook niet noodzakelijk te vinden.

Dat bepaalde gemankeerde en mogelijk ook de leugenachtige waarschuwingen geen bedreiging lijken te kunnen opleveren (en dus niet kunnen bijdragen aan een veroordeling wegens afpersing), betekent niet dat ze niet misleidend zijn. Leugenachtige en gemankeerde waarschuwingen zouden kunnen worden gekwalificeerd als een samenweefsel van verdichtsels en het doen van zulk soort waarschuwingen zou dus oplichting kunnen opleveren. Of sprake kan zijn van overlap tussen afpersing en oplichting kan op basis van het voorgaande niet worden verdedigd en ook niet worden uitgesloten. Het geldende recht is op dat punt niet helder. Uit de arresten van 8 mei 2013 kan niet met zekerheid de conclusie worden getrokken dat een leugenachtige waarschuwing bedreiging met geweld in de zin van art. 317 Sr kan opleveren, maar evenmin kan worden uitgesloten dat dit wel

85 HR 25 oktober 2011, ECLI:NL:HR:BP1834.

86 HR 26 juni 1973, NJ 1974/208.

87 Vgl. ook het standpunt van het Lindenberg, zie Lindenberg 2007, p. 241-242 en de conclusie van Advocaat-Remmelink vóór HR 26 juni 1973, NJ 1974, 208.

de opvatting van de Hoge Raad is. Daarbij komt dat er geen jurisprudentie is over de vraag of een leugenachtige waarschuwing oplichting kan opleveren. Hetzelfde geldt voor de gemankeerde waarschuwing.

4.7 Slotbeschouwing

Het was de bedoeling van de wetgever om de vermogensdelicten scherp van elkaar te onderscheiden. De verschillende delicten lijken hun bestaansrecht te ontleen aan de onderlinge grenzen. Uit het voorgaande kan echter de conclusie worden getrokken dat die grenzen inmiddels zijn verschoven ofwel diffuus zijn, in die zin dat sprake is van een overlap tussen verschillende delicten. De grenzen tussen in de eerste plaats diefstal en afpersing en in de tweede plaats diefstal en oplichting lijken in sommige zaken verdwenen. De Hoge Raad legt de onderscheidende bestanddelen ruim uit en aanvaardt expliciet overlap. De Raad maakt daarnaast gebruik van casuïetiek en laat de feitenrechter veel ruimte, al is er gelet op HR 2 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5232, NJ 2009/281 kennelijk geen ruimte om vrij te spreken. Ook tussen afpersing en oplichting zou overlap kunnen bestaan, maar op dat punt is te weinig jurisprudentie beschikbaar om stellige uitspraken te doen. Het enige delict dat nog steeds is afgegrensd van de andere vermogensdelicten, is verduistering. Het bestanddeel 'anders dan door misdrijf' staat aan overlap met andere delicten in de weg.

HOOFDSTUK 5

DE VERMOGENSDELICTEN IN ENGELAND

5.1 Inleiding

In hoofdstuk 3 is naar voren gekomen dat de Nederlandse wetgever zich bij het vormgeven van het systeem van de vermogensdelicten heeft laten inspireren door het Duitse recht uit die tijd. Daarom is niet gekozen voor een vergelijking met het Duitse recht. Ten behoeve van dit onderzoek is het immers interessant een ander soort systeem te bestuderen. Gekozen is voor het Engelse systeem van vermogensdelicten dat is gebouwd rondom het delict "theft". Dat begrip kan niet worden vertaald als diefstal, want het is breder dan dat. Er valt ook onder wat wij verduistering noemen. Andere belangrijke vermogensdelicten in Engeland zijn robbery (\approx roof), blackmail (\approx afpersing), burglary (\approx inbraak) en fraud (\approx bedrog). Het Engelse systeem lijkt anders dan het Nederlandse vrij materiële strafbaarstellingen te kennen. Bestudering van dit systeem van delicten kan nuttig zijn bij de beantwoording van de vraag of het Nederlandse systeem aanpassing behoeft.

In het navolgende worden eerst in het kort, en voor zover hier van belang, enkele onderdelen uit het Engelse rechtssysteem beschreven en wordt vervolgens het Engelse systeem van de vermogensdelicten uiteengezet.

5.2 Het Engelse rechtssysteem in het kort

Het Engelse rechtssysteem is van toepassing in Engeland en Wales. De andere delen van het Verenigd Koninkrijk, te weten Schotland en Noord-Ierland, hebben hun eigen rechtssystemen. Samen vormen de gerechtelijke instellingen van deze drie jurisdicties de United Kingdom judiciary. Uniformiteit wordt geboden door het Supreme Court of the United Kingdom

(voorheen, dat wil zeggen tot 1 oktober 2009, door het (Appellate Committee of the) House of Lords). Het Supreme Court is de hoogste rechter in het gehele koninkrijk wat betreft onder meer strafzaken uit Engeland, Wales en Noord-Ierland.¹

Common law

Het Engelse rechtssysteem staat bekend als een common law systeem. De term common law heeft verschillende betekenissen. In de eerste plaats wordt daarmee een soort rechtssysteem bedoeld. De term werd oorspronkelijk gebruikt voor de wetten en gewoontes die werden toegepast door de royal courts die ontstonden na de Normandische verovering van Engeland die begon in 1066. De common law verving de lokale wetten en gewoontes die tot die tijd werden toegepast door de verschillende lokale rechtbanken. De beslissingen van de royal courts werden vastgelegd en gepubliceerd en zo ontstond de praktijk dat in lopende procedures een beroep werd gedaan op beslissingen in reeds afgesloten zaken. Deze eerdere beslissingen werden als gezaghebbend of zelfs bindend beschouwd. De omstandigheid dat beslissingen van hogere instanties een op zichzelf staande bron van recht zijn, is een kenmerk dat de common law systemen onderscheidt van civil law systemen.² Deze beslissingen vormen precedents die gevolgd moeten worden door alle lagere rechtbanken en gerespecteerd door alle rechterlijke instanties. Het House of Lords heeft in 1966 overigens verklaard zich niet onder alle omstandigheden aan de eigen eerdere uitspraken gebonden te zullen achten. Dat betekent dat voor ombuiging van een minder gewenste ontwikkeling in de rechtspraak niet altijd op de wetgever hoeft te worden gewacht.³

Daarnaast wordt de term common law ook gebruikt om bepaalde rechtsbronnen binnen het Engelse rechtssysteem aan te duiden en wel ter onderscheiding van statute law. Common law wordt van oudsher geassocieerd met de bescherming van persoonlijke vrijheid, eigendoms- en overeenkomstenrecht en individuele belangen als reputatie en lichamelijke vrijheid. In de 19^e en 20^e kreeg de overheid echter een steeds grotere rol bij collectieve

1 Prakke/De Lange 2012, p. 364 en Smith, Bailey & Gunn, par. 2-074. Zie ook www.supremecourt.uk. Schotse strafzaken worden in hoogste instantie behandeld door het High Court of Justiciary, zie www.scotland-judiciary.org.uk, zoek via "About the judiciary" naar "Court Structure".

2 Smith, Bailey & Gunn 2007, par. 1-003.

3 Prakke 2012, p. 331.

aangelegenheden als de bescherming van de volksgezondheid, de sociale zekerheid en de economie. Deze gebieden worden gereguleerd door wetgeving.⁴ Het overgrote deel van het Engelse strafrecht is inmiddels te vinden in diverse⁵ wetten. In deze context wordt de term common law gebruikt om regels aan te duiden die zijn ontleend aan rechterlijke beslissingen. Inmiddels is het algemene gevoelen dat ook belangrijke veranderingen op gebieden die nog steeds gedomineerd worden door de common law meer gelegitimeerd zijn als ze tot stand worden gebracht door de wetgever (in plaats van door rechters).⁶

Belangrijke instellingen

Bij de totstandkoming van recht speelt een aantal instellingen een centrale rol. Statute law wordt vastgesteld door het parlement. Daarnaast kunnen, zoals gezegd, ook beslissingen van de hogere rechterlijke instanties recht bevatten. Het Verenigd Koninkrijk heeft overigens pas sinds 2007 een ministerie van justitie. Daarvoor was de verantwoordelijkheid voor verschillende aspecten van het rechtssysteem verdeeld over diverse ministeries en departementen. Het ministerie van justitie is verantwoordelijk voor straf- en penitentiair recht.⁷ Tot de inwerkingtreding van de Prosecution of Offences Act 1985 was de beslissing om te vervolgen en de vervolging zelf aan de politie. Sinds 1985 is de Crown Prosecution Service, met aan het hoofd de Director of Public Prosecutions, de voor vervolging verantwoordelijke instantie.⁸

Hervorming van het recht

De common law ontwikkelt zich door de beslissingen van hogere rechterlijke instanties. Over het algemeen wordt echter terughoudend gebruikgemaakt van de mogelijkheid om zo nieuwe rechtsprincipes te ontwikkelen. Het toepassen van een bestaand principe op nieuwe omstandigheden wordt als een rechtmatige uitoefening van het rechtersvak gezien, maar de creatie van nieuwe principes wordt beschouwd als een zaak voor regering en parlement. Deze laatsten worden hierbij voorgelicht door verschillende instanties, waaronder de permanente Law Commission.⁹ De Law Commission werd in 1965 opgericht. Haar taak is:

4 Smith, Bailey & Gunn 2007, par. 1-004.

5 Er is niet zoiets als een Wetboek van Strafrecht en een Wetboek van Strafvordering.

6 Smith, Bailey & Gunn 2007, par. 1-004.

7 Smith, Bailey & Gunn 2007, par. 1-017/1-018.

8 Smith 1993, p. 76-77 en Smith, Bailey & Gunn 2007, par. 1-022.

9 Smith, Bailey & Gunn 2007, par. 1-027.

“to take and keep under review all the law with which [it is] concerned with a view to its systematic development and reform, including in particular the codification of such law, the elimination of anomalies, the repeal of obsolete and unnecessary enactments, the reduction of the number of separate enactments and generally the simplification and modernisation of the law.”¹⁰

De onderwerpen die worden onderzocht worden bepaald door de Lord Chancellor¹¹ of zijn onderdelen van rechtshervormingsprogramma's. De Law Commission is onder meer bezig met een wetboek van strafrecht. Er is al een wetsontwerp, maar er is uiteindelijk voor gekozen eerst de verschillende deelgebieden van het strafrecht te moderniseren en dat later samen te voegen tot een wetboek.¹² Belangrijke publicaties van de Law Commission zijn haar working papers. Deze bevatten een gedetailleerd overzicht van het huidige recht, de kritiek en de beweerdelijke defecten en een overzicht van voorgestelde verbeteringen. Na consultatie bij geïnteresseerde partijen wordt over het algemeen een eindrapport gemaakt, inclusief een wetsontwerp.¹³

Vóór de oprichting van de Law Commission bestond ook al een aantal rechtshervormingscommissies, waarvan op deze plaats de Criminal Law Revision Committee (CLRC) de belangrijkste is om te noemen. De CLRC werd in 1959 in het leven geroepen en bestond uit rechters, wetenschappers en de Director of Public Prosecutions. Haar rapporten hebben tot belangrijke hervormingen geleid, waarvan de belangrijkste de – hierna te bespreken – Theft Act van 1968 was. De CLRC is niet meer bijeengeroepen sinds 1985; haar werk is overgenomen door de Law Commission.¹⁴

Wetsgeschiedenis

Als wetgeving wordt voorafgegaan door een rapport van bijvoorbeeld de Law Commission, mag dit rapport door de rechter worden gebruikt als bewijs voor de voormalige staat van het recht en de toentertijd bestaande problemen. Aanbevelingen van de commissie mogen echter bij de uitleg van de wet niet worden gezien als de bedoeling van de wetgever. Het kan immers zo zijn dat het parlement de aanbevelingen niet heeft overgenomen

10 Smith, Bailey & Gunn 2007, par. 1-028, met verwijzing naar s. 3(1) van de Law Commissions Act uit 1965.

11 Dit is tegenwoordig een ceremoniële functie van de minister van justitie.

12 www.lawcom.gov.uk/project/legislating-the-criminal-code/.

13 Smith, Bailey & Gunn 2007, par. 1-028.

14 Smith, Bailey & Gunn 2007, par. 1-030.

en anders heeft gehandeld.¹⁵ Ook andere stukken mochten lange tijd niet worden gebruikt. Het House of Lords had namelijk geoordeeld dat de rechter bij de interpretatie van wetten niet mag verwijzen naar parlementaire stukken, voor welk doel dan ook. Onder dit verbod vielen bijvoorbeeld verslagen van debatten, de explanatory memoranda¹⁶ en verschillende, opeenvolgende wetsontwerpen. Een aantal rechters was het openlijk met deze regel oneens. In specifieke zaken werd af en toe verwezen naar Hansard¹⁷ en sommige rechters gaven toe Hansard informeel te raadplegen. De Law Commission was tegen versoepeling van het verbod vanwege twijfels over de betrouwbaarheid en beschikbaarheid van parlementaire stukken.¹⁸ In 1993 zwakte het House of Lords in de zaak *Pepper v Hart*¹⁹ het verbod af wat betreft Acts of Parliament. Verwijzing naar parlementaire stukken is ten aanzien van Acts of Parliament toegestaan als a) de wetgeving dubbelzinnig of onduidelijk is of toepassing ervan leidt tot een vreemde uitkomst; b) het materiaal waarop een beroep wordt gedaan bestaat uit een of meer uitspraken van een minister of een andere initiatiefnemer van het wetsontwerp, eventueel in combinatie met andere parlementaire stukken als het nodig is om die uitspraken te begrijpen; en c) de uitspraken waarop een beroep wordt gedaan duidelijk zijn.²⁰ Op de uitspraak in *Pepper v Hart* is veel kritiek gekomen, onder meer vanwege de enorme proceskosten die eruit zouden kunnen voortvloeien. Het belang van deze uitspraak moet echter niet worden overdreven. Het is de bedoeling dat de regering haar zienswijze nu vastlegt in explanatory notes.²¹

15 Smith, Bailey & Gunn 2007, par. 6-035.

16 Sinds 1998-1999 gaan wetsontwerpen vergezeld van explanatory notes. Deze vervangen de daarvoor bestaande explanatory memoranda. Deze stukken zijn echter niet goedgekeurd door het parlement en niet gezaghebbend, Smith, Bailey & Gunn 2007, par. 5-010.

17 www.parliament.uk/business/publications/hansard/. Hansard is het bewerkte volledige verslag van de besprekingen van zowel het House of Commons als het House of Lords.

18 Smith, Bailey & Gunn 2007, par. 6-037.

19 [1993] AC 593.

20 Smith, Bailey & Gunn 2007, par. 6-038.

21 Smith, Bailey & Gunn 2007, par. 6-041.

5.3 Theft

5.3.1 Inleiding

Een van de belangrijkste hervormingen van de 20^e eeuw op het gebied van het strafrecht in Engeland was de hervorming van het recht omtrent vermogensdelicten. Deze hervorming kreeg gestalte door de invoering van de Theft Act in 1968.

Wat theft is, is opgenomen in s. 1(1) van de Theft Act 1968:

“A person is guilty of theft if he dishonestly appropriates property belonging to another with the intention of permanently depriving the other of it; and “thief” and “steal” shall be construed accordingly.”

Onder het theft-artikel vallen feiten die vroeger, onder de common law, als verschillende afzonderlijke feiten werden gezien, zoals larceny, larceny by a servant, embezzlement en fraudulent conversion.

Aan de wieg van de Theft Act 1968 stond de CLRC. Op 18 maart 1959 vroeg de toenmalige Home Secretary²² de CLRC:

“to consider, with a view to providing a simpler and more effective system of law, what alterations in the criminal law are desirable with reference to larceny and kindred offences and to such other acts involving fraud or dishonesty as, in the opinion of the committee, could conveniently be dealt with in legislation giving effect to the committee’s recommendations on the law of larceny.”²³

De commissie oordeelde dat een “simpler and more effective system of law” verstrekende veranderingen van het toentertijd geldende recht met betrekking tot de vermogensdelicten eiste. Volgens de commissie waren amendementen op het toenmalige systeem niet voldoende, maar was een geheel nieuwe wet noodzakelijk. De oude delictomschrijvingen bleken na onderzoek zo gebrekkig te zijn, dat het nodig was om terug te keren naar de basis, om vast te stellen wat de essentiële bestanddelen van de delicten waren en om dienovereenkomstig strafbepalingen op te stellen.²⁴ De

22 Minister van Binnenlandse Zaken.

23 CLRC 1966, par. 1.

24 CLRC 1966, par. 2-4.

belangrijkste gebreken van het toen geldende recht waren volgens de commissie in de eerste plaats zijn moeilijkheid en complexiteit, en in de tweede plaats het niet strafbaar stellen van bepaalde vormen van oneerlijkheid die zeker strafbaar zouden moeten zijn.²⁵ Alvorens over te gaan tot een bespreking van de voorstellen van de CLRC en de Theft Act 1968 bespreek ik hieronder kort het toentertijd geldende recht met betrekking tot de vermogensdelicten en de door de CLRC gesignaleerde problemen.

5.3.2 *De Larceny Act 1916*

Larceny

Larceny, ook wel stealing genoemd, was een van de eerste strafbare feiten.²⁶ De common law begon met een ruwe definitie van stealing die alleen de meest voor de hand liggende manier van het wegnemen van eigendom omvatte.²⁷ Oorspronkelijk kon het worden omschreven als “the unlawful taking of a chattel²⁸ or money by one person from another with the intent to steal”.²⁹

In de Larceny Act 1916, waarin de common law op het gebied van de vermogensdelicten was gecodificeerd,³⁰ waren verschillende delicten strafbaar gesteld. In s. 2 van de Larceny Act 1916 was simple larceny strafbaar gesteld:

“Stealing for which no special punishment is provided under this or any other Act for the time being in force shall be simple larceny and a felony punishable with penal servitude for any term not exceeding five years (...).”

Wat onder stealing moest worden verstaan, stond in s. 1(1):

“A person steals who, without the consent of the owner, fraudulently and without a claim of right made in good faith, takes and carries away anything capable of being stolen with intent, at the time of such taking, permanently to deprive the owner thereof.”

25 CLRC 1966, par. 15.

26 Smith 1994, par. 1.09.

27 Ormerod & Williams 2007, par. 1.01.

28 Een chattel is een roerend goed, ter onderscheiding van land. Bij wijze van uitzondering wordt geld in het algemeen niet als chattel aangemerkt, hoewel het wel een roerend goed is en altijd larcenable was. Het recht dat van toepassing is op chattels is over het algemeen ook van toepassing op geld. Zie Smith 1994, par. 1.09, noot 35.

29 Smith 1994, par. 1.09.

30 Ormerod & Williams 2007, par. 1.11.

De betekenis van taking was onder de common law steeds verder uitgebreid.³¹ In de Larceny Act 1916 werden deze uitbreidingen vastgelegd. S. 1(2)(i) luidde als volgt:

- “the expression “takes” includes obtaining the possession
- (a) by any trick;³²
 - (b) by intimidation;
 - (c) under a mistake on the part of the owner with knowledge on the part of the taker that possession has been so obtained;
 - (d) by finding, where at the time of the finding the finder believes that the owner can be discovered by taking reasonable steps;”

Blijkens de hiervoor genoemde definitie van stealing was het essentieel dat naast taking ook sprake was van carrying away. Volgens s. 1(2)(ii) hield dit het volgende in:

“the expression “carries away” includes any removal of anything from the place which it occupies, but in the case of a thing attached, only if it has been completely detached;”

Larceny was geen inbreuk op eigendom, maar op bezit.³³ Dit was gedeeltelijk zo omdat het doel van de wet was om de rust te bewaren, zodat het de directe bezitter van het goed was die werd gezien als slachtoffer van de theft, en niet de eigenaar. Vaak vielen eigendom en bezit samen, maar dat hoefde niet het geval te zijn. Een vaak voorkomend geval waarin eigendom en bezit werden gescheiden, was bailment. Bailment is een algemene naam

31 Ormerod & Williams 2007, par. 1.19.

32 Op deze plaats wijs ik er vast op dat het verschil tussen larceny by a trick en het later te bespreken obtaining by false pretences (s. 32 van de Larceny Act 1916) volgens de CLRC te subtiel was. Het essentiële verschil tussen beide delicten was dat het slachtoffer van larceny by a trick zijn eigendom niet verloor, maar het slachtoffer van obtaining by false pretences wel. Het was moeilijk een logische grens tussen deze twee delicten trekken en vast te stellen of sprake was van het een of het ander. Voorts waren de twee delicten zo opgesteld dat ze elkaar uitsloten. Deze problemen werden niet geheel opgelost door s. 44 van de Larceny Act 1916, dat een soort alternatieve bewezenverklaring mogelijk maakte, vgl. CLRC 1966, par. 19.

33 Met het woord eigendom bedoel ik ownership. Met bezit bedoel ik possession. De verschillen tussen het Nederlandse en Engelse recht op die gebieden laat ik, tenzij relevant, voor wat ze zijn.

voor verschillende juridische transacties zoals leen, pand, verhuur, opslag, vervoer en reparatie. Over het algemeen wordt het goed door de bailor aan de bailee toevertrouwd met een bepaald doel, zoals transport of reparatie. Als dat doel bereikt is, moet het goed geretourneerd worden aan de bailor of aan een door hem aangewezen derde.³⁴

Taking and carrying away was – vanzelfsprekend – niet noodzakelijk in het geval waarin een bailee stal van een bailor. De bailee had het goed immers al onder zich. S. 1(1) hield voor die gevallen (tevens) in:

“(...) a person may be guilty of stealing any such thing notwithstanding that he has lawful possession thereof, if, being a bailee or part owner thereof, he fraudulently converts the same to his own use or the use of any person other than the owner.”

Het was bijvoorbeeld genoeg dat de verdachte goederen verkocht die hij als bailee onder zich had. In het delict larceny lag dus ook wat wij in Nederland verduistering zouden noemen besloten. Hoewel larceny zoals gezegd gewoonlijk wordt omschreven als een inbreuk op bezit, was larceny door een bailee een inbreuk op de rechten van de eigenaar.³⁵

Larceny by a servant

Larceny door werknemers was apart strafbaar gesteld, en wel in s. 17(1)(a):

“Every person who
(1) being a clerk or servant or person employed in the capacity of a clerk or servant
(a) steals any chattel, money or valuable security belonging to or in the possession or power of his master or employer; (...)
shall be guilty of felony and on conviction thereof liable to penal servitude for any term not exceeding fourteen years (...).”

Al onder de common law was het een uitgemaakte zaak dat goederen die een werkgever zijn werknemer toevertrouwd, in het bezit van de werkgever bleven. De werknemer was slechts houder. Het toe-eigenen van de goederen door de werknemer leverde een taking van de goederen uit het bezit van de werkgever op, en daarmee larceny.³⁶ Ook larceny by a servant zouden we in Nederland als verduistering aanmerken.

34 Smith 1994, par. 1.11.

35 Ormerod & Williams 2007, par. 1.20.

36 Ormerod & Williams 2007, par. 1.21.

Embezzlement

De situatie was anders als de werknemer goederen van een derde ontving met de bedoeling deze over te dragen aan zijn werkgever. In dat geval werd aangenomen dat de werknemer het bezit had verkregen, zodat het onder de common law voor hem niet mogelijk was om larceny te plegen. Hij was zonder twijfel een bailee, maar in 1799, voordat er regelgeving was die handelde over bailees in het algemeen, werd het delict embezzlement gecreëerd om in deze situaties toe te passen. De strafbaarstelling van embezzlement werd vastgelegd in s. 17(1)(b) van de Larceny Act 1916.³⁷

“Every person who
(1) being a clerk or servant or person employed in the capacity of a clerk or servant
(...)
(b) fraudulently embezzles the whole or any part of any chattel, money or valuable security delivered to or received or taken into possession by him for or in the name or on the account of his master or employer,
(...)
shall be guilty of felony and on conviction thereof liable to penal servitude for any term not exceeding fourteen years (...).”

Een onderzoek naar de toereikendheid van het delict embezzlement vond de CLRC onnodig, omdat het onderscheid tussen embezzlement en larceny volgens de commissie duidelijk een van de technische onderscheidingen was die afgeschaft zou moeten worden. Embezzlement werd – volgens de commissie – volledig omvat door het hierna te noemen fraudulent conversion, behalve dan dat er op embezzlement een hogere straf stond.³⁸

Fraudulent conversion

De essentie van het delict fraudulent conversion was onrechtmatig gebruik van een goed door iemand die dit goed in bezit heeft namens iemand anders. Het delict was volgens de CLRC gecreëerd voor onder meer die gevallen van oneerlijk onrechtmatig gebruik die niet onder larceny vielen (omdat geen sprake was van taking)³⁹ en evenmin onder embezzlement (omdat de verdachte geen werknemer was).⁴⁰ In s. 20(1)(iv) van de Larceny Act 1916 werd het als volgt omschreven:

37 Ormerod & Williams 2007, par. 1.22.

38 CLRC 1966, par. 29.

39 Hieruit zal afgeleid moeten worden dat in die gevallen kennelijk geen sprake was van bailment. Anders lijkt het delict voor die gevallen overbodig.

40 CLRC 1966, par. 30.

“1) Every person who— .
(...)
(iv)(a) being entrusted either solely or jointly with any other person with any property in order that he may retain in safe custody or apply, pay, or deliver, for any purpose or to any person, the property or any part thereof or any proceeds thereof; or
(b) having either solely or jointly with any other person received any property for or on account of any other person;
fraudulently converts to his own use or benefit, or the use or benefit of any other person, the property or any part thereof or any proceeds thereof;
shall be guilty of a misdemeanour and on conviction thereof liable to penal servitude for any term not exceeding seven years.”⁴¹

Op het eerste gezicht lijkt dit feit ook larceny door een bailee, larceny by a servant en embezzlement te omvatten, maar voor die gevallen bestonden al strafbepalingen. Onder het delict vielen zo ongeveer alle andere personen die zich schuldig maakten aan onrechtmatig gebruik van goederen die hen toevertrouwd waren, zoals de penningmeester van een sportclub die zich geld van de club toe-eigent en de curator die zich geld uit de boedel toe-eigent.⁴² Ook dit zouden we in Nederland verduistering noemen.

5.3.3 *De CLRC*

De door de CLRC gesignaleerde problemen

De CLRC oordeelde dat alleen al het feit dat het toe-eigenen van een goed van een ander onder drie verschillende strafbaarstellingen zou kunnen vallen, te weten larceny, embezzlement en fraudulent conversion, voor problemen zorgde. Zij illustreerde dat aan de hand van het volgende voorbeeld. Als een kassier zich onrechtmatig geld toe-eigende voordat hij het in de kassa had gedaan, was sprake van embezzlement. Als het geld al wel in de kassa was gestopt, bevond het zich volgens de doctrine in het bezit van de werkgever. Onrechtmatige toe-eigening was vanaf dat moment larceny. Weer anders was het als de dader geen werknemer was, maar in een andere fiduciaire relatie stond tot het slachtoffer. Toe-eigening van het geld kon dan fraudulent conversion opleveren. Het kwam de commissie onjuist voor dat zaken die zo weinig van elkaar verschilden, afhankelijk van details, onder verschillende bepalingen vielen, hetgeen voor problemen in de rechtszaal kon zorgen. Daar kwam bij dat rechters hun tijd niet aan dit soort technische

41 In s. 20(1)(i) tot en met s. 20(1)(iii) van de Larceny Act 1916 waren ook nog andere gevallen van onrechtmatig gebruik door personen in bepaalde posities vastgelegd.

42 Griew 1995, par. 2.02.

details zouden moeten besteden en dat een veroordeling of vrijspraak er niet van afhankelijk mocht zijn.⁴³

Een ander door de CLRC benoemd probleem was het tijdstip waarop de oneerlijke intentie gevormd moest zijn. Aangezien onder s. 1 van de Larceny Act 1916 voor taking nodig was dat de verdachte op het moment van de taking frauduleus handelde en de intentie had om de bezitter zijn goed te ontnemen, was het zo dat een onschuldige verkrijging gevolgd door een oneerlijke beslissing om het goed te houden, over het algemeen geen larceny opleverde. Dus een eerlijke vinder, die op het moment van het vinden van plan was het goed terug te geven aan de eigenaar, was niet schuldig wegens larceny als hij later van gedachten veranderde en het goed onrechtmatig hield. Ook maakte hij zich door die latere toe-eigening niet schuldig aan larceny as a bailee.⁴⁴ Van larceny by finding was alleen sprake als de vinder op het moment van het vinden geloofde dat de eigenaar door het nemen van redelijke maatregelen kon worden ontdekt, maar hij deze maatregelen achterwege liet en het goed voor zichzelf hield.⁴⁵ Als bleek dat de vinder niet geloofde dat de eigenaar door die redelijke maatregelen kon worden ontdekt, was hij niet schuldig aan larceny, zelfs niet als hij op het moment van vinden de intentie al had om het gevondene te houden en de eigenaar hem later bekend werd.⁴⁶ Hetzelfde gold voor gestolen goederen. Als een persoon gestolen goederen in zijn bezit kreeg en op dat moment van plan was de goederen te overhandigen aan de eigenaar of een andere vertrouwde houder, dan pleegde hij niet het delict receiving stolen property als bedoeld in s. 33 van de Larceny Act 1916.⁴⁷ Een latere oneerlijke beslissing om de goederen te houden, maakte hem niet schuldig aan larceny.⁴⁸ Ook pleegde

43 CLRC 1966, par. 18.

44 De commissie verwijst hiertoe naar *Matthews* (1873), 12 Cox 489 en *Thompson v Nixon* [1966] 1 Q.B. 103; 49 Cr. App. R. 324.

45 Vgl. s. 1(2)(i)(d) Larceny Act 1916.

46 CLRC 1966, par. 21. De commissie verwijst hiertoe naar *Thurborn* (1849), 1 Den. 387.

47 S. 33(1) luidde:

“Every person who receives any property knowing the same to have been stolen or obtained in any way whatsoever under circumstances which amount to felony or misdemeanour, shall be guilty of an offence of the like degree (whether felony or misdemeanour) and on conviction thereof liable

(a) in the case of felony, to penal servitude for any term not exceeding fourteen years;

(b) in the case of misdemeanour, to penal servitude for any term not exceeding seven years;

(c) in either case, if a male under the age of sixteen years, to be once privately whipped in addition to any punishment to which he may by law be liable.”

48 De commissie verwijst hiertoe naar *Matthews* (1950), 34 Cr. App. R. 55.

de ontvanger niet het delict van receiving stolen property als hij op het moment van het verkrijgen van het goed niet wist dat het gestolen was en hij pleegde ook geen delict als hij er later achterkwam dat het gestolen was en besloot de goederen te houden.⁴⁹

Eveneens voor moeilijkheden zorgden de zaken over dishonest retention van een goed dat iemand als gevolg van een fout had verkregen. In de zaak *Ashwell*⁵⁰ vroeg de verdachte iemand om hem een shilling (= geldstuk dat 0,05 pond waard was) te lenen. Hij kreeg in het donker een sovereign (= geldstuk dat 1 pond waard was), waarvan beiden dachten dat het een shilling was. Een uur later kwam de verdachte achter de vergissing, wisselde de munt en gaf een gedeelte uit. Hij werd in eerste instantie veroordeeld wegens larceny van de sovereign. De rechters in hoger beroep waren verdeeld over de vraag of dit larceny was. Ten tijde van de totstandkoming van het rapport van de commissie, in 1966, zou het standpunt zijn dat er geen sprake was van larceny omdat er geen intentie om te stelen was op het moment dat de munt overhandigd werd. De feiten pasten volgens de CLRC ook zeker niet onder s. 1(2)(i)(c) van de Larceny Act 1916, dat bepaalt dat taking ook omvat het verkrijgen van bezit door een fout van de eigenaar, terwijl degene die het goed in bezit krijgt daarvan kennis draagt.⁵¹ De CLRC ging er kennelijk vanuit dat de eigendom van het goed was overgegaan en *Ashwell* slechts een schuld aan de ander had, zodat evenmin sprake kon zijn van larceny door een bailee.

Er waren nog twee, voor die tijd recente, uitspraken die volgens de CLRC de problemen op dit gebied van de law of larceny goed illustreerden.

In *Moynes v Cooper*⁵² kreeg een werknemer een loonzakje waarin door een fout teveel geld zat. Toen hij bij opening van het loonzakje de fout ontdekte, besloot hij om al het geld te houden. De meerderheid van de rechters vond dat hij niet strafbaar was wegens diefstal van het overschot, omdat in het licht van s. 1(2)(i)(c) van de Larceny Act 1916 de relevante taking plaatsvond op het moment dat hij het loonzakje ontving en er op dat moment geen sprake was van een oneerlijke intentie.

49 CLRC 1966, par. 22. De commissie verwijst hiertoe naar *Johnson* (1911), 6 Cr. App. R. 218.

50 (1885), 16 Q.B.D. 190.

51 CLRC 1966, par. 23.

52 [1956] 1 Q.B. 439; 40 Cr. App. R. 20.

In *Russel v Smith*⁵³ ontdekte een vrachtwagenchauffeur dat er acht zakken varkensvoer te veel in zijn vrachtwagen waren geladen door een fout van de werknemers van zijn opdrachtgever. Hij vormde de oneerlijke intentie om zich de zakken toe te eigenen, reed weg en verkocht ze. Hij werd schuldig bevonden wegens larceny omdat, anders dan in de zaak *Moynes v Cooper*, er geen sprake was van een taking van de zakken voordat hij de fout ontdekte en hij pas op dat moment de oneerlijke intentie vormde. De vrachtwagenchauffeur had op het moment van de taking immers zelf nog geen enkele handeling ten opzichte van de zakken verricht. Dat deed hij pas toen hij de fout ontdekte en op datzelfde moment nam hij zijn oneerlijke besluit.

In beide zaken was sprake van oneerlijke toe-eigening van het goed. Maar omdat de oneerlijkheid werd gepleegd onder ietwat verschillende omstandigheden, zijn de uitspraken verschillend. De twee zaken zijn voor de commissie een sterk argument voor het hervormen van de wet.⁵⁴

De door de CLRC gesignaleerde problemen ten aanzien van de delicten larceny by a trick en obtaining by false pretences worden in paragraaf 5.7 besproken.

Voorstellen van de CLRC

Bij het definiëren van de nieuwe delicten concentreerde de commissie zich op de essentiële bestanddelen van die delicten. De commissie heeft geprobeerd te voorkomen gedetailleerde onderscheidingen te maken, in het bijzonder wat betreft de manier waarop de delicten kunnen worden gepleegd. Het wetsvoorstel van de commissie bracht een groot aantal vermogensdelicten onder één strafbaarstelling (theft).⁵⁵ Ook heeft de commissie, behalve wat betreft robbery, burglary, criminal deception en taking a motor vehicle or other conveyance without authority, volstaan met één strafmaximum. Onder de Larceny Act bestonden vele strafmaxima, waarbij verschillende factoren in aanmerking dienden te worden genomen. Die strafmaxima dateerden volgens de commissie uit een tijd waarin het meer gebruikelijk was maximumstraffen op te leggen en de wetgever de strafoplegging niet

53 [1958] 1 Q.B. 27; 41 Cr. App. R. 198.

54 CLRC 1966, par. 24.

55 CLRC 1966, par. 9.

volledig aan de rechters toevertrouwd. De commissie zag dit voor een groot deel als de oorzaak van de grote verscheidenheid aan delicten en de daarbij behorende problemen van het toenmalige recht. In de tijd van de commissie was het inmiddels gebruik geworden om de maximumstraffen te reserveren voor de ergste vormen van de delicten.⁵⁶

Theft

Volgens de commissie was het delict fraudulent conversion waardevol gebleken. Het omvatte in duidelijke taal vele omstandigheden onder welke een goed onderhevig kon zijn aan onrechtmatig gebruik. Het idee dat besloten lag in de woorden "fraudulently converts to his own use or benefit, or the use or benefit of any other person" correspondeerde met wat de commissie voorstelde als de essentie van het nieuwe delict theft.⁵⁷

Het delict theft moest larceny, embezzlement en fraudulent conversion vervangen. Het belangrijkste element van deze delicten was de "dishonest appropriation of another person's property" en volgens de commissie was het niet alleen logisch, maar ook principieel juist om dit tot het centrale element van het delict te maken. Op die manier kon de wet zich concentreren op wat de verdachte oneerlijk verkreeg of probeerde te verkrijgen en niet op de wijze – door taking of op een andere manier – waarop hij dat deed. Dit zou naar het oordeel van de commissie een veelvoud aan delictsomschrijvingen voorkomen. Daarom luidde s. 1(1) van het wetsvoorstel als volgt:

"A person is guilty of theft if he dishonestly appropriates property belonging to another with the intention of permanently depriving the other of it; and 'thief', 'steals' and 'stolen' shall be construed accordingly."^{58 59}

De CLRC heeft zich tijdens de beraadslagingen lange tijd op het standpunt gesteld dat het algemene delict theft ook obtaining by false pretences zou moeten omvatten, zodat het zoveel mogelijk gevallen van het oneerlijk verkrijgen van goederen zou beslaan. Omdat het laatste delict echter zo wezenlijk anders is dan theft – in het bijzonder omdat in het geval van obtaining by false pretences de eigenaar er als het ware mee instemt om te worden gescheiden van zijn eigendom – is daar uiteindelijk toch vanaf

56 CLRC 1966, par. 10-11.

57 CLRC 1966, par. 30.

58 CLRC 1966, par. 33.

59 Ik merk op deze plaats vast op dat deze definitie vrijwel letterlijk overeenkomt met de uiteindelijk in de Theft Act 1968 opgenomen definitie.

gezien.⁶⁰ Het oude delict *obtaining by false pretences*, de opvolger *deception* en het huidige delict *fraud* worden in paragraaf 5.7 besproken.

Strafmaxima

Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, kende de *Larceny Act 1916* verschillende strafmaxima. Het maximum voor eenvoudige *larceny* was vijf jaar gevangenisstraf. In geval van *recidive* werd dat maximaal tien jaren.⁶¹ Verder stonden op het stelen van bepaalde soorten goederen onder bepaalde omstandigheden verschillende strafmaxima. De commissie raadde aan de maximumstraf voor alle gevallen van stelen te stellen op tien jaar gevangenisstraf.^{62 63}

5.3.4 *De Theft Act 1968*

De CLRC presenteerde haar rapport, met als bijlage een *Draft Theft Bill*, in september 1966 aan het parlement. De *Draft Bill* was de basis voor de *Theft Bill* die in december 1967 bij het *House of Lords* werd geïntroduceerd. The *Bill* ontving in juli 1968 de *Royal Assent*. De *Act*, waarin de voorstellen van de CLRC grotendeels zijn overgenomen⁶⁴, trad in werking op 1 januari 1969.⁶⁵

De *Theft Act 1968* maakte een eind aan het oude systeem van de *law of larceny* en bracht een nieuwe start op het gebied van de vermogensdelicten. De definitie van *theft* omvat zoals gezegd zowat alle vormen van oneerlijk gedrag als vastgelegd in de oude bepalingen omtrent *larceny*, *embezzlement* en *fraudulent conversion*. Dat alle problemen daarmee zijn opgelost, bleek echter een illusie. Ook de interpretatie van de delictomschrijvingen uit de *Theft Act* heeft geleid tot veel en ingewikkelde jurisprudentie.⁶⁶ Bij de interpretatie van de *Theft Act* hoeft in beginsel niet te worden teruggegrepen op de oude *common law* en de *Larceny Act*. Dat neemt niet weg dat op

60 CLRC 1966, par. 38.

61 Vgl. s. 37(1) *Larceny Act 1916*.

62 CLR 1966, par. 59-62.

63 Dit werd overgenomen in s. 7 van de *Theft Act 1968*, maar met ingang van 1 oktober 1992 is dit teruggebracht naar zeven jaren, zie s. 26 van de *Criminal Justice Act 1991* en www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/60/section/7#commentary-c688796.

64 Ormerod & Williams 2007, par. 1.03.

65 Griew 1995, par. 1.01.

66 Ormerod & Williams 2007, par. 1.03-1.07.

sommige plaatsen in de Theft Act termen met een vaste betekenis uit de Larceny Act zijn overgenomen, waarvan moet worden aangenomen dat zij hun betekenis hebben behouden.^{67 68}

S. 1 van de Theft Act 1968 geeft zoals gezegd de basisdefinitie van theft:

- “(1) A person is guilty of theft if he dishonestly appropriates property belonging to another with the intention of permanently depriving the other of it; and “thief” and “steal” shall be construed accordingly.
- (2) It is immaterial whether the appropriation is made with a view to gain, or is made for the thief’s own benefit.⁶⁹
- (3) The five following sections of this Act shall have effect as regards the interpretation and operation of this section (and, except as otherwise provided by this Act, shall apply only for purposes of this section).”

Zoals s. 1(3) al aankondigt, zijn in ss. 2 tot en met 6 de verschillende bestanddelen nader uitgewerkt. Het betreft (i) dishonestly; (ii) appropriation; (iii) property; (iv) belonging to another; en (v) intention permanently to deprive. In het navolgende bespreek ik die verschillende bestanddelen en zo nodig de bijbehorende jurisprudentiële ontwikkelingen kort, met nadruk op het bestanddeel appropriation. Dat bestanddeel zorgt voor veel discussie en lijkt het meest in de buurt te komen van ons ‘wegnemen’.

5.3.4.1 Appropriation

De CLRC dacht – naar zal blijken volledig ten onrechte – dat het concept van dishonest appropriation makkelijk te begrijpen zou zijn, zelfs zonder nadere definitie. Desalniettemin werd in s. 3(1) van de Draft Bill een gedeeltelijke definitie van appropriation opgenomen:

67 Het gaat dan bijvoorbeeld om de termen ‘menaces’ in blackmail en ‘receives’ in handling stolen goods.

68 Ormerod & Williams 2007, par. 1.10-1.12.

69 Het verschil tussen ‘a view to gain’ and ‘for the thief’s own benefit’ is niet meteen duidelijk. De bepaling is bijna letterlijk overgenomen uit het voorstel van de CLRC. Volgens de Notes on Draft Bill (annex 2 bij het rapport van de CLRC) maakt deze bepaling duidelijk dat het toe-eigenen van een goed ook theft kan opleveren als het niet wordt gedaan met de bedoeling winst of voordeel te behalen. Dus ook het toe-eigenen van een waardeloos goed of het toe-eigenen van een goed met de bedoeling het meteen te vernietigen levert theft op. Ormerod en Williams noemen als voorbeeld het geval waarin de verdachte brieven van een derde door de wc spoelt en het geval waarin een verdachte het paard van een derde in een mijnschacht laat verdwijnen. In die gevallen is de verdachte schuldig aan theft niet tegenstaande dat zijn enige bedoeling was om de derde nadeel toe te brengen (en niet om zelf voordeel te behalen), vgl. Ormerod & Williams 2007, par. 2.271.

“Any assumption by a person of the rights of an owner amounts to an appropriation...”⁷⁰

Het leek de CLRC logisch om de handeling van het stelen in normale zaken appropriation te noemen.⁷¹ Het idee van ‘dishonest appropriation’ dat ten grondslag lag aan het nieuwe delict theft correspondeerde met het idee dat besloten lag in de woorden ‘fraudulently converts to his own use or benefit, or the use or benefit of any other person’ in de definitie van fraudulent conversion in de Larceny Act 1916. In feite bestond het nieuwe delict uit het voormalige delict fraudulent conversion zonder de specifieke omstandigheden waaronder het tot dan toe was strafbaar gesteld. Door het verwijderen van die omstandigheden strekte het delict zich ook uit over het normale stelen van een goed uit het bezit van iemand anders. Het effect was dat fraudulent conversion werd verbreed zodat het ook het geheel van larceny en embezzlement omvatte.

Zoals gezegd betekende ‘dishonest appropriation’ in de ogen van de CLRC hetzelfde als ‘fraudulently converts to his own use or benefit, or the use or benefit of any other person’, maar het eerste was korter en, naar de commissie hoopte, duidelijker. Een reden om het woord converts te houden zou zijn dat het al bekend was. Maar de commissie vond het juristentaal en leken zouden kunnen denken dat het iets als ‘omzetten’ betekent. ‘Appropriates’ leek de commissie al met al een beter woord.⁷²

Het delict omvatte tevens het geval waarin een goed dat op zichzelf eerlijk was verkregen oneerlijk werd behouden en het geval waarin iemand zich ontdoed van een goed na dit op een eerlijke manier te hebben verworven. Dit lag wellicht (impliciet) al besloten in het concept van appropriation, maar het werd geëxpliciteerd in s. 3(1), waarin eveneens stond dat a person’s assumption of the rights of an owner includes...:

“(...) where he has come by the property (innocently or not) without stealing it, any later assumption of a right to it by keeping or dealing with it as owner.”⁷³

Het leek de commissie logisch om oneerlijk behouden van of handelen met betrekking tot het goed te beschouwen als theft. Als taking de basis van het delict zou blijven, zou het voor dit soort gevallen nodig zijn een

70 Ook deze definitie is letterlijk overgenomen in de uiteindelijke Theft Act 1968.

71 CLRC 1966, par. 34.

72 CLRC 1966, par. 35.

73 Dit staat zo ook letterlijk in de uiteindelijke Theft Act 1968.

afzonderlijk delict van oneerlijk behouden of ontdoen van een goed te creëren.⁷⁴ De commissie stelde één uitzondering voor voor degene die te goeder trouw iets koopt en er later achterkomt dat de verkoper niet beschikingsbevoegd was, wellicht omdat de verkoper of iemand anders het gestolen had. Als de koper het goed desondanks zou houden of er op een andere manier als eigenaar mee om zou gaan, zou hij zich op grond van de hiervoor weergegeven bepaling schuldig maken aan theft. Dat zou verdedigbaar zijn, maar de commissie zou de wet in dat geval te streng vinden.⁷⁵ Daarom bepaalde s. 3(2) dat een latere assumption of ownership onder die omstandigheden geen theft oplevert.

S. 3 van de Theft Act 1968 kwam uiteindelijk als volgt te luiden:

- “(1) Any assumption by a person of the rights of an owner amounts to an appropriation, and this includes, where he has come by the property (innocently or not) without stealing it, any later assumption of a right to it by keeping or dealing with it as owner.
- (2) Where property or a right or interest in property is or purports to be transferred for value to a person acting in good faith, no later assumption by him of rights which he believed himself to be acquiring shall, by reason of any defect in the transferor’s title, amount to theft of the property.”

Appropriation is geen gemakkelijk woord gebleken. Het is meeromvattend dan taking property, het ziet op de assumption van een recht of de rechten van een eigenaar van een goed. Voor de betekenis van appropriation zijn vier uitspraken van het (toenmalige) House of Lords van belang, te weten de zaken *Lawrence*⁷⁶, *Morris*⁷⁷, *Gomez*⁷⁸ en *Hinks*⁷⁹. Deze zaken bespreek ik in het navolgende kort.

Lawrence

De casus in deze zaak, zoals weergegeven in de uitspraak van het House of Lords, was als volgt. In september 1969 arriveerde een Italiaanse man die nauwelijks Engels sprak, in Londen. Hij ging naar een taxichauffeur, de verdachte, en liet hem een stukje papier zien waarop een adres was geschreven. De verdachte zei hem daarop dat het heel ver en heel duur was.

74 CLRC 1966, par. 36.

75 CLRC 1966, par. 37.

76 [1972] AC 626.

77 [1984] AC 320.

78 [1993] AC 442.

79 [2001] 2 AC 241.

De Italiaan stapte in de taxi, pakte een pond uit zijn portemonnee en gaf die aan de verdachte. De verdachte pakte vervolgens – terwijl de Italiaan zijn portemonnee nog steeds open had en niet protesteerde – nog zes pond. Daarna reed hij de Italiaan naar het desbetreffende adres. De juiste ritprijs zou iets van een halve pond zijn geweest. De verdachte werd vervolgd en veroordeeld wegens theft van de zes pond die hijzelf uit de portemonnee had gepakt.

De belangrijkste stelling van de verdachte voor het Court of Appeal en het House of Lords was dat de Italiaan had ingestemd met het wegnemen van de zes pond en dat als gevolg daarvan de veroordeling niet in stand kon blijven. De leading speech van Viscount Dilhorne – waarmee alle Lords instemden – hield onder meer in:

“Prior to the passage of the Theft Act 1968, which made radical changes in and greatly simplified the law relating to theft and some other offences, it was necessary to prove that the property alleged to have been stolen was taken “without the consent of the owner” (Larceny Act 1916, section 1(1)). These words are not included in section 1(1) of the Theft Act, but the appellant contended that the subsection should be construed as if they were, as if they appeared after the word ‘appropriates’. Section 1(1) reads as follows:

‘A person is guilty of theft if he dishonestly appropriates property belonging to another with the intention of permanently depriving the other of it; and “thief” and “steal” shall be construed accordingly.’

I see no ground for concluding that the omission of the words “without the consent of the owner” was inadvertent and not deliberate, and to read the subsection as if they were included is, in my opinion, wholly unwarranted. Parliament by the omission of these words has relieved the prosecution of the burden of establishing that the taking was without the owner’s consent. That is no longer an ingredient of the offence. Megaw L.J., delivering the judgment of the Court of Appeal, said [1971] 1 Q.B. 373, 376 that the offence created by section 1(1) involved four elements: ‘(i) a dishonest (ii) appropriation (iii) of property belonging to another (iv) with the intention of permanently depriving the owner of it.’ I agree. That there was appropriation in this case is clear. Section 3(1) states that any assumption by a person of the rights of an owner amounts to an appropriation. Here there was clearly such an assumption. That an appropriation was dishonest may be proved in a number of ways. In this case it was not contended that the appellant had not acted dishonestly.”

Kortom, voor een veroordeling wegens theft is niet noodzakelijk dat vast komt te staan dat de verdachte heeft gehandeld zonder toestemming van de eigenaar. Lord Dilhorne voegde daaraan toe dat de veronderstelling dat de passagier instemde met de appropriation, dat wil zeggen met het

betalen van een ritprijs die ver boven het wettelijk tarief lag, relevant is – net als het ontbreken van die instemming – bij de beantwoording van de vraag of de verdachte oneerlijk heeft gehandeld. Bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van een appropriation is het echter niet van belang. S. 1(1) van de Theft Act 1968 moet dus niet zo opgevat worden dat het de woorden ‘without the consent of the owner’ of soortgelijke woorden bevat.

Ook werd beslist dat s. 1(1) (theft) en s. 15(1) (obtaining by deception)⁸⁰ van de Theft Act 1968 elkaar niet uitsluiten. Tussen beide delicten was enige overlap en het gedrag van een verdachte zou dus best onder twee strafbepalingen kunnen vallen.

Volgens Horder is deze uitspraak het gevolg van het feit dat de verdachte wegens theft werd vervolgd. Hij vindt de feiten een duidelijk voorbeeld van obtaining by deception (nu: fraud) opleveren. Maar nu een Engelse beroepsinstantie de aanklacht niet kan wijzigen en evenmin kan bevelen dat de zaak opnieuw moet worden behandeld op basis van een andere aanklacht, moest het House of Lords kiezen tussen het vernietigen van de veroordeling van een overduidelijk oneerlijk persoon of het nemen van een beslissing die de law of theft zou destabiliseren.⁸¹ Het koos voor het laatste.

Morris

De geconsolideerde zaak *Morris* betrof twee verdachten die in een supermarkt prijkaartjes aan goederen bevestigden met daarop een lagere prijs dan de daadwerkelijke prijs. Het was de bedoeling bij de kassa die lagere prijs te betalen. In het ene geval werd dit bij de kassa ontdekt, in het andere geval betaalde de verdachte bij de kassa zoals beoogd de lagere prijs. Beide verdachten werden wegens (een voltooide) theft veroordeeld. Het House of Lords oordeelde dat deze veroordelingen juist waren. In beide zaken was de rechtsvraag of sprake was geweest van een oneerlijke appropriation, welke vraag door het House of Lords bevestigend werd beantwoord. Anders dan de verdediging betoogde, is voor een appropriation de “assumption of any of the rights” van een eigenaar voldoende. Met andere woorden: het enkele verwisselen van de prijkaartjes was voldoende voor een appropriation. In de enige inhoudelijke speech in deze zaak, waarmee de andere Lords het eens waren, overwoog Lord Roskill daarover het volgende:

80 S. 15(1) van de Theft Act handelde over deception, dat wil (ongeveer) zeggen misleiding, bedrog dan wel oplichting. Dit delict is inmiddels vervangen door fraud. Beide delicten zullen in paragraaf 5.7 worden besproken.

81 Horder 2016, p. 386.

“My Lords, if one reads the words “the rights” at the opening of section 3(1) literally and in isolation from the rest of the section, Mr. Denison’s submission⁸² undoubtedly has force. But the later words “any later assumption of a right” in subsection (1) and the words in subsection (2) “no later assumption by him of rights” seem to me to militate strongly against the correctness of the submission. Moreover the provisions of section 2(1)(a) also seem to point in the same direction. It follows therefore that it is enough for the prosecution if they have proved in these cases the assumption by the respondents of any of the rights of the owner of the goods in question, that is to say, the supermarket concerned, it being common ground in these cases that the other three of the four elements mentioned in Viscount Dilhorne’s speech in *Lawrence* had been fully established.”

Uit de omstandigheid dat sprake is van een appropriation vloeit dus niet noodzakelijkerwijs voort dat de eigenaar zijn eigendom heeft verloren. Het uitoefenen van één van de rechten van de eigenaar, zoals het verwisselen van prijskaartjes, is immers voldoende voor een appropriation. De reikwijdte van het delict theft was hiermee uitgebreid tot handelingen die volgens het normale taalgebruik als voorbereiding of poging zouden worden beschouwd.⁸³ Ook volgt uit de zaak *Morris* dat het niet nodig is om te bewijzen dat de verdachte de intentie had de eigenaar permanent zijn goed te ontnemen met de handeling van appropriation zelf. Door het enkele verwisselen van de prijskaartjes verliest de eigenaar zijn goed immers niet. Dat de verdachte op het moment van de appropriation die intentie heeft, is kennelijk voldoende, ook als voor de daadwerkelijke permanente ontneming nog een toekomstige handeling, zoals het passeren van de kassa met het lager geprijsde goed, nodig is.⁸⁴

Het House of Lords paste in deze zaak wetsinterpretatie aan de hand van de letterlijke woorden van de wet toe.⁸⁵ Problemen ontstonden door de volgende overweging van Lord Roskill:

“If one postulates an honest customer taking goods from a shelf to put in his or her trolley to take to the checkpoint there to pay the proper price, I am unable to see that any of these actions involves any assumption by the shopper of the rights of the supermarket. In the context of section 3(1), the concept of appropriation in my view involves not an act expressly or impliedly authorised by the owner but an act by way of adverse interference with or usurpation of those rights.”

82 Mr. Denison had aangevoerd dat met “any assumption by a person of the rights of an owner” wordt bedoeld “any assumption of all the rights of an owner”.

83 Ormerod & Williams 2007, par. 2.14-2.15 en Blackstone 2013, par. B4.45.

84 Ormerod & Williams 2007, par. 2.17 en Horder 2016, p. 389.

85 Hoewel op die letterlijke interpretatie wel kritiek mogelijk is, vgl. Bijv. Ormerod & Williams 2007, par. 2.14.

De scherpste kritiek op de uitspraak in deze zaak betrof deze overweging, aangezien die in strijd zou zijn met de uitspraak in de zaak *Lawrence*. De lijn uit laatstgenoemde uitspraak volgend zou het immers niet uitmaken of de eigenaar wel of niet instemde met de appropriation, wat zou betekenen dat al sprake is van een appropriation op het moment dat de goederen door de eerlijke klant uit het schap in de supermarkt worden gepakt.⁸⁶

Tenslotte onderzocht ook Lord Roskill de verhouding tussen s. 1 en s. 15 van de Theft Act. Als het juist is dat theft plaatsvindt op het moment van de appropriation (dat wil zeggen op het moment van het verwisselen van de prijskaartjes) en vóór er betaald is bij de kassa, zou het verkeerd zijn te beweren dat dezelfde handeling van appropriation zowel theft (s. 1) als deception (s. 15) oplevert, omdat die delicten op verschillende momenten zouden worden gepleegd. Van deception zou pas sprake zijn als het verkeerde bedrag bij de kassa betaald zou worden, terwijl de theft al eerder wordt gepleegd. Alleen wanneer de verdachte daadwerkelijk het te lage bedrag bij de kassa betaalde, zou volgens Lord Roskill dus sprake van overlap tussen de twee delicten zijn. Lord Roskill besloot zijn leading speech met de opmerking dat dit soort zaken wat de feiten betreft simpel is en dat dit niet moet worden overschaduwd door ingewikkelde juridische discussies over de Theft Act die deze tak van het strafrecht ernstig bemoeilijken zonder daaraan een efficiënte bijdrage te leveren. Het in eenvoudige zaken toepasselijke recht moet indien mogelijk ook eenvoudig zijn. Vanwege de eenvoud leek het hem wenselijk dat de aanklager in dit soort gevallen alleen wegens deception zou vervolgen.

Gomez

In de zaak *Gomez* werd het conflict tussen de uitspraken in de zaken *Lawrence* en *Morris* opgelost. Gomez werkte als assistent-manager in een winkel voor elektrische goederen. Hij kwam met twee medeverdachten overeen dat door de winkel goederen zouden worden geleverd in ruil voor cheques waarvan hij wist dat ze gestolen waren. Hij zei tegen de manager dat de cheques “as good as cash” waren, waarop de manager instemde met de transacties. De twee cheques werden later teruggestuurd door de bank met de opmerking “Orders not to pay. Stolen cheque”. De verdachte en zijn medeverdachten werden vervolgd en in eerste aanleg

86 Zie bijvoorbeeld Horder 2016, p. 386. Een ander punt van kritiek is dat Lord Roskill, wanneer hij spreekt over “the honest customer”, de bestanddelen dishonesty en appropriation samenvoegt.

veroordeeld wegens theft. Het Court of Appeal vernietigde deze veroordelingen echter. Die beslissing steunde op de opvatting dat sprake was van een (hoewel vernietigbaar) contract tussen de eigenaar van de winkel en de medeverdachten van Gomez, dat overdracht met instemming van de eigenaar had plaatsgevonden en dat daarom geen sprake was van een appropriation. Wel legde het Court of Appeal de volgende rechtsvraag voor aan het House of Lords:

“When theft is alleged and that which is alleged to be stolen passes to the defendant with the consent of the owner, but that has been obtained by a false representation, has (a) an appropriation within the meaning of section 1(1) of the Theft Act 1968 taken place, or (b) must such a passing of property necessarily involve an element of adverse inference with or usurpation of some right of the owner?”

In deze rechtsvraag werden de beslissingen uit de zaken Lawrence (a) en Morris (b) lijnrecht tegenover elkaar gezet. Het House of Lords beantwoordde bij meerderheid vraag (a) bevestigend en vraag (b) ontkennend. Lord Keith of Kinkel, sprekend namens de meerderheid overwoog: (1) dat de betekenis van de relevante bepalingen uit de Theft Act moet worden bepaald door uitlegging van de wettekst zonder verwijzing naar het rapport van de CLRC dat aan de wet is voorafgegaan,⁸⁷ (2) dat de overwegingen van Lord Roskill onnodig waren voor de zaak Morris, in strijd met de ratio

87 Dit in tegenstelling tot Lord Lowry. Lord Lowry merkte in zijn speech, waarmee niet een van de andere Lords instemde, op dat de feiten in deze zaak tot de inwerking-treding van de Theft Act 1968 obtaining goods by false pretences zouden hebben opgeleverd. Van larceny zou geen sprake kunnen zijn geweest, omdat de eigenaar instemde met de overdracht. Dat die instemming het gevolg van misleiding was deed daaraan niet af, anders was het delict obtaining by false pretences niet nodig geweest. Na 1968 had de verdachte wat deze feiten betreft wegens obtaining goods by deception als bedoeld in s. 15(1) van de Theft Act 1968 vervolgd kunnen worden. Voor de betekenis van appropriation greep hij terug op het rapport van de CLRC. Dat was volgens hem gerechtvaardigd omdat het parlement in alle materiële aspecten de visie van het CLRC had overgenomen. Hij wees erop dat theft volgens de CLRC in de kern hetzelfde was als fraudulently converts to his own use or benefit, or the use or benefit of any other person, waarbij dishonest appropriation als een synoniem van het laatste moet worden gezien. Ook wees hij op het besluit van de CLRC om obtaining by false pretences niet onder theft te brengen, omdat dit normaal gesproken als twee verschillende delicten werd gezien nu in het eerste geval de eigenaar als het ware instemde om gescheiden te worden van zijn eigendom. In het verlengde daarvan wees Lord Lowry erop dat het de bedoeling van de CLRC was om wat vroeger larceny by a trick en obtaining by false pretences onder het nieuwe delict deception te brengen. De CLRC zag dat theft en deception elkaar overlaptten, maar volgens Lord Lowry gold dat alleen voor wat vroeger larceny by a trick was. Dat soort gevallen zouden als theft en obtaining by deception vervolgd kunnen worden. Wat vroeger obtaining by false pretences was kon volgens hem echter niet onder theft

van Lawrence en onjuist waren; (3) dat Lawrence moet worden beschouwd als gezaghebbend en juist en dat er geen sprake van is dat daarvan afstand moet worden genomen,⁸⁸ en (4) dat iedere handeling een appropriation kan opleveren, niettegenstaande dat deze met toestemming van de eigenaar is verricht. De stelling dat geen sprake kan zijn van een appropriation als het gehele eigendomsrecht wordt overgedragen, werd door het House of Lords verworpen.

In een afzonderlijke overweging overwoog Lord Browne-Wilkinson (met instemming van Lord Jauncey of Tullichette) nog:

“(...) I regard the word ‘appropriation’ in isolation as being an objective description of the act done irrespective of the mental state of either the owner or the accused. It is impossible to reconcile the decision in Lawrence (that the question of consent is irrelevant in considering whether there has been an appropriation) with the views expressed in Morris, which latter views in my judgment were incorrect.”

Het is, met andere woorden, irrelevant of de handeling werd verricht met toestemming van de eigenaar. Hoewel de aan het House of Lords voorgelegde rechtsvraag handelde over het geval waarin die toestemming door misleiding was verkregen, maakte de meerderheidsbeslissing van het House of Lords geen onderscheid tussen gevallen waarin toestemming was verkregen door misleiding en toestemming verkregen in andere situaties. De uitspraak heeft daarmee een algemene strekking.⁸⁹ Uit de zaak *Gomez* volgt dat appropriation een neutraal woord is, waaronder dient te worden verstaan het uitoefenen van een recht van de eigenaar.

Het resultaat van de uitspraak in *Gomez* is dat het delict theft ontzettend veelomvattend is geworden. Iedere handeling in relatie tot een goed van een ander vormt een appropriation van dat goed en aansprakelijkheid wegens theft hangt nog slechts af van de aanwezigheid van oneerlijkheid en van de intentie om het goed permanent aan de eigenaar te ontnemen.⁹⁰

worden gebracht. Hij concludeerde dat in het woord appropriation besloten ligt dat dit geschiedt zonder toestemming van de eigenaar. Anders dan kennelijk de andere Lords vinden Ormerod & Williams dit heel overtuigend, vgl. Ormerod & Williams, 2007, par. 2.21.

88 Waarbij hij de uitspraak van Parker L.J. in de civiele zaak *Dobson v. General Accident Fire and Life Assurance Corporation Plc.* [1990] 1 Q.B. 274 goedkeurde, waarin Parker L.J. het conflict tussen Lawrence en Morris signaleerde en ervoor koos om Lawrence te volgen.

89 Ormerod & Williams 2007, par. 2.23-2.24.

90 Horder 2016, p. 387.

Een van de kritiekpunten op deze uitspraak ziet op de opmerking van Lord Browne-Wilkinson dat appropriation een objectieve beschrijving van de verrichte handeling is, ongeacht de wil van de eigenaar of de verdachte. In Blackstone's Criminal Practice wordt betoogd dat een appropriation een soort mentaal element moet bevatten (*animus appropriandi*). Bij wijze van voorbeeld wordt gewezen op s. 3 (1) van de Theft Act 1968 waarin is bepaald dat ook sprake kan zijn van appropriation van een goed dat een verdachte al in zijn bezit heeft door houden en handelen (*keeping and dealing*) als een eigenaar. Volgens de schrijver kan er geen twijfel over bestaan dat pas sprake is van een appropriation by *keeping* in deze context als de *keeping* vergezeld gaat van een bepaald oogmerk (*intent*).⁹¹ Ook wijzen schrijvers erop dat het voor de hand had gelegen te vervolgen wegens *obtaining property by deception* (na de inwerking van de Fraud Act 2006: *fraud*).⁹²

Hinks

Ondanks de schijnbaar alomvattende aard van de beslissing in de zaak *Gomez*, leken handelingen die geoorloofd waren volgens het burgerlijke recht geen tot theft leidende appropriation op te leveren.⁹³ Het House of Lords liet zich daarover uit in de zaak *Hinks*. In die zaak was de vraag aan de orde of het verkrijgen van een onaantastbare titel op eigendom een appropriation van een goed toebehorend aan een ander als bedoeld in s. 1 van de Theft Act 1968 kon opleveren. De zaak *Hinks* ging over een vrouw, de verdachte, die bevriend was met de vijftien jaar oudere John Dolphin. De verdachte beschreef zichzelf als de voornaamste verzorger van Dolphin, een man met een beperkte intelligentie. Hij was naïef en goedgegelovig, maar begreep wel het concept van eigendom en hij was in staat een schenking te doen. In de periode april-november 1996 haalde Dolphin in meerdere keren in totaal 60.000 pond van zijn bankrekening, welke geld telkens werd gestort op de rekening van de verdachte. Ook gaf hij de verdachte een televisie. De verdachte werd vervolgd wegens theft van het geld en de televisie. Ter verdediging werd betoogd dat de acceptatie van een geldige gift geen appropriation zou kunnen opleveren. Aan de jury werd de vraag voorgelegd of Dolphin geestelijk zo incapabel was dat de verdachte zich had moeten realiseren dat normale fatsoenlijke mensen het als oneerlijk zouden beschouwen om een gift van hem aan te nemen. De jury beantwoordde die

91 Blackstone 2013, par. B4.34.

92 Ormerod & Williams 2007, par. 2.22 en Blackstone 2013, par. B4.36.

93 Ormerod & Williams 2007, par. 2.35.

vraag bevestigend. In hoger beroep oordeelde het Court of Appeal echter dat een jury niet hoeft te onderzoeken of een gift geldig is of niet, maar slechts of sprake was van een appropriation. Het in ontvangst nemen van een gift zou een duidelijk bewijs van een appropriation kunnen zijn. Of de gift geldig is of niet, deed niet ter zake omdat 1) s. 1 van de Theft Act dat niet vereiste; 2) een dergelijke benadering niet in lijn met *Lawrence* en *Gomez* was; en 3) de geestestoestand van de schenker irrelevant was voor een appropriation. De enige vraag voor de jury was of de verdachte, de ontvanger van de gift, oneerlijk was en de jury oordeelde dat dat het geval was.

Lord Steyn wees in zijn speech, die door twee van de vier andere Lords onderschreven werd, in de eerste plaats op de kritiek van de wetenschap op de uitspraken van het House of Lords in de zaken *Lawrence* en *Gomez*. De verdediging sloot zich aan bij één van de critici, Sir John Smith, die zich op zijn beurt had beroepen op één van de wetsontwerpers van de Theft Act. Deze wetsontwerper had betoogd dat niet iedere keer dat iemand dankbaar een gift aanvaardt of een appel koopt sprake zou moeten zijn van een appropriation. Als het woord appropriation die betekenis zou hebben, zou de tekst van de wet aangepast moeten worden, want men kan geen definitie van stealing hebben die er op vertrouwt dat slechts het woord dishonestly voorkomt dat iedere verkrijging van een goed onder de bepaling valt. Lord Steyn maakte hier korte metten mee en wees op de overwegingen van een van zijn ambtgenoten, inhoudende:

“We often say that we are looking for the intention of Parliament, but that is not quite accurate. We are seeking the meaning of the words which Parliament used. We are seeking not what Parliament meant but the true meaning of what they said.”

Lord Steyn sloot niet uit dat het rapport van de CLRC behulpzaam kon zijn bij de interpretatie van de wet, maar het startpunt moesten de woorden van de wet zijn zoals geïnterpreteerd door het House of Lords in eerdere uitspraken. Vervolgens overwoog hij dat het recht zoals uiteengezet in *Lawrence* en *Gomez* geen aanpassing behoefde. Hij gaf toe dat tussen het strafrecht en het civiele recht spanning kon bestaan, maar dat het verkeer zou zijn om maar aan te nemen dat het dan het strafrecht is dat gebrekkig is. De beslissingen in de zaken *Lawrence* en *Gomez* elimineerden de noodzaak aspecten van burgerlijk recht aan de jury uit te leggen. Lord Steyn was van oordeel dat in de praktijk de mentale vereisten voor theft (oneerlijkheid en de intentie om een ander permanent iets te ontnemen) een adequate bescherming tegen onrechtvaardigheid boden. Lord Steyn zag dan ook geen reden

de beslissingen in *Lawrence* en *Gomez* te verlaten. De vraag of de verkrijging van een onaantastbare titel op een goed een appropriation van een goed toebehorend aan een ander als bedoeld in s. 1(1) van de Theft Act kon opleveren, werd door een drievijfde meerderheid bevestigend beantwoord.

Mede naar aanleiding van deze uitspraak verzochten Ormerod en Williams dat de definitie van theft nu kennelijk als volgt luidt:

“Anyone doing anything whatever to property belonging to another, with or without the authority or consent of the owner, appropriates it; and, if he does so dishonestly and with intent, by that act or any subsequent act, permanently to deprive, he commits theft.”⁹⁴

5.3.4.2 Dishonesty

Het woord dishonestly⁹⁵ in de definitie in s. 1 van de Draft Theft Bill was in de ogen van de CLRC een vitaal element van het delict. Het kwam in de plaats van het vereiste in s. 1(1) van de Larceny Act 1916 dat de verdachte het desbetreffende goed “fraudulently and without a claim of right made in good faith” neemt. De vraag of iets dishonest is, leek de CLRC makkelijker te beantwoorden door juryleden dan de vraag of iets fraudulent is. Het woord dishonestly kon waarschijnlijk zonder definitie, maar er werd toch gekozen voor een definitie om twee oude regels te bewaren. De eerste was dat een “claim of right made in good faith” geen oneerlijkheid als vereist

94 Ormerod & Williams 2007, p. 2.11. Zie ook Blackstone 2013, par. B4.38 en Griew 1995, par. 2.63 (die een soortgelijke conclusie al trok vóór *Hinks*). Horder ziet echter wel een voordeel: de jury hoeft niet geïnstrueerd te worden over civiele kwesties. Wat betreft het conflict tussen het strafrecht en het civiele recht merkt hij in de eerste plaats op dat het civiele recht en het strafrecht verschillende doelen zouden kunnen hebben. Betoogd is dat er geen sprake van een tegenstrijdigheid is omdat het civiele recht eigendomsrechten respecteert, ongeacht de wijze van verkrijging, terwijl het strafrecht zich concentreert op het bestraffen van onbevredigende wijzen van verkrijging. In de tweede plaats zou verdedigd kunnen worden dat *Hinks* juist het instituut van eigendom een dienst bewijst door degenen die het systeem indirect bedreigen door iets verkeerd te doen ten opzichte van een ander strafbaar te stellen. In de derde plaats kan men zich afvragen tot op welke hoogte de overdracht in de zaak *Hinks* met wederzijds goedvinden plaatsvond. Verdedigd kan worden dat het strafrecht kwetsbaren beschermt tegen uitbuiting door dit soort oneerlijke transacties strafbaar te stellen en dat het een andere discussie is of het civiele recht tekortschiet om dit voor elkaar te krijgen. Vgl. Horder 2016, p. 387-388.

95 Omwille van de leesbaarheid wordt in deze tekst vaak gesproken van oneerlijk of oneerlijkheid in plaats van dishonest of dishonestly.

voor theft oplevert. Deze regel werd in andere woorden vastgelegd in s. 2(1) (a) van de Draft Bill.⁹⁶ De tweede was de regel van s. 1(2)(d) van de Larceny Act 1916, inhoudende dat een vinder van een goed niet schuldig kon zijn aan stealing, tenzij hij gelooft dat de eigenaar op redelijke wijze kan worden gevonden. Deze regel werd opgenomen in s. (2)(1)(b) van de Draft Bill.^{97 98}

S. 2 van de Theft Act 1968 is uiteindelijk als volgt komen te luiden:

- “(1) A person’s appropriation of property belonging to another is not to be regarded as dishonest
- (a) if he appropriates the property in the belief that he has in law the right to deprive the other of it, on behalf of himself or of a third person;⁹⁹ or.
 - (b) if he appropriates the property in the belief that he would have the other’s consent if the other knew of the appropriation and the circumstances of it; or.
 - (c) (except where the property came to him as trustee or personal representative) if he appropriates the property in the belief that the person to whom the property belongs cannot be discovered by taking reasonable steps.
- (2) A person’s appropriation of property belonging to another may be dishonest notwithstanding that he is willing to pay for the property.”

Een echte definitie is dit niet. Wanneer één van de hierboven in s. 2(1) genoemde situaties zich voordoet, is geen sprake van oneerlijkheid, maar het omgekeerde is niet noodzakelijk het geval. Met andere woorden: het handelen van een verdachte moet niet als oneerlijk worden beschouwd om de enkele reden dat geen van de in het artikel genoemde situaties zich voordoet.¹⁰⁰

De vraag of sprake is van oneerlijkheid is er een voor de jury.¹⁰¹ Wel heeft het Court of Appeal daarvoor wat handvatten gegeven. De standaardzaak wat betreft dishonesty is de zaak *Ghosh*.¹⁰² De zogenoemde *Ghosh*-test geldt voor zowel theft als andere delicten waarbij dishonesty een rol speelt en is

96 In de Theft Act 1968 is deze regel in tweeën gesplitst, zie s. 2(1)(a) en (b).

97 CLRC 1966, par. 39.

98 Vgl. Theft Act 1968 s. 2(1)(c).

99 Bijvoorbeeld als een verdachte geld van een derde afneemt omdat hij gelooft dat die derde hem dat schuldig is, vgl. Horder 2016, p. 402.

100 Blackstone 2013, par. B4.50.

101 Ormerod & Williams 2007, par. 2.291-2.292 en Horder 2016, p. 403.

102 *Ghosh* [1982], Q.B. 1053.

ondergeschikt aan s. 2(1), dat wil zeggen dat de test pas hoeft te worden gedaan als s. 2(1) niet van toepassing is.¹⁰³ De maatstaf bestaat uit twee delen. De jury moet eerst geïnstrueerd worden te beslissen:

“whether according to the ordinary standards of reasonable and honest people what was done was dishonest. If it was not dishonest by those standards, that is the end of the matter and the prosecution fails.”

Als het handelen van de verdachte oneerlijk was volgens de normen van redelijke en eerlijke mensen, komt de jury toe aan de vraag:

“whether the defendant himself must have realised that what he was doing was by those standards dishonest.”

De voornaamste kritiek op het concept van dishonesty – dat een rol speelt bij verschillende delicten uit de Theft Act, zoals theft en fraud – en deze test is de rechtsonzekerheid die zij met zich brengen. De CLRC nam aan dat dishonesty makkelijk herkend zou worden, maar dat lijkt niet het geval, met name niet in zaken waarmee rechters en jury's minder bekend zijn, zoals fraudezaken.¹⁰⁴ Daarbij lijken rechters en jury's de neiging te hebben verschillend te oordelen in zaken die weinig van elkaar verschillen.¹⁰⁵ In de literatuur wordt daarom wel de stelling ingenomen dat de begrippen dishonesty en “de normen van redelijke en eerlijke mensen” niet lijken te voldoen aan de eisen van art. 7 EVRM, inhoudende dat het recht toegankelijk en voorzienbaar moet zijn.¹⁰⁶ Desalniettemin wordt aangenomen dat de andere elementen van theft (appropriation of property belonging to another), zelfs na de extensieve interpretatie van het bestanddeel appropriation in de zaken *Gomez* en *Hinks*, voldoende worden geacht om zeker te stellen dat het delict theft op zichzelf niet in strijd is met art. 7 EVRM.¹⁰⁷ Wat daar ook van zij, door de reikwijdte die het begrip appropriation heeft gekregen in de jurisprudentie van het House of Lords, is het bestanddeel dishonestly misschien wel het kernbegrip van s. 1(1) geworden. Het antwoord op de vraag of sprake is van dishonesty zal vaak het verschil maken tussen een vrijspraak en een veroordeling.¹⁰⁸

103 Blackstone 2013, par. B4.53.

104 Horder 2016, p. 403-404.

105 Ormerod & Williams 2007, par. 2.292.

106 Ormerod & Williams 2007, par. 2.301-2.302 en Horder 2016, p. 405.

107 Ormerod & Williams 2007, par. 2.305 en Horder 2016, p. 405.

108 Horder 2016, p. 402. Zie ook Ormerod & Williams 2007, par. 2.275.

Op de betekenis van dishonesty zal later, in het kader van deception en fraud, nog uitgebreid worden teruggekomen.

5.3.4.3 Property

Het begrip property is wel gedefinieerd in de Theft Act 1968. S. 4 luidt als volgt:

- “(1) “Property” includes money and all other property, real¹⁰⁹ or personal, including things in action and other intangible¹¹⁰ property.
- (2) A person cannot steal land, or things forming part of land and severed from it by him or by his directions, except in the following cases, that it to say
 - (a) when he is a trustee or personal representative, or is authorised by power of attorney, or as liquidator of a company, or otherwise, to sell or dispose of land belonging to another, and he appropriates the land or anything forming part of it by dealing with it in breach of the confidence reposed in him; or
 - (b) when he is not in possession of the land and appropriates anything forming part of the land by severing it or causing it to be severed, or after it has been severed; or
 - (c) when, being in possession of the land under a tenancy, he appropriates the whole or part of any fixture or structure let to be used with the land.For purposes of this subsection “land” does not include incorporeal hereditaments; “tenancy” means a tenancy for years or any less period and includes an agreement for such a tenancy, but a person who after the end of a tenancy remains in possession as statutory tenant or otherwise is to be treated as having possession under the tenancy, and “let” shall be construed accordingly.
- (3) A person who picks mushrooms growing wild on any land, or who picks flowers, fruit or foliage from a plant growing wild on any land, does not (although not in possession of the land) steal what he picks, unless he does it for reward or for sale or other commercial purpose.
For purposes of this subsection “mushroom” includes any fungus, and “plant” includes any shrub or tree.
- (4) Wild creatures, tamed or untamed, shall be regarded as property; but a person cannot steal a wild creature not tamed nor ordinarily kept in captivity, or the carcase of any such creature, unless either it has been reduced into possession by or on behalf of another person and possession of it has not since been lost or abandoned, or another person is in course of reducing it into possession.”

109 Real property betekent onroerend goed.

110 Intangible betekent immaterieel.

Een “thing in action” is een goed dat fysiek niet bestaat, maar waarop juridisch wel aanspraak kan worden gemaakt. Voorbeelden zijn vorderingen, aandelen in een bedrijf, een copyright¹¹¹ of een handelsmerk¹¹². Ook een banktegoed en kredietruimte zijn “things in action” die toebehoren aan de klant van de bank. Als een verdachte geld opneemt van de rekening van een ander waardoor het saldo slinkt of de kredietruimte kleiner wordt, maakt hij zich schuldig aan een appropriation van een thing in action. Degene van wie gestolen wordt, is in dat geval de rekeninghouder. Als de rekening leeg is, of het krediet benut, kan de verdachte zich schuldig maken aan een poging tot theft. Die situatie moet gelijk worden gesteld met die waarin een dief niets van zijn geding aantreft.¹¹³ Onder property vallen niet: vertrouwelijke gegevens, diensten en elektriciteit.^{114 115}

Nu onder de Theft Act 1968 geen sprake meer behoeft te zijn van een taking and carrying away is land in beginsel vatbaar voor theft. De hoofdregel is echter dat land niet gestolen kan worden. In ss. 2(a)(b) en (c) van de Theft Act zijn daarop enige uitzonderingen geformuleerd. Planten en dergelijke die in het wild groeien zouden op zichzelf ook vatbaar kunnen zijn voor theft, maar ook daarvoor is in ss. (3) van de Theft Act een uitzondering geformuleerd. Ten slotte kunnen wilde dieren ook niet gestolen worden, tenzij het dier tam gemaakt is of normaal gesproken in gevangenschap gehouden wordt (bijvoorbeeld in een dierentuin) of al in het bezit van iemand anders is geraakt. Hetzelfde geldt voor de karkassen van die dieren. Overigens is poaching (stropen) wel op diverse plaatsen strafbaar gesteld.¹¹⁶

5.3.4.4 Belonging to another

De law of larceny beschermde vooral het bezit en niet zozeer de eigendom. De law of theft heeft een veel grotere reikwijdte. In s. 5 van de Theft Act 1968 is de reikwijdte van het begrip belonging to another weergegeven:

111 De enkele schending van een copyright (bijvoorbeeld het kopiëren van grote delen van een boek) levert echter geen theft op. Er is weliswaar sprake van een appropriation van property, maar niet met de intention to deprive permanently, vgl. Ormerod & Williams 2007, par. 2.172.

112 Ormerod & Williams 2007, par. 2.158.

113 Ormerod & Williams 2007, par. 2.160-2.161.

114 Maar ‘diefstal’ van elektriciteit is afzonderlijk strafbaar gesteld in s. 13 van de Theft Act.

115 Ormerod & Williams 2007, par. 2.174-2.176.

116 Ormerod & Williams 2007, par. 2.156.

- “(1) Property shall be regarded as belonging to any person having possession or control of it, or having in it any proprietary right or interest (not being an equitable interest arising only from an agreement to transfer or grant an interest).
- (2) Where property is subject to a trust, the persons to whom it belongs shall be regarded as including any person having a right to enforce the trust, and an intention to defeat the trust shall be regarded accordingly as an intention to deprive of the property any person having that right.
- (3) Where a person receives property from or on account of another, and is under an obligation to the other to retain and deal with that property or its proceeds in a particular way, the property or proceeds shall be regarded (as against him) as belonging to the other.
- (4) Where a person gets property by another’s mistake, and is under an obligation to make restoration (in whole or in part) of the property or its proceeds or of the value thereof, then to the extent of that obligation the property or proceeds shall be regarded (as against him) as belonging to the person entitled to restoration, and an intention not to make restoration shall be regarded accordingly as an intention to deprive that person of the property or proceeds.
- (5) Property of a corporation sole shall be regarded as belonging to the corporation notwithstanding a vacancy in the corporation.”

Het goed moet aan iemand toebehoren in de zin van s. 5 Theft Act 1968 wil sprake kunnen zijn van theft. Theft van goederen waarvan afstand is gedaan, is niet mogelijk.¹¹⁷ De identiteit van de eigenaar is over het algemeen irrelevant. Het gaat erom dat iemand anders dan de verdachte een eigendomsrecht of eigendomsbelang heeft.¹¹⁸ Het slachtoffer van theft zal vaak de eigenaar van het goed zijn, maar dat hoeft niet. De eigenaar kan ook dader zijn als hij steelt van iemand die een eigendomsrecht of eigendomsbelang heeft. Dat is bijvoorbeeld het geval als een verdachte zijn horloge in onderpand geeft en dit terugneemt zonder zijn schuld aan de pandnemer te betalen.¹¹⁹ Voor toebehoren in de zin van s. 5 van de Theft Act 1968 maakt het niet uit dat een ander wellicht een sterker recht op het goed heeft. Op grond van die redenering kan een dief van een dief stelen. Het maakt daarbij niet uit dat de eerste dief zijn eigendomsrecht niet hard kan maken tegenover de civiele rechter.¹²⁰ Ook kan een verdachte die zich in eerste instantie schuldig maakte aan handling stolen goods (s. 22 van de Theft

117 Ormerod & Williams 2007, par. 2.186 en Blackstone 2013, par. B4.25.

118 Ormerod & Williams 2007, par. 2.187-2.188.

119 D Ormerod & Williams 2007, par. 2.189 en Blackstone 2013, par. B4.19.

120 Ormerod & Williams 2007, par. 2.195.

Act)¹²¹, en de goederen dus anders dan door stealing onder zich heeft gekregen, zich vervolgens schuldig maken aan theft door het uitvoeren van een recht van de eigenaar door zich als eigenaar te gedragen.¹²² De oorspronkelijke eigenaar heeft immers nog steeds rechten op het goed. Daardoor zal in de meeste gevallen van handling stolen goods ook sprake zijn van theft.¹²³

In s. 5(3) Theft Act is vastgelegd dat, wanneer A een goed ontvangt van B of dat goed namens B in ontvangst neemt en op een bepaalde manier met dat goed of de opbrengsten daarvan moet omgaan, aangenomen wordt dat het goed of de opbrengst daarvan aan B toebehoort. Iedere bailment zal hieronder vallen. S. 5(3) Theft Act zal bijvoorbeeld toepassing kunnen vinden wanneer een collectant het geld dat hij bij een collecte heeft opgehaald niet afdraagt, maar in eigen zak steekt. Een ander voorbeeld is de minnares die van haar minnaar geld krijgt om boodschappen te doen en het aan iets anders besteedt. Ook in dat geval zou betoogd kunnen worden dat sprake was van een overeenkomst om het geld aan boodschappen te besteden.¹²⁴ Als geen sprake is van een verplichting om op een bepaalde manier te handelen kan een verdachte echter met het goed doen wat hij wil. Dit doet zich bijvoorbeeld voor als A geld leent van B. Als A op het moment dat hij het geld leent eerlijk is en de bedoeling heeft het terug te betalen, maakt – ervan uitgaande dat B geen eigendomsbelang- of recht op het geld heeft – een later opkomende beslissing om het geld uit te geven en niet terug te betalen, niet dat A zich schuldig maakt aan theft.¹²⁵ Tussen s. 5(1) en s. 5(3) Theft Act lijkt veel overlap te bestaan. Toch is s. 5(3) Theft Act nuttig voor die gevallen waarin niet kan worden bewezen dat degene die het goed heeft verloren een eigendomsrecht of -belang heeft.¹²⁶ De term obligation in s. 5(3) van de Theft Act ziet slechts op juridische verplichtingen en niet op morele

121 S. 22(1) van de Theft Act luidt:
“A person handles stolen goods if (otherwise than in the course of the stealing) knowing or believing them to be stolen goods he dishonestly receives the goods, or dishonestly undertakes or assists in their retention, removal, disposal or realisation by or for the benefit of another person, or if he arranges to do so.”

122 Blackstone 2013, par. B4.33.

123 Griew 1995, par. 1.11.

124 In Nederland zou dit waarschijnlijk onder verduistering vallen, vgl. HR 5 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4638, NJ 2011/175.

125 Ormerod & Williams 2007, par. 2.228-2.240.

126 Ormerod & Williams 2007, par. 2.221-2.223.

of sociale. Dit kan complexe civielrechtelijke problemen opleveren. S. 5(4) van de Theft Act is van toepassing op gevallen die zich voordeden in de eerder genoemde zaken *Ashwell*¹²⁷ en *Moynes v Cooper*¹²⁸ (zie paragraaf 5.3.3). Kort gezegd komt het er op neer dat wanneer een verdachte een goed heeft verkregen als gevolg van een fout van een ander, hij verplicht is dit terug te geven. Doet hij dit niet en houdt hij het goed voor zichzelf, dan maakt hij zich schuldig aan theft. Dit geldt ook als de fout is gemaakt doordat de verdachte de ander misleid heeft. Vereist is wel dat de verdachte op de hoogte is van de fout.¹²⁹

5.3.4.5 Intention of permanently depriving the owner

De Larceny Act 1916 eiste in s. 1(1) dat sprake moest zijn van een intentie om de eigenaar zijn goed permanent te ontnemen. Daarom leverde een tijdelijke ontneming van een goed geen stealing op. De CLRC heeft een aanpassing van de wet op dit punt overwogen maar was uiteindelijk tegen een strafbaarstelling van tijdelijke ontneming van een goed omdat zij van mening was dat de intentie om het goed terug te geven, zelfs na lange tijd, de handeling essentieel anders maakt dan stealing. Ook leken tijdelijke ontnemingen van goederen niet echt voor serieuze problemen te zorgen en kon strafbaarstelling volgens de CLRC onwenselijke sociale consequenties hebben. Wel stelde de commissie strafbaarstelling voor van tijdelijke ontneming van voer- en vaartuigen.¹³⁰ De voorstellen van de CLRC zijn in de Theft Act 1968 overgenomen. S. 1(1) van de Theft Act eist nog steeds een intentie om permanent te ontnemen. Het is niet nodig dat daadwerkelijk sprake is van een permanente ontneming. De intentie daartoe is voldoende, zodat een verdachte die niets van zijn gading aantreft en met lege handen vertrekt, veroordeeld kan worden wegens een poging tot theft.¹³¹

127 (1885), 16 Q.B.D. 190.

128 [1956] 1 Q.B. 439; 40 Cr. App. R. 20.

129 Ormerod & Williams 2007, par. 2.251-2.260.

130 CLRC 1966, par. 56-58. Dit voorstel is grotendeels overgenomen in s. 12 van de Theft Act 1968. Overigens is ook voor een veroordeling wegens s. 11(1) van de Theft Act 1968, waarin 'the removal of articles from places open to the public' is strafbaar gesteld, geen intentie om permanent te ontnemen vereist.

131 Ormerod & Williams 2007, par. 2.326-2.330 en Horder 2016, p. 398-399.

Hoewel de CLRC het niet had voorgesteld, heeft de regering in s. 6 het werkingsgebied van de intentie om permanent te ontnemen enigszins opgerekt:

- “(1) A person appropriating property belonging to another without meaning the other permanently to lose the thing itself is nevertheless to be regarded as having the intention of permanently depriving the other of it if his intention is to treat the thing as his own to dispose of regardless of the other’s rights; and a borrowing or lending of it may amount to so treating it if, but only if, the borrowing or lending is for a period and in circumstances making it equivalent to an outright taking or disposal.
- (2) Without prejudice to the generality of subsection (1) above, where a person, having possession or control (lawfully or not) of property belonging to another, parts with the property under a condition as to its return which he may not be able to perform, this (if done for purposes of his own and without the other’s authority) amounts to treating the property as his own to dispose of regardless of the other’s rights.”

Voor s. 6(1) lijkt een intentie om het goed voor zichzelf te houden niet voldoende. Dat zou niets toevoegen aan appropriation. De woorden ‘dispose of’ zijn cruciaal en betekenen iets als beschikken over of ontdoen van. Onder s. 6(1) lijken over het algemeen ook te vallen die gevallen waarin een eigenaar zijn goed niet terugkrijgt, tenzij aan een bepaalde voorwaarde is voldaan.¹³² Dat is bijvoorbeeld het geval als de verdachte aanbiedt het goed tegen betaling terug te geven. S. 6(1) ziet verder op gevallen waarin een verdachte iets leent van een ander, maar het pas teruggeeft als het goed zijn waarde heeft verloren, bijvoorbeeld een batterij die inmiddels leeg is of een seizoensticket dat na het seizoen wordt teruggegeven. Hetzelfde geldt voor die gevallen waarin een verdachte in het bezit is van het goed van een ander en het uitleent aan een derde. Als de verdachte weet dat het gevolg zal zijn dat de ander het goed nooit meer terug zal krijgen, heeft hij de intentie om permanent te ontnemen.¹³³

S. 6(2) ziet op gevallen waarin een verdachte, in het bezit van een goed van een ander, dit goed verpand. Ook als de verdachte de intentie heeft om de schuld in te lossen en het goed terug te krijgen, is hij schuldig aan theft als hij weet dat hij mogelijk niet zal kunnen doen.¹³⁴

132 Ormerod & Williams 2007, par. 2.331-2.334.

133 Ormerod & Williams 2007, par. 2.335-2.337.

134 D. Ormerod en D.H. Williams, *Smith’s Law of Theft*, 2007, par. 2.340.

5.4 Robbery

Robbery werd in s. 23 van de Larceny Act 1916 bedreigd met een gevangenisstraf van maximaal veertien jaren. Onder bepaalde strafverzwarende omstandigheden kon dat oplopen tot levenslang.¹³⁵ Een definitie van robbery gaf de Larceny Act 1916 niet. Volgens het rapport van de CLRC werd het tot in de jaren zestig over het algemeen beschouwd als 'stealing someone's property either from his person or in his presence by force or by putting him in fear'. Het House of Lords oordeelde in de zaak *Smith v Desmond*¹³⁶ echter dat die definitie te beperkt was. De zaak handelde over een nachtwaker en een onderhoudsmonteur in een bakkerij die door de verdachten werden aangevallen en vastgebonden. De verdachten stalen vervolgens geld uit een kluis in een kantoor die zich zo'n 30 meter verderop bevond. Het Court of Appeal had de veroordeling in eerste aanleg vernietigd omdat geen sprake was van stelen van de persoon zelf of in zijn aanwezigheid. Het House of Lords herstelde de veroordeling en besliste dat voldoende was dat het goed zich bevond in de onmiddellijke en persoonlijke zorg en bescherming van de persoon tegen wie (de bedreiging met) het geweld was gericht. Wat betreft de vraag welke mate van geweld stealing doet overgaan in robbery stelde de CLRC vast dat uit de jurisprudentie voortvloeyde dat het geweld moest zijn gebruikt om weerstand te voorkomen of te overwinnen en dat het niet voldoende was als het geweld slechts gebruikt werd om het goed te verkrijgen. Wel was ieder geweld dat lichamelijk letsel veroorzaakte genoeg.¹³⁷

135 S. 23 van de Larceny Act 1916 luidde als volgt:

- "(1) Every person who
- (a) being armed with any offensive weapon or instrument, or being together with one other person or more, robs, or assaults with intent to rob, any person;
 - (b) robs any person and, at the time of or immediately before or immediately after such robbery, uses any personal violence to any person;
- shall be guilty of felony and on conviction thereof liable to penal servitude for life, and, in addition, if a male, to be once privately whipped.
- (2) Every person who robs any person shall be guilty of felony and on conviction thereof liable to penal servitude for any term not exceeding fourteen years.
 - (3) Every person who assaults any person with intent to rob shall be guilty of felony and on conviction thereof liable to penal servitude for any term not exceeding five years."

136 [1965] AC 960.

137 CLRC 1966, par. 64.

Het leek de CLRC overduidelijk dat er een definitie van robbery moest komen. In s. 7 van de Draft Bill stelde ze voor dat iemand schuldig zou zijn aan robbery 'if he steals and in order to do so he, immediately before or at the time of doing so, wilfully uses force on any person or wilfully puts or seeks to put any person in fear of being then and there subjected to force'. In de ogen van de CLRC was het niet noodzakelijk dat de persoon ten aanzien van wie het geweld werd gebruikt of de persoon die werd bedreigd dezelfde was als degene van wie werd gestolen. Maar het geweld moest wel worden gebruikt met het doel om te stelen. Geweld dat alleen maar werd gebruikt om na de theft weg te komen vond de commissie van nature geen robbery (maar het kon volgens de commissie uiteraard wel afzonderlijk worden vervolgd). De CLRC vond dat het enkele wegrukken van een goed, zoals een handtas, van iemand die geen weerstand biedt, niet zou moeten worden beschouwd als geweld in de zin van deze bepaling. In het geval van 'robbery by putting in fear' stelde de commissie zich op het standpunt dat de fear moet zien om op dat moment en op die plaats te worden onderworpen aan geweld. Dat leek de commissie in overeenstemming met de essentie van het misdrijf. Een bedreiging bestaande uit het beschuldigen van iemand van het plegen van een misdrijf vond de commissie meer lijken op blackmail dan op robbery. De commissie stelde voor robbery een strafmaximum van levenslang voor.¹³⁸

Het voorstel van de CLRC is bijna letterlijk in de Theft Act overgenomen. S. 8 Theft Act 1968 luidt als volgt:

- "(1) A person is guilty of robbery if he steals, and immediately before or at the time of doing so, and in order to do so, he uses force on any person or puts or seeks to put any person in fear of being then and there subjected to force.
- (2) A person guilty of robbery, or of an assault with intent to rob, shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for life."

Robbery is een gekwalificeerde vorm van theft, dat wil zeggen dat voor een veroordeling wegens robbery noodzakelijk is dat bewezen wordt dat ook sprake was van theft. Dus als een verdachte iemand bedreigt teneinde te bewerkstelligen dat de ander hem geld overhandigt waarop hij, voor zover hij weet, recht heeft, is er geen sprake van dishonesty (vgl. s. 2(1)(a)

138 CLRC 1966, par. 65-67.

van de Theft Act 1968), niet van theft en dus niet van robbery (wat uiteraard niet wil zeggen dat de verdachte geen ander strafbaar feit, bijvoorbeeld het hierna te bespreken blackmail, pleegt).¹³⁹ Net als bij theft is ook hier het ruime begrip appropriation van toepassing. Het vastpakken van een goed kan dus al voldoende zijn. Als de verdachte aan de oorbel van een vrouw rukt, maar het niet lukt om deze uit haar oor te krijgen, is dus toch sprake van een voltooide robbery. Als een handtas uit de hand van een vrouw wordt gerukt en deze valt op de grond, ook.¹⁴⁰ Daarbij moet worden opgemerkt dat – anders dan de CLRC voor ogen stond – in de jurisprudentie inmiddels is aangenomen dat het tegen iemand aan botsen en hem zo uit evenwicht brengen voldoende geweld oplevert om een theft tot robbery te promoveren, net als het uit de hand trekken van een tas waardoor iemands hand naar beneden wordt getrokken.¹⁴¹

Het voor robbery vereiste geweld of (poging tot) bedreiging met geweld moet onmiddellijk vóór of tijdens de theft plaatsvinden. Dit lijkt het gebruik van geweld direct na de theft uit te sluiten, maar het Court of Appeal heeft dit probleem al eens omzeild door te overwegen dat een appropriation voortduurt als verdachten hun slachtoffers vastbinden zodat de verdachten kunnen ontsnappen.¹⁴² Het geweld moet wel worden gebruikt om het stelen mogelijk te maken. Geweld dat toevallig gelijktijdig met de stealing plaatsvindt is niet voldoende.¹⁴³ Wat betreft de bedreiging met geweld is voorts noodzakelijk dat de bedreiging ziet op onmiddellijk toe te passen geweld tegen een persoon (niet per se het slachtoffer van de theft). De dreiging om ergens in de toekomst geweld toe te passen lijkt niet voldoende. Ook in een dergelijk geval kan wellicht wel wegens (het hierna te bespreken) blackmail worden vervolgd.¹⁴⁴

5.5 Blackmail

In de Larceny Act 1916 kwam het delict blackmail niet voor. Wel werd die naam al gebruikt voor verschillende delicten betreffende het opeisen van goederen door menaces (bedreigingen), zoals opgenomen in ss. 29, 30 en 31 van die wet. Volgens de CLRC waren deze delicten echter in belangrijke

139 Ormerod & Williams 2007, par. 7.03-7.04, Horder 2016, p. 407 en Blackstone 2013, par. B4.71.

140 Ormerod & Williams 2007, par. 7.05. Zie ook Blackstone 2013, par. B4.72.

141 Horder 2016, p. 408-409 en Blackstone 2013, par. B4.72.

142 Horder 2016, p. 408. Zie ook Ormerod & Williams 2007, par. 7.17.

143 Ormerod & Williams 2007, par. 7.11 en Horder 2016, p. 408.

144 Ormerod & Williams 2007, par. 7.14 en 7.16 en Horder 2016, p. 408.

opzichten onduidelijk en erg ingewikkeld. Daarbij was sprake van overlap en herhaling. Wat betreft de betekenis van het begrip *menaces* wees de CLRC erop dat dit oorspronkelijk slechts betrekking had op bedreigingen met persoonlijk letsel of schade aan eigendommen. Het zag dus niet op bedreigingen om informatie die een persoon in diskrediet zou kunnen brengen, te openbaren. Het delict leek vroeger dus meer op robbery. De rechtspraak rekte het begrip echter dusdanig op dat het bijna iedere bedreiging omvatte.¹⁴⁵

De CLRC stelde voor dat het essentiële kenmerk van blackmail zou zijn dat de verdachte door middel van bedreigingen iets eist terwijl hij weet dat hij daarop geen recht heeft, danwel dat hij daarop wel recht heeft maar dat het gebruik van de bedreigingen niet betamelijk is.¹⁴⁶ De CLRC koos voor het oude woord *menaces* in plaats van *threats* omdat ze *menaces* sterker vond. Het woord *proper* is gekozen om duidelijk te maken dat het hier gaat om de vraag wat moreel en sociaal geaccepteerd is. Daarom heeft de CLRC afgezien van de woorden *legitimate* en *fair*.¹⁴⁷ Overeenkomstig het voorstel van de CLRC luidt s. 21 van de Theft Act 1968 als volgt:

- “(1) A person is guilty of blackmail if, with a view to gain for himself or another or with intent to cause loss to another, he makes any unwarranted demand with menaces; and for this purpose a demand with menaces is unwarranted unless the person making it does so in the belief
- (a) that he has reasonable grounds for making the demand; and
 - (b) that the use of the menaces is a proper means of reinforcing the demand.
- (2) The nature of the act or omission demanded is immaterial, and it is also immaterial whether the menaces relate to action to be taken by the person making the demand.
- (3) A person guilty of blackmail shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.”

S. 34(2) van de Theft Act 1968 bevat definities van *gain* en *loss*:

- “(2) For purposes of this Act
- (a) “gain” and “loss” are to be construed as extending only to gain or loss in money or other property, but as extending to any such gain or loss whether temporary or permanent; and

145 CLRC 1966, par. 108-110.

146 CLRC 1966, par. 115-121.

147 CLRC 1966, par. 123.

- (i) "gain" includes a gain by keeping what one has, as well as a gain by getting what one has not; and
- (ii) "loss" includes a loss by not getting what one might get, as well as a loss by parting with what one has;"

Blackmail is wat wij een formeel delict zouden noemen. Het chanteren op zichzelf is strafbaar gesteld, niet het verkrijgen van een goed of het intimideren van een slachtoffer. Het effect van het handelen van een verdachte is irrelevant en vormt geen constitutief element van het delict. Een poging tot blackmail zal zich dus – net als het geval is bij andere formele delicten – niet snel voor doen. Voor de hand liggende voorbeelden van blackmail zijn het door een ontvoerder eisen van losgeld van de ouders van een ontvoerd kind, maffia-achtige praktijken waarbij de verdachte het slachtoffer tegen betaling bescherming aanbiedt, terwijl de vrienden van de verdachte laten zien dat zij bereid zijn het huis van het slachtoffer kort en klein te slaan als hij niet op het aanbod ingaat en het dreigen scha(n)delijke informatie over iemand te openbaren in het geval dat diegene niet betaalt.¹⁴⁸

Aan de vorm van de eis worden geen eisen gesteld, dus zowel een mondelinge als schriftelijke eis voldoet. Daarbij kan een eis expliciet of impliciet zijn. Voldoende is dat een normaal, redelijk persoon begrijpt dat een eis wordt gesteld. Een eis kan ook de vorm aannemen van een vraag, zelfs van een hele aardige vraag. Door de toevoeging van een dreiging is ook in die gevallen duidelijk dat wel degelijk een eis wordt gesteld.¹⁴⁹

Van een menace is sprake als een dreiging van zodanige aard en omvang is dat een normaal iemand zou kunnen worden beïnvloed of bang gemaakt en zo onvrijwillig aan de eis voldoet. Dat een specifiek slachtoffer niet voldoet aan de eis omdat hij, anders dan een normaal persoon, niet geïntimideerd is door de verdachte, ontslaat de verdachte niet van strafrechtelijke aansprakelijkheid. En ook in het geval dat de verdachte ergens mee dreigt waarvoor een normaal persoon nooit zou bezwijken, maar een minder sterk en standvastig persoon wel, is de verdachte strafbaar als hij op de hoogte is van de geestestoestand van zijn slachtoffer.¹⁵⁰

Het vereiste dat sprake moet zijn van een oogmerk om voordeel te behalen of een intentie om verlies te veroorzaken, beperkt het delict tot de bescherming van economische belangen. Zonder dit vereiste zou het delict erg ruim zijn en zeker delicten omvatten die niet gerekend kunnen worden

148 Blackstone 2013, par. B5.47-B5.49 en B5.51.

149 Ormerod & Williams 2007, par. 12.05.

150 Ormerod & Williams 2007, par. 12.12-12.15.

tot de vermogensdelicten waarop de Theft Act 1968 blijkens de aanhef van die wet betrekking heeft. Dat sprake moet zijn van oogmerk om voordeel te behalen of een intentie om verlies te veroorzaken, betekent overigens niet dat de eis moet zien op de directe overdracht van geld of een goed. Het Court of Appeal heeft beslist dat ook een persoon die onder bedreiging met een vuurwapen een morfine-injectie eist van zijn dokter een oogmerk om voordeel te behalen heeft. Het medicijn is een goed en het is irrelevant dat het motief van de verdachte in de eerste plaats pijnbestrijding is.¹⁵¹ Wel moet het voordeel of verlies zien op geld of goederen. Het onder bedreiging verkrijgen van diensten valt waarschijnlijk niet onder blackmail, ook al verkrijgt de verdachte zich daardoor.¹⁵²

Blackmail kan een vangnet bieden voor gevallen die niet onder robbery vallen. Een verdachte die een ander bedreigt met de bedoeling iets te verkrijgen waarop hij meent recht te hebben is – omdat hij niet dishonest is – niet schuldig aan robbery, maar kan wel schuldig zijn aan blackmail als het gebruik van de bedreigingen niet een gepast middel is om zijn eis kracht bij te zetten.¹⁵³

5.6 Burglary

In ss. 24 tot en met 27 van de Larceny Act waren verschillende vormen van burglary strafbaar gesteld, te weten burglary in religieuze gebouwen¹⁵⁴, burglary in een woning gedurende de nacht¹⁵⁵, housebreaking en het

151 Ormerod & Williams 2007, par. 12.20.

152 Ormerod & Williams 2007, par. 12.23.

153 Blackstone 2013, par. B5.51.

154 S. 24 luidde:

“Every person who

(1) breaks and enters any place of divine worship and commits any felony therein; or

(2) breaks out of any place of divine worship, having committed any felony therein;

shall be guilty of felony called sacrilege and on conviction thereof liable to penal servitude for life.”

155 S. 25 luidde:

“Every person who in the night

(1) breaks and enters the dwelling-house of another with intent to commit any felony therein; or

(2) breaks out of the dwelling-house of another, having

(a) entered the said dwelling-house with intent to commit any felony therein ;
or

(b) committed any felony in the said dwellinghouse;

shall be guilty of felony called burglary and on conviction thereof liable to penal servitude for life.”

plegen van een misdrijf in diverse gebouwen¹⁵⁶ en ten slotte housebreaking met de bedoeling een strafbaar feit te plegen¹⁵⁷. In alle gevallen werd onderscheid gemaakt tussen enerzijds 'breaks and enters' en anderzijds 'breaks out'. Daarnaast waren in s. 28 voorzieningen getroffen voor personen die gedurende de nacht werden aangetroffen met wapens of inbrekerswerktuigen en de intentie hadden een strafbaar feit te plegen, personen die gedurende de nacht vermomd werden aangetroffen en de bedoeling hadden een misdrijf te plegen en personen die gedurende de nacht in een gebouw werden aangetroffen met de intentie een strafbaar feit te plegen. De CLRC vond deze bepalingen erg ingewikkeld en was van mening dat deze een verbijsterende serie delicten opleverden. Sommige delicten waren van toepassing op bepaalde gebouwen en niet op andere, voor sommige delicten was van belang of 'the breaking and entering' plaatsvond in de nacht en er waren wijd uiteenlopende strafmaxima (respectievelijk levenslang, veertien jaar gevangenisstraf en zeven jaar gevangenisstraf).¹⁵⁸ De CLRC stelde voor de bepalingen rond burglary terug te brengen naar twee hoofdvormen: burglary met een strafmaximum van veertien jaar, en aggravated burglary dat werd bedreigd met een levenslange gevangenisstraf.

156 S. 26 luidde:

"Every person who

- (1) breaks and enters any dwelling-house, or any building within the curtilage thereof and occupied therewith, or any school-house, shop, warehouse, counting-house, office, store, garage, pavilion, factory, or workshop, or any building belonging to His Majesty, or to any Government Department, or to any municipal or other public authority, and commits any felony therein; or
 - (2) breaks out of the same, having committed any felony therein;
- shall be guilty of felony and on conviction thereof liable to penal servitude for any term not exceeding fourteen years."

157 S. 27 luidde:

"Every person who, with intent to commit any felony therein,

- (1) enters any dwelling-house in the night; or
 - (2) breaks and enters any dwelling-house, place of divine worship or any building within the curtilage, or any school-house, shop, warehouse, counting-house, office, store, garage, pavilion, factory, or workshop, or any building belonging to His Majesty, or to any Government Department, or to any municipal or other public authority;
- shall be guilty of felony and on conviction thereof liable to penal servitude for any term not exceeding seven years."

158 CLRC 1966, par. 68-69.

S. 8 van het wetsontwerp van de CLRC handelde over burglary en luidde als volgt:

- “(1) A person is guilty of burglary if
- (a) he enters any building or part of a building as a trespasser and with intent to commit any such offence as is mentioned in subsection (2) below; or.
 - (b) having entered any building or part of a building as a trespasser he commits or attempts to commit any such offence.
- (2) The offences referred to in subsection (1) above are offences of stealing anything in the building or part of a building in question, of inflicting on any person therein any grievous bodily harm or raping any woman therein, and of doing unlawful damage to the building or anything therein by fire or explosion.
- (3) References in subsections (1) and (2) above to a building shall apply also to an inhabited vehicle or vessel.
- (4) A person guilty of burglary shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.”

Van burglary was in de ogen van de CLRC dus in de eerste plaats sprake als iemand een (gedeelte van een) gebouw binnengaat als indringer met de intentie iets te stelen of een ander delict te plegen genoemd in s. 8(2) (toebrengen van zwaar lichamelijk letsel aan een persoon, verkrachting van een vrouw en onrechtmatig toebrengen van schade aan het gebouw door brand of explosie). In de tweede plaats wanneer iemand daadwerkelijk iets steelt of een in s. 8(2) genoemd delict pleegt of poogt te plegen na als indringer een (gedeelte van een) gebouw binnen te zijn gegaan.

In s. 9 van het wetsontwerp werd een voorstel voor de strafbaarstelling van aggravated burglary – dat wil zeggen burglary terwijl men in het bezit is van een (imitatie)vuurwapen, wapen of explosief – gedaan.

In de burglary-bepalingen werd geen onderscheid meer gemaakt tussen verschillende gebouwen en het hele concept van ‘breaking and entering’ en ‘breaking out’ was verdwenen.¹⁵⁹

Het leek de CLRC ook niet meer nodig een onderscheid te maken tussen dag en nacht. Hoewel veel mensen een nachtelijke inbraak in een woning nog steeds beangstigender vonden dan een inbraak bij dag, vond de CLRC het verschil niet meer groot genoeg om twee verschillende delicten

159 CLRC 1966, par. 73.

te rechtvaardigen. Door de betere straatverlichting was de nacht bij criminelen niet langer populairder dan de dag en niet beangstigender voor huishoudens. De CLRC wees er ook op dat veel ernstige misdrijven in die tijd overdag plaatsvonden. Sommige inbrekers kozen volgens de CLRC zelfs bewust een tijdstip in de morgen, wanneer de huisvrouw de deur uit moest en het huis leeg achterliet. Het was volgens de CLRC voor een vrouw soms net zo verontrustend en zelfs beangstigend om er dan bij thuiskomst achter te komen dat het huis geplunderd was als na een nachtelijke inbraak. Daarbij vond de CLRC het minder waarschijnlijk dat mensen 's nachts alleen thuis waren.¹⁶⁰

De CLRC vond het moeilijk te beslissen welke misdrijven, indien gepleegd (of gepoogd te plegen) in een gebouw, een huisvredebreuk zouden doen worden tot burglary. Het enige voor de hand liggende misdrijf was stealing. Dit zou bijna alle zaken omvatten en het zou maken dat het delict burglary zou corresponderen met wat daaronder naar normaal spraakgebruik viel. Er waren echter zaken geweest waarin sprake was van 'breaking into' een gebouw met de intentie een ander zwaar misdrijf te plegen, zoals verkrachting of het toebrengen van zwaar lichamenteel letsel. Als de verdachte dit feit daadwerkelijk pleegde, kon hij daarvoor worden vervolgd. Maar wanneer hij tijdig werd gepakt, kon hij niet worden vervolgd tenzij in de gegeven omstandigheden door het binnentreden al gesproken kon worden van een poging het delict te plegen.¹⁶¹ Het leek de commissie juist dat het onrechtmatig binnentreden in een gebouw met de intentie een zwaar misdrijf tegen een persoon of goed te plegen, strafbaar zou zijn. Om lastige vragen rond poging te vermijden, stelde de commissie voor de genoemde intenties burglarious te maken. Wat betreft misdrijven tegen personen stelde de commissie voor de relevante misdrijven te beperken tot het toebrengen van zwaar lichamenteel letsel en verkrachting. Wat betreft misdrijven tegen goederen stelde de commissie voor dat de relevante misdrijven stealing en het toebrengen van ongeoorloofde schade aan het gebouw door vuur of explosieven waren.¹⁶²

160 CLRC 1966, par. 74.

161 Huisvredebreuk is op zichzelf geen strafbaar feit onder Engels recht; het wordt als een civielrechtelijke kwestie tussen twee partijen gezien, vgl. Horder 2016, p. 412. Wel strafbaar zijn overigens indringers die na een verzoek daartoe een pand niet verlaten, vgl. s. 7 van de Criminal Law Act 1977, zoals gewijzigd door de Criminal Justice and Public Order Act 1994.

162 CLRC 1966, par. 77.

S. 9 van de Theft Act luidt inmiddels:

- “(1) A person is guilty of burglary if
- (a) he enters any building or part of a building as a trespasser and with intent to commit any such offence as is mentioned in subsection (2) below; or
 - (b) having entered any building or part of a building as a trespasser he steals or attempts to steal anything in the building or that part of it or inflicts or attempts to inflict on any person therein any grievous bodily harm.¹⁶³
- (2) The offences referred to in subsection (1)(a) above are offences of stealing anything in the building or part of a building in question, of inflicting on any person therein any grievous bodily harm therein, and of doing unlawful damage to the building or anything therein.
- (3) A person guilty of burglary shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding.
- (a) where the offence was committed in respect of a building or part of a building which is a dwelling, fourteen years;¹⁶⁴
 - (b) in any other case, ten years.
- (4) References in subsections (1) and (2) above to a building, and the reference in subsection (3) above to a building which is a dwelling, shall apply also to an inhabited vehicle or vessel, and shall apply to any such vehicle or vessel at times when the person having a habitation in it is not there as well as at times when he is.”

Er zijn dus, overeenkomstig de voorstellen van de CLRC, meerdere delicten strafbaar gesteld in s. 9 Theft Act 1968. De eerste categorie wordt gevormd door gevallen waarin een gebouw wordt binnengedrongen met het oogmerk een delict als bedoeld in s. 9(2) te plegen, dat wil zeggen stealing, toebrengen van zwaar lichamelijk letsel en toebrengen van schade. Binnendringen met het oogmerk iemand te verkrachten valt niet onder s. 9(2); dat is elders strafbaar gesteld.¹⁶⁵ In de tweede categorie vallen die gevallen waarin

163 Anders dan voorgesteld door de CLRC wordt hier niet verwezen naar s. 9(2). Het in s. 9(2) genoemde ‘doing unlawful damage to the building or anything therein’ ontbreekt hier.

164 Als gevolg van de inwerkingtreding van de Criminal Justice Act 1991 wordt toch weer onderscheid gemaakt tussen woningen en andere gebouwen. Dit wordt in het navolgende nog besproken.

165 Tot de inwerkingtreding van de Sexual Offences Act 2003 werd in s. 9 ook rape (≈ verkrachting) genoemd. ‘Trespass with intent to commit a sexual offence’ is nu strafbaar gesteld in s. 63 van de Sexual Offences Act 2003.

een gebouw is binnengedrongen en iemand daadwerkelijk iets steelt (of poogt te stelen) of daadwerkelijk aan iemand anders zwaar lichamelijk letsel toebrengt (of poogt dat te doen).¹⁶⁶ Waarom het toebrengen van schade in de deze categorie niet wordt genoemd, is onduidelijk.¹⁶⁷ Voor de maximaal op te leggen straf maakt het daarnaast, anders dan de CLRC voorstelde, toch nog verschil of het desbetreffende gebouw een woning is of niet.

Van entry (binnenkomst) is sprake als het binnendringen effectief is. Dat kan ook het geval zijn als een verdachte slechts gedeeltelijk binnen is, dat wil zeggen als hij bijvoorbeeld met zijn bovenlichaam door een raam hangt of zijn arm door een raam steekt.¹⁶⁸ Om strafbaar te zijn volgens s. 9 moet de verdachte als indringer naar binnen gaan, dat wil zeggen dat hij daarvoor geen impliciete of expliciete toestemming heeft. Hij moet een gebouw of gedeelte daarvan zijn binnengegaan. Daarvan is ook sprake als iemand op zichzelf rechtmatig ergens binnengaat, maar vervolgens naar een voor hem verboden gedeelte gaat. Dat hoeft niet een aparte kamer te zijn; ook een klant die zich in een winkel achter de servicebalie begeeft maakt zich schuldig aan het binnengaan van een gedeelte van een gebouw als een indringer.¹⁶⁹

166 Volgens Ormerod en Williams is het onduidelijk waaraan s. 9(1)(b) zijn bestaansrecht ontleent. Een reden zou kunnen zijn gelegen in de moeilijkheden die de aanklager kan ondervinden bij het bewijzen dat sprake was van een intentie op het moment van binnentreden. Een andere reden zou kunnen zijn dat deze bepaling moet worden gezien als een soort gekwalificeerde vorm van theft of het toebrengen van ernstig lichamelijk letsel, in die zin dat het als ernstiger moet worden aangemerkt omdat het is gepleegd door een indringer, Ormerod & Williams 2007, par. 8.50. Griew lijkt dat niet onduidelijk te vinden. Volgens hem bestaat s. 9(1)(b) slechts voor die zaken waarin een strafbare intentie op het moment van binnentreden niet kan worden bewezen. Er is volgens Griew immers op zichzelf geen reden een feit als een zwaarder strafbaar feit aan te merken om de enkele reden dat het is gepleegd door een indringer. S. 9(1)(a) en s. 9(1)(b) sluiten elkaar echter niet uit. Het bestaan van s. 9(1)(b) maakt het mogelijk normale gevallen van binnendringen met een bepaalde intentie gevolgd door theft te vervolgen als één feit, in plaats van twee (te weten s. 9(1)(a) en s. 1 (theft)). Als gevolg van het feit dat veel verdachten ontkennen op het moment van binnentreden een strafbare bedoeling te hebben gehad, wordt in de meeste gevallen vervolgd wegens s. 9(1)(b), vgl. Griew 1995, par. 4.28.

167 Ormerod & Williams 2007, par. 8.58.

168 Horder 2016, p. 411-412 en Blackstone 2013, par. B4.85. Zie ook Ormerod & Williams 2007, par. 8.06. Laatstgenoemde schrijvers wijzen er overigens op dat zich ook gevallen kunnen voordoen waarin geen sprake is van een effectief binnendringen maar waarin toch moet worden aangenomen dat sprake is van entry als bedoeld in s. 9 van de Theft Act.

169 Ormerod & Williams 2007, par. 8.12 e.v., Horder 2016, p. 412 en Blackstone 2013, par. B4.86-B4.87.

Voor de eerste categorie gevallen, dat wil zeggen 'burglary with intent' als bedoeld in s. 9(1)(a), moet worden bewezen dat de verdachte op het moment dat hij het gebouw binnenging de intentie had een van de in s. 9(2) genoemde delicten te plegen. Net als bij theft¹⁷⁰ kan zich ook hier het geval voordoen dat de inbreker slechts een voorwaardelijke intentie heeft, dat wil zeggen dat hij slechts de intentie heeft iets te stelen wat voor hem de moeite waard is. Het Court of Appeal heeft beslist dat als een verdachte wordt vervolgd wegens burglary en de aanklacht bevat geen verwijzing naar specifieke goederen, hij schuldig is als hij een intentie had om iets te stelen in het gebouw. Het feit dat er niets van zijn gading was, is dan irrelevant. Een intentie is genoeg. Dat maakt dat wat leken waarschijnlijk een poging tot inbraak zouden vinden, een voltooid delict oplevert.¹⁷¹ Bij de tweede categorie gevallen, dat wil zeggen burglary in de zin van s. 9(1)(b), moet worden bewezen dat de verdachte daadwerkelijk iets heeft gestolen of heeft geprobeerd te stelen of dat hij daadwerkelijk iemand zwaar lichamelijk letsel heeft toegebracht of heeft geprobeerd toe te brengen.

In s. 10(1) van de Theft Act is aggravated burglary strafbaar gesteld:

"A person is guilty of aggravated burglary if he commits any burglary and at the time has with him any firearm or imitation firearm, any weapon of offence, or any explosive (...)."

Bewezen moet worden dat de verdachte het strafverzwarende voorwerp bij zich had op het moment dat hij de burglary pleegde. Wanneer hij vervolgd wordt wegens 'breaking with intent' is dat dus op het moment dat hij het gebouw binnengaat. Als vervolging plaatsvindt wegens s. 9(1)(b) is dat op het moment dat het specifieke delict (stealing of (een poging tot) het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel) plaatsvindt.¹⁷² Deze gekwalificeerde vorm van inbraak wordt bedreigd met een levenslange gevangenisstraf, zo bepaalt s. 10(2).

170 Zie paragraaf 5.3.4.5.

171 Horder 2016, p. 413 en Blackstone 2013, par. B4.88 en B4.93.

172 Ormerod & Williams 2007, par. 8.77.

5.7 Fraud

5.7.1 Inleiding

De Theft Act 1968 en de Theft Act 1978¹⁷³ creëerden verschillende deception-delicten, die zagen op situaties waarin door misleiding van iemand anders iets oneerlijk werd verkregen, veilig gesteld of verworven, of waarin aansprakelijkheid werd ontlopen. Daarnaast bestond ook nog het common law delict 'conspiracy to defraud'.¹⁷⁴ Al die strafbepalingen zijn op 15 januari 2007 echter ingetrokken door de Fraud Act 2006 en vervangen door een algemeen fraudedelict en door het delict 'obtaining services dishonestly'.¹⁷⁵

De Fraud Act 2006 is grotendeels gebaseerd op de voorstellen die de Law Commission in 2002 in haar rapport over fraude deed.¹⁷⁶ Voordat ik de huidige stand van zaken bespreek, ga ik eerst in op de lange geschiedenis van de fraude-bepalingen.

5.7.2 De Larceny Act 1916

Voor larceny was onder de common law vereist dat sprake was van taking van een goed van een ander. Taking vereiste onder meer het ontbreken van toestemming van het slachtoffer op het moment van de taking. Als gevolg daarvan werden slachtoffers van misleiding, bedrog en oplichting onvoldoende beschermd. In 1757 werd daarom 'obtaining by false pretences' strafbaar gesteld. Dit was echter slechts een misdemeanour (dat wil zeggen

173 De Theft Act 1978 is een aanvulling op de Theft Act 1968. Het is dus niet zo dat met de inwerkingtreding van de Theft Act 1978 de Theft Act 1968 werd ingetrokken. Beide Acts zijn nog steeds (grotendeels) in werking.

174 Van conspiracy to defraud was sprake als twee of meer samenzweerdere 'dishonestly intended to defraud' een ander of anderen. Het House of Lords heeft to defraud gedefinieerd als 'to deprive a person dishonestly of something which is his or of something to which he is or would or might but for the perpetration of the fraud be entitled' en 'with intent to practise a fraud on someone or other (...) If someone is prejudiced in any way by the fraud, that is enough', vgl. Law Com No 276, par. 2.1-2.5. Conspiracy to defraud is enerzijds een hele ruime bepaling, waarin kort gezegd het samenzweren met het doel te frauderen is strafbaar gesteld. Het delict is anderszijds beperkt omdat het alleen ziet op samenzweringen, waarvoor logischerwijs meerdere mensen nodig zijn. Het delict zal in het navolgende af en toe worden genoemd, maar niet uitvoerig worden besproken.

175 Het common law delict conspiracy to defraud bestaat nog steeds.

176 Law Com No 276.

een minder ernstig strafbaar feit),¹⁷⁷ terwijl larceny een felony (een ernstig strafbaar feit) was. De rechtbanken probeerden daarom misleidingszaken toch onder het bereik van larceny (by a trick)¹⁷⁸ te brengen, door de instemming die de slachtoffers als gevolg van de misleiding hadden gegeven ongeldig te verklaren.¹⁷⁹ S. 32 van Larceny Act 1916, waarin ‘obtaining by false pretences’ werd opgenomen, luidde:

“Every person who by any false pretence—

- (1) with intent to defraud, obtains from any other person any chattel, money, or valuable security, or causes or procures any money to be paid, or any chattel or valuable security to be delivered to himself or to any other person for the use or benefit or on account of himself or any other person; or
- (2) with intent to defraud or injure any other person, fraudulently causes or induces any other person—
 - (a) to execute, make, accept, endorse, or destroy the whole or any part of any valuable security; or
 - (b) to write, impress, or affix his name or the name of any other person, or the seal of any body corporate or society, upon any paper or parchment in order that the same may be afterwards made or converted into, or used or dealt with as, a valuable security;

shall be guilty of a misdemeanour and on conviction thereof liable to penal servitude for any term not exceeding five years.”

Het onderscheid tussen ‘obtaining by false pretences’ en ‘larceny by a trick’ werd gemaakt door het antwoord op de vraag of eigendom werd overgedragen of slechts bezit. Wanneer de verdachte door valse mededelingen het slachtoffer bewoog het bezit van een goed aan hem over te dragen, was dit ‘larceny by a trick’. Als de verdachte zijn slachtoffer echter op die manier bewoog om de eigendom van het goed aan hem over te dragen, was dit ‘obtaining by false pretences’. Dus een verdachte die door middel van valse mededelingen iemand bewoog hem goederen te leveren op huurkoopbasis met de intentie to appropriate, maakte zich schuldig aan larceny by a trick, omdat de eigendom niet overging. Maar als de verdachte hem bewoog tot levering van de goederen op krediet, was sprake van obtaining by false pretences, omdat de eigendom in dat geval wel over ging.¹⁸⁰

177 Een misdemeanour is niet vergelijkbaar met wat wij een overtreding zouden noemen. Er is nog een lagere categorie strafbare feiten, namelijk de ‘summary offences’.

178 Onder taking viel ingevolge s. 1(2)(a) van de Larceny Act immers ook obtaining the possession by any trick.

179 Smith 1994, par. 1.10.

180 Ormerod & Williams 2007, par. 1.24.

Obtaining by false pretences werd in de Larceny Act 1916 bedreigd met een gevangenisstraf van vijf jaren.

5.7.3 CLRC

De door de CLRC gesignaleerde problemen

De CLRC was van mening dat het verschil tussen larceny, in het bijzonder 'larceny by a trick', en 'obtaining by false pretences' wel erg subtiel was, dat het erg moeilijk was om een logisch onderscheid tussen beide gevallen te maken en om te beslissen of in een concreet geval sprake is van het één of het ander. Dit werd nog verder geproblematiseerd door de omstandigheid dat beide delicten elkaar uitsloten. Dit werd in de ogen van de CLRC niet afdoende opgelost door s. 44(3)¹⁸¹ en (4)¹⁸² van de Larceny Act, welke bepalingen alternatieve bewezenverklaringen mogelijk maakten.¹⁸³ Problemen rezen bijvoorbeeld als de jury een verdachte die terecht werd vervolgd wegens larceny abusievelijk veroordeelde wegens obtaining by false pretences. Het Court of Appeal kon dit niet vervangen door een schuldigverklaring wegens larceny, omdat de beslissing van de jury een vrijspraak wegens larceny impliceerde. Het Court of Appeal kon daarom niet beslissen dat de jury feiten had vastgesteld die hadden moeten leiden tot een bewezenverklaring wegens larceny.¹⁸⁴

Voorts zat er volgens de CLRC één ernstige maas in de wet: alleen 'false pretences' ten aanzien van bestaande feiten leverden een 'false pretence' als bedoeld in s. 32 van de Larceny Act op. 'False pretences' over toekomstige gebeurtenissen en 'false pretences' ten aanzien van voornemens vielen daar dus buiten.¹⁸⁵

Voorstellen van de CLRC

Lange tijd heeft bij de CLRC het idee geleefd dat het nieuwe algemene delict theft ook 'obtaining by false pretences' zou moeten omvatten. Het leek juist om theft zo ruim uit te leggen dat zoveel mogelijk manieren van oneerlijke verkrijging van goederen er onder zouden vallen. Maar uiteindelijk is dit idee opgegeven. Ondanks de aantrekkelijkheid van het idee leek

181 Inhoudende dat iemand die vervolgd wordt wegens larceny veroordeeld mag worden wegens 'obtaining by false pretences'.

182 Inhoudende dat iemand die vervolgd wordt wegens 'obtaining by false pretences' ook voor dit feit veroordeeld mag worden als het bewijs wijst op larceny.

183 CLRC 1966, par. 19.

184 CLRC 1966, par. 90.

185 CLRC 1966, par. 86-87.

het de meerderheid van de commissie onbevredigend. 'Obtaining by false pretences' werd normaal gesproken gezien als afwijkend van theft, omdat in het eerste geval de eigenaar in feite toestemde om van zijn goederen te worden gescheiden. Het leek onjuist om een nieuw delict theft te creëren waaronder gevallen zouden vallen die men normaal gesproken niet als theft ziet. Het onnatuurlijke van het opnemen van 'obtaining by false pretences' in theft werd benadrukt door onderzoek waaruit bleek dat het formuleren van een bevredigende definitie die beide gevallen zou omvatten op grote moeilijkheden stuitte.¹⁸⁶

Het doel van het in s. 12 van het wetsontwerp voorgestelde delict 'criminal deception' was om de wet te versimpelen en de hiervoor genoemde maas in de wet te dichten.¹⁸⁷ S. 12 van het wetsontwerp luidde:

"(1) A person who by any deception dishonestly obtains property belonging to another, with the intention of permanently depriving the other of it, shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

For purposes of this subsection a person is to be treated as obtaining property if he obtains ownership, possession or control of it, and "obtain" includes obtaining for another or enabling another to obtain or to retain.

(2) A person who by any deception obtains credit or further credit for himself or another (whether for performance of an obligation which is legally enforceable or of one which is not) shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding five years.

For purposes of this subsection "credit" includes not only credit in respect of the payment or repayment of money, but also credit in respect of delivery of goods, the doing of work or the performance of any other obligation.

(3) A person who dishonestly, with a view to gain¹⁸⁸ for himself or another, by any deception induces a person to do or refrain from doing any act shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

(4) For purposes of this section "deception" means any deception (whether deliberate or reckless) by words or conduct as to fact or as to law, including a deception as to the present intentions of the person using the deception or any other person."

186 CLRC 1966, par. 38.

187 CLRC 1966, par. 86.

188 Ingevolge s. 28(2) Draft Bill moet onder gain alleen winst in geld of geldwaarde worden verstaan.

Het vervangen van de woorden 'false pretences' door deception was vooral een kwestie van taal. Volgens de commissie zag het laatste woord meer op het gevolg van het handelen van de verdachte, terwijl het eerste meer op het handelen zelf ziet.¹⁸⁹

S. 12 van de Draft Bill zou zoals gezegd s. 32 van de Larceny Act 1916 vervangen. Deze verandering kwam overeen met de verandering van fraudulently naar dishonestly in de definitie van stealing. Het leek de CLRC ook in dit verband juist het woord dishonestly te gebruiken. Dankzij de woorden 'dishonestly obtains' zou een persoon die bedrog gebruikt om een goed te verkrijgen waartoe hij, naar zijn mening, gerechtigd is, niet strafbaar zijn. Het bedrog zou dan wel oneerlijk zijn, het verkrijgen niet. Ook in dit opzicht kwam de bepaling met die van theft overeen.¹⁹⁰ Het vereiste in s. 12(1) Draft Bill dat er een intentie moet zijn om de eigenaar permanent zijn goed te ontnemen, was ook in lijn met de definitie van theft.¹⁹¹

Aan de andere kant bepaalde s. 12(1) Draft Bill wel dat iemand die eigendom, bezit of controle over een goed verkrijgt, geacht wordt dat goed te hebben verkregen. Dit was een uitbreiding ten opzichte van s. 32, dat voorschreef dat eigendom moest worden verkregen. De CLRC voorzag dat deze uitbreiding tot effect zou hebben dat theft en criminal deception elkaar zouden overlappen en dat handelingen die onder het oude recht 'larceny by a trick' of 'obtaining by false pretences' zouden opleveren, vanaf dat moment allemaal onder criminal deception zouden vallen. De CLRC wees er al op dat zich in de praktijk de vraag zou kunnen voordoen of vervolgd zou moeten worden wegens theft of wegens 'obtaining by criminal deception'. Het leek de commissie vanzelfsprekend en slim om wegens het laatste te vervolgen. Het ten laste leggen van theft was volgens de commissie alleen aangewezen in hele duidelijke gevallen. De nieuwe wet had als voordeel dat de vervolgende autoriteiten niet, zoals vroeger, behoefden te kiezen tussen twee elkaar uitsluitende delicten. De voorgestelde overlap zou tot resultaat hebben dat de verdachte veroordeeld kon worden voor het delict dat ten laste was gelegd.¹⁹²

189 CLRC 1966, par. 86-87.

190 CLRC 1966, par. 88.

191 CLRC 1966, par. 89.

192 CLRC 1966, par. 90.

S. 12 Draft Bill was ook ruimer dan s. 32 van de Larceny Act 1916 ten aanzien van de verschillende soorten goederen die verkregen konden worden. S. 32 van de Larceny Act 1916 was van toepassing op chattels,¹⁹³ geld en zekerheidsrechten, terwijl het voorgestelde s. 12 zag op goederen in het algemeen en zelfs land.¹⁹⁴

De maximumstraf voor 'obtaining property by deception' werd gelijkgesteld aan die voor theft, namelijk tien jaren.¹⁹⁵

Het voorgestelde s. 12(2), dat een aparte strafbaarstelling bevatte, moest s. 13(1) van de Debtors Act 1869 – volgens welke een persoon strafbaar was als hij een schuld of andere verplichting aanging onder valse voorwendse- len of door middel van een andere frauduleuze handeling – vervangen. Hieronder viel bijvoorbeeld het verkrijgen van eten en onderdak met de bedoeling daar niet voor te betalen. Het nieuwe artikel was ruimer, zodat er ook andere gevallen van bedrog onder zouden vallen. Het nieuwe delict omvat bijvoorbeeld ook het verkrijgen van een verlenging van het krediet en het verkrijgen van krediet voor een ander. De omstandigheid dat dit soort delicten vaak uit gewoonte werden gepleegd en het feit dat het delict zich ook in ernstige vorm kon voordoen, rechtvaardigden volgens de CLRC een strafmaximum van vijf jaar gevangenisstraf. De in s. 12(2) strafbaar gestelde handelingen vielen ook onder het hierna te bespreken algemene delict deception van s. 12(3) Draft Bill, maar de maximumstraf op dat delict was slechts twee jaar gevangenisstraf.¹⁹⁶

In s. 12(3) Draft Bill stelde de CLRC een algemeen bedrogsdelict voor. Het delict kwam niet overeen met enig delict onder het oude recht, maar moest een aantal gevallen van bedrog beslaan die volgens de commissie strafbaar zouden moeten zijn. Het was een soort vangnetbepaling.¹⁹⁷

193 Een chatted is een roerend goed, ter onderscheiding van land. Bij wijze van uitzondering wordt geld in het algemeen niet als chatted aangemerkt, hoewel het wel een roerend goed is en altijd larcenable was. Het recht dat van toepassing is op chattels is over het algemeen ook van toepassing op geld. Zie Smith 1994, par. 1.09, noot 35.

194 CLRC 1966, par. 91. De argumenten die bestonden tegen het van toepassing maken van theft op land, waren volgens de commissie veel minder van toepassing bij obtaining by deception. De essentie van het laatste was misleiden van iemand met het doel hem te scheiden van zijn goed.

195 CLRC 1966, par. 93.

196 CLRC 1966, par. 94-95.

197 CLRC 1966, par. 96.

Het systeem van s. 12 was het onderwerp van grote meningsverschillen binnen de commissie. Het algemene delict in s. 12(3) was uiteindelijk een compromis tussen twee tegenovergestelde voorstellen over criminal deception.

Het eerste voorstel was het creëren van een algemeen bedrogsdelict dat alle of bijna alle vormen van bedrog die strafbaar zouden moeten zijn zou omvatten en welk delict bedreigd zou worden met een gevangenisstraf van zeven jaren. Het delict zou dan ongeveer zo luiden als het uiteindelijk voorgestelde s. 12(3). De essentie van het delict zou 'dishonestly using deception for the purpose of gain' zijn. Het delict van 'obtaining property by deception' zoals voorgesteld in s. 12(1) zou apart kunnen worden gehouden, maar het zou ook onder het algemene delict kunnen vallen als er een voor beide delicten aanvaardbare straf op zou staan.

Het tweede voorstel was om alleen de specifieke delicten van 'obtaining property by deception', 'obtaining credit by deception' en 'procuring by deception the execution of a valuable security' (s. 16(2) Draft Bill) op te nemen en niet een algemeen delict als in s. 12(3).¹⁹⁸

De argumenten voor het eerste voorstel waren de volgende:

- (i) Het gebruik van 'deception for the purpose of gain' zoals beschreven in s. 12(3) zou de essentie van het delict criminal deception moeten zijn. Wat voor voordeel de verdachte wil behalen voor zichzelf of een ander ten koste van zijn slachtoffer doet niet ter zake, behalve voor de straf.
- (ii) Het opsommen en definiëren van de verschillende objecten waarop het bedrog betrekking kan hebben is onbevredigend en gevaarlijk, omdat het onmogelijk is een complete opsomming te maken.
- (iii) Een enkel algemeen delict in de vorm van s. 12(3) zou in overeenstemming met het systeem van het wetsontwerp zijn en zou resulteren in een grote versimpeling van de wet.
- (iv) Het doel van dit deel van het strafrecht is het beschermen van het publiek tegen dishonest deception en hoe wijder de bepaling is, hoe meer bescherming deze biedt.¹⁹⁹

198 CLRC 1966, par. 97.

199 CLRC 1966, par. 98.

De voorstanders van het tweede voorstel waren van mening dat het creëren van een algemeen delict als s. 12(3) onwenselijk was:

- (i) De woorden van s. 12(3) zijn weinig specifiek, terwijl het in het Engelse recht een beginsel is om redelijk gedetailleerd aan te geven welk gedrag strafbaar is. De woorden *dishonestly*, *gain* en *deception* zijn niet nauwkeurig genoeg voor een algemene strafbaarstelling.
- (ii) Het delict zou een voorbereidingsdelict zijn en zou bovendien gelijktijdig een poging opleveren. Het delict zou daarmee een aansprakelijkheid voor voorbereidingshandelingen kunnen introduceren die verder ging dan de aansprakelijkheid met betrekking tot poging.
- (iii) Het delict zou veel minder ernstige gevallen van *deception* omvatten die het publiek niet strafbaar vindt, zoals handelingen van handelaars, adverteerders en sollicitanten.
- (iv) Het compromisvoorstel zou tot gevolg hebben dat overlap ontstaat tussen s. 12(3) en andere delicten uit het ontwerp, inclusief overlap met de andere twee delicten uit s. 12 zelf.
- (v) Het zou onlogisch zijn dat – terwijl de intentie om de eigenaar permanent van zijn goed te beroven een voorwaarde is voor theft en ‘obtaining property by deception’ – ‘deception in order to obtain the loan of a thing’ wel een delict onder s. 12(3) zou opleveren.²⁰⁰

Uiteindelijk was de commissie in haar geheel van oordeel dat, in aanmerking nemende de hierboven weergegeven tegengestelde opvattingen, het voorgestelde ontwerp van s. 12 het meest bevredigend was. Dit voorstel erkende de voordelen van het creëren van een enkel algemeen delict van *criminal deception*, in overeenstemming met het eerste voorstel. De meeste commissieleden vonden een maximumstraf die hoog genoeg zou zijn voor de delicten in s. 12(1) en 12(2), veel te zwaar voor het algemene delict van s. 12(3). Het delict van s. 12(3), met een maximumstraf van twee jaar gevangenisstraf, zou nuttig zijn voor bepaalde minder ernstige zaken. Daarbij was het delict in zijn algemeenheid in principe juist en zou het de praktijk geen schade berokkenen.²⁰¹

In s. 12(4) werd *deception* gedefinieerd. Door deze definitie werd het vroegere delict ‘obtaining by false pretences’ aanzienlijk verbreed. Een belangrijke verandering was dat, zoals hiervoor al werd opgemerkt, valse

200 CLRC 1966, par. 99.

201 CLRC 1966, par. 100.

voorstellingen met betrekking tot intenties voortaan ook strafbaar waren. De CLRC heeft nog overwogen of het oneerlijk nalaten een misvatting te corrigeren en andere vormen van oneerlijk verzwijgen zouden moeten tellen als deception. Hiervan is afgezien omdat het erg moeilijk zou zijn om dat te specificeren zonder de bepaling enorm uit te breiden. Daarbij deed zich ook nog de complicatie voor dat heimelijkheid in sommige gevallen niet zou leiden tot civielrechtelijke aansprakelijkheid. In het bijzonder is rekening gehouden met de omstandigheid dat – in het civiele recht – een verkoper over het algemeen niet verplicht was de koper op gebreken te wijzen. Het zou te ver gaan om het verzwijgen van iets ten aanzien waarvan civielrechtelijk geen verplichting bestaat het te onthullen, een strafbaar feit te maken. Het gevolg zou zelfs kunnen zijn dat de regels van het civiele recht zouden veranderen (als het parlement het strafbaar vindt, moet civielrechtelijke aansprakelijkheid volgen). Uitdrukkelijk bepalen dat verzwijging alleen strafbaar is als er een civielrechtelijke plicht tot onthullen is, zou daarentegen op verzet stuiten van strafrechtjuristen, die bezwaar hebben tegen wetgeving die refereert aan het civiele recht.²⁰²

5.7.4 *De Theft Act 1968*

Het door de CLRC voorgestelde bedrogsdelict werd niet geheel overgenomen door het parlement. Het eerste voorstel, namelijk om ‘obtaining by false pretences’ te vervangen door ‘obtaining by deception’ werd wel geaccepteerd en opgenomen in s. 15.²⁰³ Het tweede voorstel zag op een verbeterde en uitgebreide versie van het delict ‘obtaining credit by fraud’. Dit voorstel was op zichzelf onomstreden. Het derde voorstel van de CLRC betrof het

202 CLRC 1966, par. 101.

203 S. 15 van de Theft Act 1968 luidde:

- “(1) A person who by any deception dishonestly obtains property belonging to another, with the intention of permanently depriving the other of it, shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.
- (2) For purposes of this subsection a person is to be treated as obtaining property if he obtains ownership, possession or control of it, and “obtain” includes obtaining for another or enabling another to obtain or to retain.
- (3) Section 6 above shall apply for purposes of this section, with the necessary adaptation of the reference to appropriating, as it applies for purposes of section 1.
- (4) For purposes of this section “deception” means any deception (whether deliberate or reckless) by words or conduct as to fact or as to law, including a deception as to the present intentions of the person using the deception or any other person.”

algemene delict in s. 12(3) van de Draft Bill. Dit algemene delict haalde het niet in het parlement. Het werd een te brede en vage uitbreiding van het strafrecht bevonden. In plaats van het tweede en derde voorstel van de CLRC kwam s. 16 van de Theft Act 1968.²⁰⁴ Dit artikel zag op 'obtaining pecuniary advantage by deception' en moest het voorgestelde 'obtaining credit by deception' en een stukje van het algemene delict dat nog aanvaardbaar leek, vervangen. In ss. 17, 19 en 20 van de Theft Act werden voorstellen van de CLRC overgenomen ten aanzien van al bestaande fraudedelicten.²⁰⁵

5.7.5 *De Theft Act 1978 en de Theft (Amendment) Act 1996*

S. 16(2)(a) van de Theft Act 1968 werd al snel beschouwd als een juridische nachtmerrie. In haar 13^e Rapport stelde de CLRC voor deze bepaling in te trekken en te vervangen door drie nieuwe delicten. In aanvulling op s. 15 van de Theft Act 1968 was een delict nodig dat zag op gevallen waarin bedrog werd gepleegd om op krediet geen goederen, maar andere voordelen te verkrijgen, zoals het huren van goederen, arbeid of het verlenen van een vergunning. De CLRC wilde het woord services niet gebruiken en stelde uiteindelijk voor strafbaar te stellen 'dishonestly inducing another by deception to act on any person's promise'. Het House of Lords vond dit te complex en stelde voor 'obtaining services by deception' strafbaar te stellen.²⁰⁶ Na raadpleging van de CLRC luidde s. 1 van de Theft Act 1978²⁰⁷ uiteindelijk als volgt:

204 S. 16 van de Theft Act 1968 luidde:

- “(1) A person who by any deception dishonestly obtains for himself or another any pecuniary advantage shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding five years.
- (2) The cases in which a pecuniary advantage within the meaning of this section is to be regarded as obtained for a person are cases where –
 - (a) any debt or charge for which he makes himself liable or is or may become liable (including one not legally enforceable) is reduced or in whole or in part evaded or deferred; or
 - (b) he is allowed to borrow by way of overdraft, or to take out any policy or insurance or annuity contract, or obtains an improvement of the terms on which he is allowed to do so; or
 - (c) he is given the opportunity to earn remuneration or greater remuneration in an office or employment, or to win money by betting.
- (3) For purposes of this section “deception” has the same meaning as in section 15 of this Act.”

205 Griew 1995, par. 7.02-7.03.

206 Griew 1995, par. 7.04-7.06.

207 De Theft Act 1978 is een aanvulling op de Theft Act 1968. De inwerkingtreding van de Theft Act 1978 bracht dus niet de (volledige) intrekking van de Theft Act 1968 met zich mee. Beide Acts zijn nog steeds (grotendeels) in werking.

- “(1) A person who by any deception dishonestly obtains services from another shall be guilty of an offence.
- (2) It is an obtaining of services where the other is induced to confer a benefit by doing some act, or causing or permitting some act to be done, on the understanding that the benefit has been or will be paid for.”

Het was de verdienste van de CLRC dat services in s. 1(2) tot op zekere hoogte werd gedefinieerd, zodat het delict zich slechts uitstrekte tot diensten die op waarde konden worden bepaald. In s. 2 van de Theft Act 1978 werd voorts ‘evasion of liability by deception’ strafbaar gesteld. Gezamenlijk moesten s. 1 en 2 van de Theft Act 1978 s. 16(2)(a) van de Theft Act 1968 vervangen. Tegelijkertijd werd de kans gegrepen het algemene delict ‘making off without payment’ in te voeren, vgl. s. 3 Theft Act 1978. Bij dit delict was bedrog geen vereiste.²⁰⁸

Als gevolg van de zaak *Preddy*²⁰⁹ moest de wet in 1996 weer worden aangepast. In gevallen waarin een verdachte bedrog pleegde om geld van iemands bankrekening te verkrijgen, werd tot die tijd aangenomen dat de verdachte een vorderingsrecht toebehorend aan zijn slachtoffer verkreeg. In de zaak *Preddy* werd echter succesvol bepleit dat een verdachte in een dergelijk geval niets dat toebehoort aan een ander verkrijgt. De rekening van het slachtoffer werd gedebiteerd en die van de verdachte gecrediteerd, maar de verdachte had geen eigendom, bezit of controle (zoals vereist door s. 15 Theft Act 1968) verkregen over de vordering van het slachtoffer op de bank. Deze maas in de wet werd gedicht door de Theft (Amendment) Act 1996. Als gevolg van deze wet werd na s. 15 van de Theft Act 1968 een nieuwe bepaling ingevoegd, s. 15A, die ‘obtaining a money transfer by deception’ strafbaar stelde. In totaal waren er nu acht deception-bepalingen.²¹⁰ Griew schreef hierover:

208 Vgl. Griew 1995, par. 7.04-7.08. S. 3 van de Theft Act 1978 is nog steeds in werking. Het delict ‘making off without payment’ kan andere delicten overlappen, zoals theft (bijvoorbeeld in het geval van een eetpiraat of benzinedief) en ‘obtaining services dishonestly’ (bijvoorbeeld het gebruik maken van een taxi en er dan vandoor gaan zonder te betalen). De laatstgenoemde delicten kunnen echter moeilijk te bewijzen zijn als niets bekend is over de intentie van de verdachte, vgl. Blackstone 2013, par. B5.38.

209 [1996] AC 815.

210 Te weten: (1) obtaining property belonging to another, with the intention of permanently depriving the other of it (s. 15 Theft Act 1968), (2) obtaining a money transfer (s. 15A Theft Act 1968, zoals ingevoegd door de Theft (Amendment Act) 1996), (3) obtaining services (s. 1 Theft Act 1978), (4) securing the remission of an existing liability to make a payment (s. 2(1)(a) Theft Act 1978), (5) inducing a creditor to wait for payment or to forgo payment with intent to permanently default on the

“No one wanting to construct a rational, efficient law of criminal fraud would choose to start from the present position. The law (...) is in a very untidy and unsatisfactory condition. The various offences are not so framed and related to each other as to cover, in a clearly organised way and without doubt or strained interpretation, the range of conduct with which the law should be able to deal.”²¹¹

5.7.6 *De Law Commission*

De Law Commission werkte, met tussenpozen, al sinds de jaren zeventig aan de ‘law of fraud’. Een van de doelstellingen in de rapporten die de commissie hierover had uitgebracht, was te verzekeren dat de reikwijdte van de strafbaarstelling van fraude ruim genoeg zou zijn om fraudeurs succesvol te vervolgen en juist te straffen, zonder dat die omschrijving zo ruim zou zijn dat de persoonlijke vrijheid beperkt werd of zo vaag dat het in strijd zou zijn met de ‘rule of law’.²¹²

In april 1998 vroeg de toenmalige Home Secretary²¹³ de Law Commission:

“As part of their programme of work on dishonesty, to examine the law on fraud, and in particular to consider whether it: is readily comprehensible to juries; is adequate for effective prosecution; is fair to potential defendants; meets the need of developing technology including electronic means of transfer; and to make recommendations to improve the law in these respects with all due expedition. In making these recommendations to consider whether a general offence of fraud would improve the criminal law.”²¹⁴

De Law Commission had verschillende bezwaren tegen de veelheid aan bedrogsdelicten. In de eerste plaats wees de commissie er op dat die veelheid, zoals in de zaak *Preddy* was gebeurd, ruimte laat om technische argumenten tot bloei te laten komen. Een tweede bezwaar was dat het gevaar bestaat dat een verdachte voor het verkeerde feit of voor te veel feiten wordt

debt (s. 2(1)(b) Theft Act 1978), (6) obtaining an exemption from or abatement of liability to make a payment (s. 2(1)(c) Theft Act 1978), (7) obtaining a pecuniary advantage (s. 16 Theft Act 1968) en (8) procuring the execution of a valuable security (s. 20(2) Theft Act 1968).

211 Griew 1995, par. 7.22.

212 Law Com No 276, par. 1.4.

213 Minister van Binnenlandse Zaken.

214 Law Com No 276, par. 1.1-1.2.

vervolgd.²¹⁵ Voorts wees de commissie op de beperkingen van het begrip deception. Voor deception was vereist dat iemand was misleid. Het geval kon zich echter voordoen dat iemand handelde naar aanleiding van de valse voorstellingen van een verdachte zonder stil te staan bij de vraag of die voorstelling juist of onjuist is. Van echte misleiding was dan geen sprake. Deze situatie deed zich bijvoorbeeld voor als een verdachte zonder toestemming met de pinpas van een ander betaalde in een winkel. Het House of Lords had in een aantal gevallen aangenomen dat de winkelier, niet wetende dat de verdachte niet gerechtigd was de kaart te gebruiken, misleid was. De commissie vond dit gekunsteld.²¹⁶ Soortgelijke problemen deden zich voor bij computers en machines. Een machine heeft geen bewustzijn en kan dus niet worden misleid. Iemand die bedrieglijk een voordeel verkreeg door het verstrekken van onjuiste informatie aan een machine, pleegde geen deception-delict. Als het voordeel een goed betrof, was hij normaliter schuldig aan theft. Maar als het voordeel iets anders betrof, bijvoorbeeld een service, was geen sprake van een strafbaar feit.²¹⁷ Daarnaast wees de commissie er op dat zich ook gevallen kunnen voordoen waarin iemand wordt bedrogen, maar waarin helemaal geen sprake is van valse voorstellingen. Bij wijze van voorbeeld noemde de commissie het verkondigen van halve waarheden die een onjuiste indruk wekken en het misbruiken van een bepaalde positie.²¹⁸

De commissie heeft onderzocht of de hiervoor genoemde problemen (en de hier niet besproken problemen die zich voordeden ten aanzien van 'conspiracy to defraud') eenvoudig opgelost zouden kunnen worden door afschaffing van het delict 'conspiracy to defraud' en het consolideren van de deception-bepalingen in één bepaling. Het probleem was alleen dat, als gevolg van de beperkte betekenis van deception, 'conspiracy to defraud' als een soort vangnet in fraudezaken fungeerde. Het afschaffen van die bepaling zou dus als gevolg hebben dat gedrag dat eerder strafbaar was, dat niet meer zou zijn. De commissie wees daarbij op twee categorieën: in de

215 Law Com No 276, par. 3.10-3.24. De Law Commission wees op de zaak *Gomez* (zie ook paragraaf 5.3.4.1) om aan te tonen dat dit probleem niet beperkt was tot zaken die onder de verkeerde deception-bepaling werden vervolgd, maar ook zag op zaken waarin wegens theft werd vervolgd waar deception meer voor de hand had gelegen. zie Law Com No 276, par. 3.21.

216 Law Com No 276, par. 3.29-3.33.

217 Law Com No 276, par. 3.34.

218 Law Com No 276, par. 3.36- 3.39.

eerste plaats gevallen waarin wel sprake was van deception, maar die niet vielen onder de toen geldende deception-bepalingen en in de tweede plaats handelen waarbij sprake is van een oogmerk om voordeel te behalen of een intentie om verlies te veroorzaken, maar niet van deception.²¹⁹

Voordat de commissie kwam met voorstellen voor nieuwe strafbaarstellingen, onderzocht zij eerst de rol van dishonesty (oneerlijkheid) in het strafrecht. De commissie stelde vast dat er geen definitie van oneerlijkheid was en dat de vraag of sprake was van oneerlijkheid nog steeds beantwoord moest worden aan de hand van de *Ghosh*-test (zie hiervoor paragraaf 5.3.4.2). Die test was in de praktijk onproblematisch gebleken. Wel stelde de commissie zich op het standpunt dat oneerlijkheid slechts een negatief element zou mogen zijn in een strafbaarstelling, dat wil zeggen dat het ontbreken van oneerlijkheid een verweer zou kunnen zijn, maar dat de vraag of bepaald gedrag strafbaar is, niet slechts zou mogen afhangen van dit element. Oneerlijkheid moest een noodzakelijk – maar niet voldoende – element zijn.²²⁰ In het verlengde daarvan was het logisch dat de Law Commission geen algemeen dishonesty-delict voorstelde. Onder meer de Crown Prosecution Service was hier een voorstander van, in het bijzonder vanwege de flexibiliteit die een dergelijk delict zou bieden. Een dergelijke strafbaarstelling leek de Law Commission echter in strijd met onder meer het legaliteitsbeginsel, meer in het bijzonder met het rechtzekerheidsbeginsel.²²¹

De commissie stelde een nieuwe start voor, in die zin dat het tijd was voor een algemeen fraudedelict dat niet te zwaar leunt op het begrip oneerlijkheid, maar dat wel ruim en flexibel genoeg is om alle gevallen te omvatten die tot die tijd als ‘conspiracy to defraud’ werden vervolgd.²²²

De Law Commission oordeelde dat een algemeen fraudedelict de wet zou verbeteren in ieder door de Home Secretary genoemd aspect:

- (1) Het zou de wet begrijpelijker maken voor jury's, in het bijzonder in zware fraudezaken. De mogelijke beschuldigingen waren tot dan toe talrijk, en geen daarvan beschreef adequaat wat fraude was. De wettelijke bepalingen waren te specifiek om een algemene beschrijving te leveren, terwijl het common law delict ‘conspiracy to defraud’ zo ruim was dat het weinig richting gaf voor het onderscheid tussen frauduleus en legitiem handelen.

219 Law Com No 276, par. 4.1-4.4.

220 Law Com No 276, par. 5.1-5.19.

221 Zie, ook voor de overige bezwaren, Law Com No 276, par. 5.20 e.v.

222 Law Com No 276, par. 7.1-7.4.

- (2) Een algemeen fraudedelict zou een nuttig instrument voor effectieve vervolgingen zijn. Specifieke delicten werden soms ten onrechte tenlastegelegd, of althans in omstandigheden waar een ander delict meer op zijn plaats zou zijn geweest.
- (3) Het introduceren van een algemeen fraudedelict zou de wet ingrijpend vereenvoudigen.
- (4) Een algemeen fraudedelict zou van toepassing zijn op alle gevallen van fraude. Het zou dus beter gelijke tred moeten kunnen houden met technologische ontwikkelingen.²²³

Het eerste voorstel van de Law Commission zag op het algemene fraudedelict en luidde als volgt:

“We recommend that any person who, with intent to make a gain or to cause loss or to expose another to the risk of loss, dishonestly

- (1) makes a false representation, or
- (2) fails to disclose information to another person which
 - (a) he or she is under a legal duty to disclose, or
 - (b) is of a kind which the other person trusts him or her to disclose, and is information which in the circumstances it is reasonable to expect him or her to disclose, or
- (3) abuses a position in which he or she is expected to safeguard, or not to act against, the financial interests of another person, and does so without the knowledge of that person or of anyone acting on that person’s behalf, should be guilty of an offence of fraud.”²²⁴

Naast een algemeen fraudedelict stelde de commissie strafbaarstelling van – het in de ogen van de commissie ‘theft-like’ delict²²⁵ – ‘obtaining services dishonestly’ voor:

“We recommend that any person who by any dishonest act obtains services in respect of which payment is required, with intent to avoid payment, should be guilty of an offence of obtaining services dishonestly.”²²⁶

223 Law Com No 276, par. 1.6.

224 Law Com No 276, par. 7.58.

225 Law Com No 276, par. 8.7.

226 Law Com No 276, par. 8.16.

Al het handelen dat tot dan toe onder één van de acht deception-bepalingen viel, zou voortaan onder één van de twee voorgestelde delicten kunnen worden gebracht. De oude deception-bepalingen konden volgens de commissie daarom worden ingetrokken.²²⁷

5.7.7 De Fraud Act 2006

De Fraud Act 2006, grotendeels gebaseerd op de hiervoor besproken voorstellen van de Law Commission, trad in werking op 15 januari 2007.²²⁸

S. 1 van de Fraud Act 2006 luidt als volgt:

- “(1) A person is guilty of fraud if he is in breach of any of the sections listed in subsection (2) (which provide for different ways of committing the offence).
- (2) The sections are –
- (a) section 2 (fraud by false representation),
 - (b) section 3 (fraud by failing to disclose information), and
 - (c) section 4 (fraud by abuse of position).
- (3) A person who is guilty of fraud is liable –
- (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 12 months or to a fine not exceeding the statutory maximum (or to both);
 - (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years or to a fine (or to both).
- (...).”

De eerste vorm van fraude is ‘fraud by false representation’. In s. 2 van de Fraud Act 2006 is bepaald daaronder moet worden verstaan:

- “(1) A person is in breach of this section if he –
- (a) dishonestly makes a false representation, and
 - (b) intends, by making the representation –
 - (i) to make a gain for himself or another, or
 - (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss.

227 Volgens de Law Commission kon ook het common law delict conspiracy to defraud worden ingetrokken, vgl. Law Com No 276, par. 9.1-9.6, maar dat is niet gebeurd, vgl. de explanatory notes bij de Fraud Act 2006, onder 6.

228 Ormerod & Williams 2007, par. 3.01 en 3.05. Zie ook de explanatory notes behorende bij de Fraud Act 2006, onder 5.

- (2) A representation is false if –
 - (a) it is untrue or misleading, and
 - (b) the person making it knows that it is, or might be, untrue or misleading.
- (3) “Representation” means any representation as to fact or law, including a representation as to the state of mind of –
 - (a) the person making the representation, or
 - (b) any other person.
- (4) A representation may be express or implied.
- (5) For the purposes of this section a representation may be regarded as made if it (or anything implying it) is submitted in any form to any system or device designed to receive, convey or respond to communications (with or without human intervention).”

De strafbare handeling bij deze vorm van fraude is slechts het schetsen van een valse voorstelling van zaken, tegenover een persoon, systeem of apparaat. Niet is vereist dat de voorstelling van zaken tot enig resultaat heeft geleid, dat het mogelijke slachtoffer of een derde geloofde in de voorstelling van zaken, dat iemand als gevolg van de voorstelling van zaken heeft gehandeld of dat de verdachte daadwerkelijk winst heeft gemaakt of verlies heeft veroorzaakt. Er kan sprake zijn van een voltooid delict als de voorstelling van zaken van de hand wordt gewezen of zelfs wordt weggehoond door degene tot wie deze is gericht.²²⁹ Voor een poging lijkt dus weinig ruimte te zijn. De belangrijkste gevallen van poging lijken die gevallen te zijn waarin een verdachte per ongeluk een ware voorstelling van zaken doet.²³⁰ Verondersteld wordt dat al sprake is van een voorstelling van zaken op het moment dat deze wordt geuit. Als dat zo is, zou niet eens noodzakelijk zijn dat degene tegen wie de voorstelling van zaken is gericht hiervan op de hoogte is geraakt. Dus ook als bijvoorbeeld de brief met daarin de voorstelling van zaken zoek raakt bij de post, kan dan sprake zijn van een voltooid delict.²³¹ Een voorstelling van zaken kan mondeling of door het vertonen van bepaald gedrag worden gedaan, voor een voorstelling van zaken door nalaten lijkt geen ruimte te zijn (maar voor die gevallen biedt het hierna te bespreken ‘fraud by failing to disclose information’ wellicht een oplossing).²³²

229 Ormerod & Williams 2007, par. 3.50-3.51 en Blackstone 2013, par. B5.13-B5.14.

230 Ormerod & Williams 2007, par. 3.74-3.75.

231 Ormerod & Williams 2007, par. 3.55-3.56, 3.61-3.63 en Blackstone 2013, par. B5.13-B5.14.

232 Ormerod & Williams 2007, par. 3.80 e.v.

S. 2(2) Fraud Act bepaalt wanneer een voorstelling van zaken vals is. De bepaling laat ruimte om te oordelen dat ook een voorstelling van zaken die op zichzelf waar is, een valse voorstelling kan opleveren, en wel in het geval dat deze misleidend is. S. 2(2)(b) eist wel dat de verdachte daarvan op de hoogte is. Een vergissing kan dus wel leiden tot een onware of misleidende voorstelling van zaken, maar niet tot een valse voorstelling van zaken.²³³ Ingevolge s. 2(3) kan een voorstelling van zaken zien op feiten en recht. Dit moeten wel bestaande feiten of bestaand recht zijn. Een belofte wordt niet ineens een valse voorstelling van zaken door de enkele omstandigheid dat deze niet wordt nagekomen. Een belofte (die kan worden gezien als een weergave van een gemoedstoestand) kan wel een valse voorstelling van zaken opleveren als degene die de belofte doet vanaf het begin van plan was zich hieraan niet te houden.²³⁴

Van 'fraud by false representation' is bijvoorbeeld sprake als een verdachte oneerlijk gebruikmaakt van een gestolen bankpasje of het seizoens-ticket of busabonnement van iemand anders. Ook zonder dat hij iets zegt, impliceert dit gebruik dat het pasje, de kaart of het abonnement echt is, dat hij de bevoegde gebruiker is en dat hij nog steeds is gerechtigd het te gebruiken. Ingevolge s. 2(5) Fraud Act geldt hetzelfde als een verdachte zich door middel van het invoeren van een beveiligingscode, password of pincode tegenover een systeem of apparaat voordoet als de gerechtigde gebruiker van een account of gebruiker van een service, terwijl hij dat in werkelijkheid niet is. Een ander klassiek voorbeeld van een impliciete voorstelling is die gedaan door een gast in een hotel of restaurant. De gast hoeft niet te zeggen dat hij van plan is aan het eind te betalen, want die conclusie zal al uit zijn gedrag worden getrokken.²³⁵ Een laatste voorbeeld van 'fraud by false representation' is het zogenoemde phishing, waarbij een verdachte bijvoorbeeld aan een grote groep mensen een e-mail zendt – zich voordoende als vertegenwoordiger van een financiële instelling – met de vraag informatie zoals creditcardgegevens en bankrekeningnummers te verstrekken zodat de verdachte zich toegang kan verschaffen tot de bezittingen van derden.²³⁶

Deze vorm van fraude zal vaak overlap vertonen met theft. In geval van overlap zullen aanklagers waarschijnlijk liever vervolgen wegens fraud, onder meer omdat het niet nodig is om vast te stellen dat sprake was van winst of verlies en omdat de maximumstraf op fraud hoger is.²³⁷

233 Ormerod & Williams 2007, par. 3.110 e.v. en Blackstone 2013, par. B5.13-B5.14.

234 Ormerod & Williams 2007, par. 3.100 e.v. en Blackstone 2013, par. B5.13-B5.14.

235 Blackstone 2013, par. B5.13-B5.14.

236 Explanatory notes bij de Fraud Act 2006, onder 16.

237 Ormerod & Williams 2007, par. 3.134-3.135.

De tweede vorm van fraud is 'fraud by failing to disclose information'. S. 3 van de Fraud Act 2006 bepaalt:

- "A person is in breach of this section if he –
- (a) dishonestly fails to disclose to another person information which he is under a legal duty to disclose, and
 - (b) intends, by failing to disclose the information –
 - (i) to make a gain for himself or another, or
 - (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss."

Deze vorm van fraude – die uiteindelijk beperkter is dan de Law Commission had voorgesteld – is eigenlijk een omissiedelict: het niet bekend maken van informatie in gevallen waarin daartoe een juridische plicht bestaat, is hier strafbaar gesteld. Wanneer sprake is van een dergelijke juridische plicht staat niet in de Fraud Act beschreven. De Law Commission wijdde er de volgende woorden aan:

"Such a duty may derive from statute (such as the provisions governing company prospectuses), from the fact that the transaction in question is one of the utmost good faith (such as a contract of insurance), from the express or implied terms of a contract, from the custom of a particular trade or market, or from the existence of a fiduciary relationship between parties (such as that of agent and principal). For this purpose there is a legal duty to disclose information not only if the defendant's failure to disclose it gives the victim a cause of action for damages, but also if the law gives the victim a right to set aside any change in his or her legal position to which he or she may consent as a result of the non-disclosure. For example, a person in a fiduciary position has a duty to disclose material information when entering into a contract with his or her beneficiary, in the sense that a failure to make such disclosure will entitle the beneficiary to rescind the contract and to reclaim any property transferred under it."²³⁸

De wet bepaalt niet dat de verdachte op de hoogte moet zijn van deze plicht. Onbekendheid met het recht zal ook onder het Engelse recht niet snel tot vrijspraak leiden, maar kan wel invloed hebben op de beantwoording van de vraag of de verdachte oneerlijk heeft gehandeld. Dit werkt ook de andere kant op: als de verdachte weet dat hij een juridische plicht tot openbaarmaking had, zal het voor hem moeilijker zijn te weerleggen dat het

238 Law Com No 276, par. 7.28-7.29.

nalaten dat te doen oneerlijk was.²³⁹ Een voorbeeld van ‘fraud by failing to disclose information’ is het opzettelijk verzwijgen van een hartaandoening bij het aanvragen van een levensverzekering.²⁴⁰

De derde vorm van fraud is ‘fraud by abuse of position’. In s. 4 van de Fraud Act 2006 staat wanneer daar sprake van is:

- “(1) A person is in breach of this section if he –
- (a) occupies a position in which he is expected to safeguard, or not to act against, the financial interests of another person,
 - (b) dishonestly abuses that position, and
 - (c) intends, by means of the abuse of that position –
 - (i) to make a gain for himself or another, or
 - (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss.
- (2) A person may be regarded as having abused his position even though his conduct consisted of an omission rather than an act.”

Deze bepaling ziet op misbruik van positie in verscheidene (niet slechts financiële) vertrouwensrelaties, zoals in relaties tussen een trustee en een begunstigde, tussen een directeur en een bedrijf, tussen een professional en zijn cliënt, tussen een agent en zijn opdrachtgever, tussen een werkgever en een werknemer en tussen partners.²⁴¹ Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het voor eigen gebruik kopiëren van films door een medewerker in een bioscoop²⁴² en het door hotelmedewerkers ten eigen bate verkopen van eigen voedsel en drinken waardoor de hoteleigenaar inkomsten derft. Fraude door misbruik van positie doet zich ook voor als een bedrijfsleider of werknemer te kwader trouw geen overeenkomst sluit ten behoeve van de onderneming, maar dit later wel op eigen naam doet. Als sprake is van appropriation van een goed van een ander door misbruik van positie, kan wellicht eenvoudiger wegens theft worden vervolgd. In de zaak *Hinks* (zie hiervoor onder 5.3.4.1) was voor een veroordeling wegens theft bijvoorbeeld niet vereist dat de verdachte in een positie was waarin werd verwacht dat zij de financiële belangen van haar slachtoffer zou beschermen, wat wellicht ook moeilijk te bewijzen zou zijn geweest.²⁴³

239 Ormerod & Williams 2007, par. 3.151-3.152 en Blackstone 2013, par. B5.18.

240 Explanatory notes bij de Fraud Act 2006, onder 19.

241 Explanatory notes bij de Fraud Act 2006, onder 20, waar wordt verwezen naar het rapport van de Law Commission (Law Com No 276). Zie ook Ormerod & Williams 2007, par. 3.161 e.v.

242 Vgl. *Scott v Metropolitan Police Commissioner* [1975] AC 819.

243 Blackstone 2013, par. B5.20.

Voor alle vormen van fraude is daarnaast vereist dat de verdachte oneerlijk handelt. Oneerlijk betekent hier ongeveer hetzelfde als onder de Theft Acts, met die kanttekening dat de Theft Acts (waaronder s. 2(1)(a)) op zichzelf niet van toepassing zijn. Wel is de *Ghosh*-test ook hier van toepassing.²⁴⁴ Daarnaast geldt voor alle varianten dat sprake moet zijn van een oogmerk om voordeel te behalen voor zichzelf of een ander dan wel een intentie nadeel te veroorzaken voor een ander of een ander aan het risico van verlies bloot te stellen.²⁴⁵

Het laatste delict uit de Fraud Act dat hier vermeld moet worden, is 'obtaining services dishonestly'. Dit is in s. 11 van de Fraud Act strafbaar gesteld:

- "(1) A person is guilty of an offence under this section if he obtains services for himself or another –
- (a) by a dishonest act, and
 - (b) in breach of subsection (2).
- (2) A person obtains services in breach of this subsection if –
- (a) they are made available on the basis that payment has been, is being or will be made for or in respect of them,
 - (b) he obtains them without any payment having been made for or in respect of them or without payment having been made in full, and
 - (c) when he obtains them, he knows –
 - (i) that they are being made available on the basis described in paragraph (a), or
 - (ii) that they might be,but intends that payment will not be made, or will not be made in full.
- (3) A person guilty of an offence under this section is liable –
- (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 12 months or to a fine not exceeding the statutory maximum (or to both);
 - (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 5 years or to a fine (or to both).
- (...)"

Het onderscheidende kenmerk van dit delict lijkt niet te zijn dat het (in tegenstelling tot de hiervoor genoemde vormen van fraude) op diensten ziet. In s. 11 van de Fraud Act is handelen strafbaar gesteld dat geen fraude

244 Ormerod & Williams 2007, par. 3.17 e.v. en Blackstone 2013, par. B5.9. Zie ook de explanatory notes bij de Fraud Act 2006, onder 10.

245 Vgl. voor de definities van deze begrippen s. 5 van de Fraud Act 2006, dat in essentie overeenkomt met s. 34(2)(a) van de Theft Act 1968.

oplevert en dat handelen is vervolgens beperkt tot het bedrieglijk profiteren van diensten. Anders dan fraude is 'obtaining services dishonestly' wat wij een materieel delict zouden noemen. Vereist is immers dat de verdachte daadwerkelijk een dienst verkrijgt.²⁴⁶ Voor een veroordeling wegens 'obtaining services dishonestly' is geen misleiding nodig en evenmin een frauduleuze voorstelling van zaken. Indien een verdachte bijvoorbeeld ongezien een bioscoop binnenglipt en zonder betaling een (deel van een) film kijkt, maakt hij zich schuldig aan dit delict.²⁴⁷

De begrippen 'obtaining' en 'services' zijn niet gedefinieerd in de Fraud Act, maar aangenomen moet worden dat zij dezelfde betekenis hebben als deze begrippen onder de Theft Act 1978 hadden, dus dat 'it is an obtaining of services where the other is induced to confer a benefit by doing some act, or causing or permitting some act to be done, on the understanding that the benefit has been or will be paid for' (vgl. s. 1(2) Theft Act 1978). Gratis diensten kunnen hier dus niet onder vallen. Onder de bepaling vallen evenmin gevallen waarin een verdachte een voordeel neemt dat zijn 'slachtoffer' helemaal niet wil geven, zoals het geval waarin een verdachte aan boord van een vrachtwagen of goederentrein sluipt en op die manier gratis reist. Dat levert geen overtreding van s. 11 Fraud Act op omdat de desbetreffende vervoerders dergelijke ritten niet aanbieden, ook niet tegen betaling. Wat er wel onder valt, is het verlenen van een dienst tegen een betaling die niet rechtens zou kunnen worden afgedwongen.²⁴⁸ Gebruikmaken van de diensten van een huurmoordenaar met de intentie om niet te betalen zou daarvan een voorbeeld kunnen zijn. Andere voorbeelden van 'obtaining services dishonestly' zijn de situatie waarin iemand over een muur klimt om een voetbalwedstrijd te kijken zonder entree te betalen en het geval waarin iemand een decoder aansluit op zijn televisie om zo kabeltelevisie te kijken met de bedoeling daar niet voor te betalen.²⁴⁹

Als een verdachte een valse voorstelling van zaken gebruikt om een dienst te verkrijgen, kan ook vervolgd worden wegens fraude. In de explanatory notes bij de Fraud Act 2006 staat dat het verkrijgen van een dienst via het internet door valse creditcardgegevens of andere valse persoonsgegevens te gebruiken, een overtreding van s. 11 Fraud Act oplevert. In de literatuur wordt er op gewezen dat een dergelijke vervolging voor problemen zou kunnen zorgen, omdat de aanklager moet bewijzen dat niet

246 Ormerod & Williams 2007, par. 3.190 en Blackstone 2013, par. B5.31.

247 Blackstone 2013, par. B5.31.

248 Ormerod & Williams 2007, par. 3.195 e.v. en Blackstone 2013, par. B5.32-B5.33.

249 Explanatory notes bij de Fraud Act 2006, onder 35 en 36.

betaald is voor de dienst en dat de verdachte de intentie had dat niet (volledig) betaald zou worden. Een verdachte zou in een dergelijke geval kunnen aanvoeren dat het zijn bedoeling was dat wel degelijk voor de dienst zou worden betaald, niet door hem maar door de creditcardhouder of de bank die deze uitgegeven heeft. In een dergelijk geval zou het daarom veiliger zijn te vervolgen wegens 'fraud by false representation'.²⁵⁰

5.8 Slotbeschouwing

De Engelse geschiedenis van wetgeving met betrekking tot de vermogensdelicten laat een problematiek zien die frappante overeenkomsten vertoont met de problematiek in het Nederlandse systeem: beide landen kennen in meer of mindere mate versnipperde, soms moeilijk te hanteren strafbaarstellingen, met leemtes en processuele problemen bij vervolging voor het verkeerde delict. In het Engelse systeem speelden die problemen vóór 1968, toen de law of larceny nog in werking was. De law of larceny kende vrij specifieke strafbepalingen. De belangrijkste problemen waren toen de moeilijkheid en complexiteit van de wet en de omstandigheid dat bepaalde vormen van oneerlijkheid niet strafbaar waren terwijl ze dat wel zouden moeten zijn. Het gevolg was dat het recht niet meer te hanteren was voor jury's en dat verdachten ten onrechte vrijuit gingen. De law of larceny werd te gebrekkig bevonden en het Engelse systeem van de vermogensdelicten is sinds 1968 daarom volledig herzien.

Het Engelse systeem van de vermogensdelicten is nu gebouwd rondom het zeer ruime delict theft. Het is echter niet zo dat de Engelsen met slechts één vermogensdelict toe kunnen. Andere belangrijke vermogensdelicten zijn robbery, blackmail, burglary en fraud. Grof gezegd komen deze strafbepalingen gezamenlijk overeen met de Nederlandse delicten diefstal, verduistering, afpersing en oplichting. Tussen de Engelse delicten bestaan geen scherpe scheidslijnen. Overlap werd vanaf de inwerkingtreding voorzien.

Het grote verschil tussen het Nederlandse en het Engelse recht is niet dat het Nederlandse recht formele delicten kent en het Engelse materiële. Integendeel, het is inmiddels eerder andersom. Ook in Engeland wordt het onderscheid tussen formele en materiële delicten kennelijk als een soort wetgevingstechniek gebruikt. Door delicten op een materiële manier te beschrijven ontstaan ruime delicten, die een lappendeken van strafbaarstellingen zoals waarvan onder de law of larceny sprake was voorkomen.

250 Ormerod & Williams 2007, par. 3.199-3.200 en Blackstone 2013, par. B5.32-B5.33.

Bij vergelijking van het Engelse theft met het Nederlandse diefstal vallen een aantal dingen op. In de eerste plaats is opmerkelijk dat de delicten wat betreft hun bestanddelen niet erg uiteenlopen. Het is eigenlijk alleen het bestanddeel appropriation dat ruimer is dan het Nederlandse wegnemen. Het maakt dat ook wat wij verduistering noemen onder theft kan worden gebracht. Wat vervolgens opvalt, is dat de bestanddelen wegnemen en appropriation zich heel verschillend hebben ontwikkeld. Zoals in hoofdstuk 3 bleek, moet wegnemen in de Nederlandse diefstalbepaling inmiddels materieel worden uitgelegd. Om tot een bewezenverklaring van wegnemen te komen is een gevolg nodig, namelijk dat de verdachte zich de feitelijke heerschappij over een goed heeft verschaft of een goed heeft onttrokken aan de feitelijke heerschappij van een ander. Het subjectieve bestanddeel oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening heeft daardoor veel van zijn belang verloren. In Engeland heeft zich juist een tegengestelde beweging voorgedaan. Appropriation wordt zo ruim uitgelegd dat zo ongeveer iedere handeling ten opzichte van een goed van een ander voldoet. Het is een puur feitelijke handeling geworden. Als gevolg daarvan is het delict ontzettend ruim geworden. Dat maakt dat veel gewicht toekomt aan het subjectieve bestanddeel dishonesty. Theft is daarmee een delict met een vrij formele omschrijving geworden. Vergelijking van oplichting met fraud laat iets soortgelijks zien. Voor oplichting is afgifte van een goed door het slachtoffer vereist. Bij het Engelse fraud ligt de nadruk juist op het verboden gedrag en de intentie van de verdachte, en niet zozeer op de gevolgen.

Het ruime begrip theft maakt dat gevallen die in Nederland problematisch zijn dat in Engeland minder zijn. Met de simkaart-zaak en de tankpas-zaak zullen de Engelsen vermoedelijk geen problemen hebben. Het onbevoegde gebruik levert zonder meer een appropriation op. Wat ook in Engeland lastig is, zijn zaken in zelfbedieningssituaties. Een appropriation is snel aanwezig, maar vervolgens moet wel bewezen worden dat de verdachte op het moment dat hij in een supermarkt een goed uit het schap pakt of bij een tankstation de benzine in zijn tank laat lopen de oneerlijke intentie had om het goed permanent aan de eigenaar te ontnemen. Die intentie moet er op het moment van de appropriation zijn. Een later opkomende intentie zorgt voor moeilijkheden omdat het maar de vraag is of het goed dan nog wel, zoals vereist, aan een ander toebehoort.

Afgrenzingsproblemen in Engeland zijn beperkt tot theft en fraud. Door de opbouw van het Engelse systeem liggen andere afgrenzingsproblemen ook niet voor de hand. In grensgevallen ligt een vervolging voor fraud meer voor de hand dan een vervolging wegens theft. Het delict fraud is zo mogelijk nog ruimer dan theft en bovendien makkelijker te bewijzen.

De Engelse geschiedenis van wetgeving laat verschillende argumenten vóór ruime strafbaarstellingen zien. Ruime strafbaarstellingen zijn eenvoudig en effectief, in die zin dat veel ongewenst gedrag er onder valt. Burgers worden zo gezien goed beschermd. De ontwikkeling die het delict theft, meer in het bijzonder het bestanddeel appropriation, heeft doorgemaakt toont echter meteen een groot nadeel: ruime delicten kunnen ontzettend breed en vaag zijn, waardoor strafbaarheid afhankelijk is van een subjectief bestanddeel. In het kader van de rechtszekerheid lijkt dat geen goede zaak. Op de voor- en nadelen van algemene en specifieke strafbaarstellingen zal in het slothoofdstuk nog nader worden ingegaan.

HOOFDSTUK 6

PROCESRECHTELIJKE OPLOSSINGEN

6.1 Inleiding

In de herfst van 1995 eigende een verdachte zich wederrechtelijk een auto toe. Die auto had hij op dat moment al onder zich, want hij had de auto geleast. Bij het aangaan van de leaseovereenkomst had hij echter de naam en handtekening van zijn zoon gebruikt. In hoger beroep werd aangevoerd dat de verdachte de auto dus door misdrijf had verkregen en dat als gevolg daarvan geen veroordeling wegens verduistering kon volgen. Het hof passeerde dit verweer. Het hof overwoog dat de omstandigheid dat de verdachte het contract heeft voorzien van een handtekening met de voorletters van zijn zoon, er niet aan in de weg staat dat verdachte de auto heeft verkregen met instemming van de leasemaatschappij, ook al zou hij de leasemaatschappij door valsheid in geschrift tot instemming met de afgifte van de auto hebben bewogen. Omdat voor de leasemaatschappij niet kenbaar was dat de verdachte niet tekende onder zijn eigen naam, mocht de leasemaatschappij er volgens het hof op vertrouwen dat zij een leaseovereenkomst was aangegaan met de verdachte. Een veroordeling wegens verduistering volgde. De Hoge Raad vernietigde die veroordeling, omdat het hof in het midden heeft gelaten of de leasemaatschappij door de valsheid is bewogen tot de afgifte van de auto. Daardoor was de met de bewezenverklaring onverenigbare mogelijkheid opengebleven dat de verdachte de auto door enig misdrijf – te weten oplichting of het gebruikmaken van een vals opgemaakt geschrift – onder zich had, hetgeen aan een bewezenverklaring van verduistering in de weg zou staan.¹

Deze zaak speelt zich af op de grens tussen verduistering en oplichting. Het zou in deze zaak heel verdedigbaar zijn om te stellen dat de verdachte de auto niet op een correcte manier, maar door een oplichtingsmiddel onder zich heeft gekregen. Dat zou dan niet wijzen in de richting van verduistering, maar naar oplichting. Uit de aan het arrest van de Hoge Raad voorafgaande conclusie van Advocaat-Generaal Machielse leid ik echter af dat

1 Vgl. HR 13 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4573.

oplichting niet ten laste was gelegd.² Het hof had het dus maar te doen met de tenlastegelegde verduistering en heeft zich in bochten gewrongen om tot een bewezenverklaring van dit zonder meer strafwaardige gedrag te komen. Deze casus vormt zo gezien een goede illustratie van de binding van de Nederlandse strafrechter aan de tenlastelegging. Die tenlastelegging dient, zo staat in de artikelen 348 en 350 Sv, de grondslag van het rechterlijk oordeel te vormen. Dat betekent dat onjuiste tenlasteleggingen gevolgen hebben. Als in de zojuist geschetste casus vast komt te staan dat de lease-maatschappij de handtekening beslissend vond voor de afgifte van de auto, kan geen veroordeling volgen wegens verduistering. De verdachte zal dan moeten worden vrijgesproken, hoe strafwaardig zijn handelen ook was. Maar ook op zichzelf correcte tenlasteleggingen, waarin feiten primair-subsidiair of alternatief zijn tenlastegelegd, kunnen tot problemen leiden. De rechter maakt gemakkelijk een verkeerde keuze, wat tot vernietiging kan leiden. Ook zijn de feiten soms zo onduidelijk dat een verantwoorde keuze niet goed te maken valt. Daarbij gaat in het maken van keuzes veel energie zitten, terwijl het ‘nergens’ over gaat. De vraag die daarbij opkomt, is of voor deze problemen binnen het huidige systeem oplossingen kunnen worden gevonden.

Over het grondslagstelsel is reeds veel geschreven. Ik wijs in het bijzonder op de dissertaties van De Jong³ en Boksem⁴ en het rapport Recht in vorm van de Commissie herijking Wetboek van Strafvordering (Commissie Moons)⁵.⁶ Dit is niet de plaats (opnieuw) onderzoek te doen naar het grondslagstelsel. In het onderstaande volsta ik met een korte beschrijving van de

2 Advocaat-Generaal Machielse besluit zijn conclusie met de opmerking dat hij de aanbeveling van de steller van het middel dat de Hoge Raad zelf zou vrijspreken niet oppoortuun acht omdat bij een nieuwe behandeling zal kunnen blijken dat verdachte inderdaad de auto niet door valsheid in geschrift onder zich had, omdat het zetten van de handtekening niet beslissend was voor de afgifte van de auto. Een dergelijke opmerking zou niet nodig zijn als oplichting ook ten laste was gelegd.

3 De Jong 1981.

4 Boksem 1996.

5 Commissie Moons 1993.

6 Aan dit rijtje kan nog worden toegevoegd het WODC rapport De tenlastelegging als grondslag voor de rechterlijke beslissing, dat – na sluiting van het onderzoek – in oktober 2016, is verschenen. In het rapport worden voorstellen gedaan voor een mogelijk andere interpretatie van de grondslagleer en inrichting van de tenlastelegging. Het rapport doet geen afbreuk aan de bevindingen van de onderhavige studie, zodat een uitvoerige bespreking achterwege kan blijven.

grondslagleer.⁷ Vervolgens onderzoek ik of er binnen het grondslagstelsel een mogelijkheid is om de rechter meer vrijheid te geven in gevallen waarin duidelijk is dát er een strafbaar feit is gepleegd, maar niet welk strafbare feit precies. Daartoe onderzoek ik, meer specifiek, of het mogelijk zou moeten worden dat de rechter overgaat tot een alternatieve bewezenverklaring en kwalificatie. In lijn met het vorige hoofdstuk zou het voor de hand liggen op dit punt wederom het Engelse recht te bestuderen, maar ook in Engeland ontbreekt een strafvorderlijke oplossing voor gevallen waarin zowel het ene als het andere vermogensdelict in beeld komt. Het Engelse procesrecht kent weliswaar alternatieve verdicts,⁸ ook in de Theft Act,⁹ maar deze alternatieven zijn (net als in Nederland) beperkt en bieden geen oplossing voor het hier geschetste probleem.¹⁰ Daarom wordt naar het Duitse recht uitgewezen, aangezien in Duitsland een dergelijke alternatieve bewezenverklaring onder bepaalde omstandigheden mogelijk is.

6.2 Nederland

6.2.1 *Het grondslagstelsel*

De artikelen 348 en 350 Sv houden onder meer in dat de rechter beraadslaagt op de grondslag van de tenlastelegging. Het daaraan voorafgaande onderzoek ter terechtzitting zal dus logischerwijs ook betrekking hebben op die tenlastelegging. Het proces van waarheidsvinding speelt zich aldus af binnen de grenzen van de tenlastelegging. Er wordt 'slechts' onderzocht of hetgeen is tenlastegelegd bewezen kan worden. Wat niet is tenlastegelegd, is niet aan de orde. De rechter is vrij strikt gebonden aan de weergave van de feiten in de tenlastelegging en, indien in de tenlastelegging opgenomen, de daaraan gegeven juridische kwalificatie. Dat kan verstrekkende gevolgen hebben. Een verkeerd ten laste legde datum of pleegplaats kan leiden tot

7 Het grondslagstelsel op zichzelf stel ik niet ter discussie. Dat wil niet zeggen dat daarover geen discussie mogelijk is. In het kader van het wetgevingsprogramma Versterking prestaties in de strafrechtketen, meer in het bijzonder het onderdeel betreffende de modernisering van het Wetboek van Strafvordering, is het grondslagstelsel onderwerp van gesprek. Vgl. Het onderzoek ter terechtzitting, discussiestuk 2014, p. 28-41 en de Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering 2015, p. 77-79. Zie ook het hiervoor genoemde WODC rapport 2016.

8 Vgl. Criminal Law Act 1967, s.6(3).

9 Bijv. Theft Act 1968, s.12(4).

10 Vgl. bijv. Ormerod & Williams 2007, par. 13.109.

vrijspraak. Een ontbrekend bestanddeel kan leiden tot een ontslag van alle rechtsvervolging. En een ontbrekende strafverzwaringsgrond kan leiden tot een lagere straf.

Uit het hiervoor genoemde onderzoek van Boksem blijkt dat het grondslagstelsel zoals wij dat kennen nog maar betrekkelijk kort bestaat en niet berust op een bewuste keuze van de wetgever. Het heeft zich ontwikkeld in een soort wisselwerking tussen zittende en staande magistratuur. Geleidelijk ontstond in de rechtspraak een stelsel waarin de rechter zich min of meer gebonden achtte door de woorden van de tenlastelegging. Voor een veroordeling was nodig dat een strafbaar feit werd tenlastegelegd. Als gevolg daarvan bleef de officier van justitie bij het opstellen van de tenlastelegging steeds dicht bij de tekst van de wet. De tenlastelegging werd hierdoor steeds kwalificatiever. Daarbij kwam dat rechters op een gegeven moment gingen verlangen dat de tenlastelegging alle delictsbestanddelen bevatte. Zo liet de rechter zichzelf in zijn vrijheid ten opzichte van de tenlastelegging beperken, terwijl de officier van justitie zich vastlegde op een bepaalde kwalificatie.¹¹

Na de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering van 1926 heeft de Hoge Raad de grondslagleer verder doorgevoerd in twee arresten uit 1933.¹² In die arresten besliste de Hoge Raad dat de rechter zowel wat betreft de formele als de materiële vragen moet beraadslagen op de grondslag van de tenlastelegging. Volgens De Jong heeft de Hoge Raad hiermee aan het opportuniteitsbeginsel een aanzienlijk ruimere toepassing gegeven. Tot 1933 bracht het opportuniteitsbeginsel mee dat het OM alleen

11 Boksem 1996, p. 13-49. Volgens Boksem speelden hierbij – naast de afschaffing van de juryrechtspraak in 1813 en de introductie van een bewijsstelsel – de lijdelijkheid van de rechter in zogenoemde civiele zaken en de afschaffing van de akte van beschuldiging in 1886 een rol. Zie voor de historie van het grondslagstelsel ook Knigge 1994, p. 37-116. Hij vermoedt dat de wortels van de huidige grondslagleer liggen in de in vroegere tijden bestaande correctionele wijze van procederen. Het correctionele proces was er voor de minder ernstige strafzaken (de ernstigere zaken werden behandeld in een crimineel proces voor een jury) en was civielrechtelijk georiënteerd. De tenlastelegging werd daarin door de tamelijk lijdelijke rechter gezien als de conclusie van eis van de officier van justitie. Daarbij kwam de introductie van een wettig bewijsstelsel in 1838. Als gevolg daarvan moest het oordeel dat een strafbaar feit was begaan voortaan berusten op wettige bewijsmiddelen. Het eindpunt was dat de officier van justitie als dominus litis kwam te gelden.

12 HR 30 januari 1933, *NJ* 1933, p. 588 en HR 30 januari 1933, *NJ* 1933, p. 591 m.nt. Taverne.

om bepaalde redenen kon beslissen een strafbaar gebeuren niet te vervolgen. Vanaf 1933 geldt dat het OM ook over de aard van de vervolging kan beslissen. De verhouding tussen rechter en OM wordt sinds 1933 gekenmerkt door deze machtenscheiding en is voor de verdachte van groot belang. Hij mag ervan uitgaan dat het proces alleen zal gaan over de door het OM tenlastegelegde feiten.¹³

Het grondslagstelsel vindt volgens De Jong steun in drie beginselen:

- het zojuist genoemde opportuniteitsbeginsel, inhoudende dat het OM kan beslissen over het al dan niet vervolgen van een verdachte én over de omvang van de vervolging;
- het inzicht dat de verdachte er recht op heeft, uiterlijk bij de aanvang van het eindonderzoek over de definitieve aanklacht te worden geïnformeerd;
- het beginsel dat berechting binnen een redelijke termijn dient plaats te vinden.

Daarbij komt dat de bevoegdheid van het OM om in de tenlastelegging een selectie te maken uit de vermoedelijk gepleegde feiten en om zo het rechterlijk onderzoek tot die feiten beperkt te houden, in belangrijke mate een efficiënt verloop van het eindonderzoek bevordert. Voornoemde beginselen en het efficiencyargument verlenen het grondslagstelsel volgens De Jong meer dan voldoende bestaansrecht. Gevaar van een dergelijk systeem is wel een zekere starheid, in die zin dat een papieren werkelijkheid – de tenlastelegging – het strafproces gaat beheersen. Dit wordt ook wel de tirannie van de tenlastelegging genoemd. De – in het navolgende nog te bespreken – door de wetgever en rechter ontwikkelde correctiemechanismen, zoals wijziging van de tenlastelegging en het verbeterd lezen, bieden volgens De Jong echter voldoende mogelijkheden om dit gevaar te bedwingen.¹⁴

De door De Jong genoemde beginselen komen ook min of meer terug in de jurisprudentie van de Hoge Raad. In een tweetal arresten van 27 juni 1995 overwoog de Hoge Raad:

“Gelet op art. 258, eerste lid, Sv in samenhang met art. 261, eerste en tweede lid, Sv en de artikelen 348 en 350 Sv strekt de tenlastelegging ertoe, 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.

13 De Jong 1981, p. 5-7.

14 De Jong 1981, p. 13.

De gebondenheid van de rechter voor wat betreft de bewezenverklaring aan de in de telastelegging gestelde grenzen is reeds in de vorige eeuw in de rechtspraak tot uitdrukking gekomen en heeft als uitgangspunt gegolden bij de opneming van de artikelen 313 en 314 in het huidige Wetboek van Strafvordering (Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, 1913-1914, 286, nr 3, blz. 152-154). Het aldus geconsolideerde grondslagstelsel hangt samen met het aan het Nederlandse strafproces ten grondslag liggende beschuldigingsbeginsel en de daarin gelegen taakafbakening tussen openbaar ministerie en rechter, waarbij het openbaar ministerie en niet de rechter de omvang van de strafvervolgning bepaalt.

Dit stelsel dient voorts de belangen van de verdachte. De telastelegging verschaft hem immers de nodige duidelijkheid omtrent de uiteindelijke omvang van de vervolging en stelt hem aldus in staat zijn verdediging daarop af te stemmen.

Ten slotte bevordert het grondslagstelsel de doelmatigheid van het onderzoek ter terechtzitting. De telastelegging kanaliseert immers het door de rechter te verrichten onderzoek en behoedt daardoor het strafproces voor tijdrovende wendingen in verband met wijzigingen in de omvang van de vervolging.¹⁵

In 1993 constateerde de Commissie Moons dat de strikte gebondenheid van de rechter aan de tenlastelegging aanleiding gaf tot maatschappelijke onvrede over het functioneren van het strafproces. Het publiek zou niet begrijpen waarom in dit stelsel een verdachte vrijuit kan gaan hoewel iedereen ervan overtuigd is dat hij strafbaar heeft gehandeld, terwijl dit ook uit de bewijsmiddelen blijkt. De commissie achtte een versoepeling van deze gebondenheid aan de tenlastelegging gewenst. Na de functies van de tenlastelegging te hebben vastgesteld – enerzijds het informeren van de verdachte over de tegen hem ingebrachte beschuldigingen en anderzijds de rechter informeren over het object, en dus de grenzen, van het onderzoek – onderzocht de Commissie drie varianten op het grondslagstelsel, die elk aan de genoemde functies voldoen.¹⁶

In de eerste variant bevat de tenlastelegging een materiële omschrijving van het feit, de tijd en plaats alsmede de omstandigheden waaronder het feit is begaan. Daarnaast bevat de tenlastelegging een verwijzing naar de toepasselijke strafbepalingen.¹⁷ Ter verdere illustratie verwees de commissie naar Cnopius, die al eerder voor deze manier van tenlasteleggen had gepleit.¹⁸ Cnopius stelde het zich als volgt voor:

15 HR 27 juni 1995, NJ 1996, 126 en 127, m.nt. Groenhuijsen.

16 Commissie Moons 1993, p. 21-25.

17 Tot 1996 stelde art. 261 Sv deze eis niet.

18 Commissie Moons 1993, p. 25-28.

“Het O.M. roept den beklaagde op om zich te verantwoorden ter zake van overtreding van met de cijfers aan te duiden strafwetsartikelen. Welke artikelen wel, en welke niet noodzakelijk opgenomen moeten worden is te beslissen volgens de vaste jurisprudentie van den Hoogen Raad omtrent art. 221, 2de lid, Wetb. v. Strafvordering, waar dit college zich uitgesproken heeft omtrent de artikelen, die noodwendig in een vonnis moeten voorkomen. Hierna volgt eene toelichting van het feit, bevattende tijd en plaats alsmede de omstandigheden waaronder het feit gepleegd is. De vorm dezer toelichting zij vrij, mits zij maar volledig is. In geen geval zal dergelijke toelichting korter zijn dan de thans uitgebrachte dagvaarding, maar, en dat is de hoofdzaak, zij kan in meer begrijpelijken vorm gegeven worden, wanneer in de toelichting enkel feiten behoeven voor te komen, terwijl elementen van den zin als: “het oogmerk van wederrechtelijke toeigening”, “om het stuk als echt en onvervalscht te gebruiken”, daarin niet zouden behoeven gevonden te worden, omdat deze geacht werden opgenomen te zijn door aanhaling van het wetsartikel waarin ze voorkomen.”¹⁹

De commissie zag dit als een nieuwe tenlasteleggingstechniek, waarbij met een materiële feitomschrijving werd volstaan. In de tweede variant werd uitgegaan van de bestaande tenlasteleggingstechniek, maar kreeg het OM de mogelijkheid om, binnen de grenzen van art. 68 Sr, de tenlastelegging ook na het requisitoir, met inbegrip van de appelfase, te wijzigen. Uiteindelijk wees de commissie deze variant af, onder meer omdat hierin de bevoegdheden van het OM werden verruimd ten koste van de verdedigingspositie van de verdachte.²⁰ De derde variant hield in dat de rechter zelf onder bepaalde voorwaarden de bevoegdheid zou krijgen de tenlastelegging te wijzigen of daarvan af te wijken. De commissie stelde daartoe voor in de artikelen 348 en 350 Sv de woorden “op den grondslag der telastelegging” te wijzigen in “naar aanleiding van de telastelegging”.²¹

De wetgever koos de oplossing die de Commissie Moons te ver vond gaan: het werd mogelijk de tenlastelegging gedurende het hele proces in eerste aanleg en in hoger beroep te wijzigen.²²

In de wetgeving en jurisprudentie zijn in de loop van de tijd een aantal versoepelingen van en correctiemechanismen op de grondslagleer ontwikkeld. In de eerste plaats biedt de wet in de gevallen genoemd in art. 370a, Sv,

19 Cnopius 1913, p. 27.

20 Commissie Moons 1993, p. 28-30.

21 Commissie Moons 1993, p. 31-35.

22 Wet van 14 september 1995, Stb. 1995, 441. Ook werd aan art. 261 Sv de eis toegevoegd dat de dagvaarding de wettelijke voorschriften moet vermelden waarbij het tenlastegelegde feit is strafbaar gesteld.

art. 375, derde lid, Sv, art. 386, eerste lid, Sv en art. 47 en 48 WED²³ de mogelijkheid te volstaan met een verkorte tenlastelegging. Die tenlastelegging dient overigens op een gegeven moment wel te worden aangevuld. In de tweede plaats bieden de artikelen 312-314a Sv de mogelijkheid de tenlastelegging aan te vullen of te wijzigen, zolang wel sprake blijft van hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr.²⁴ Van deze mogelijkheid kan gedurende het hele proces, in eerste aanleg én in hoger beroep,²⁵ gebruik worden gemaakt. In de derde plaats is het aan de rechter de tenlastelegging te interpreteren. Dat valt uiteen in twee onderdelen. Het is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat kennelijke schrijffouten in de tenlastelegging door de rechter mogen worden verbeterd, mits de verdachte daardoor niet in zijn verdediging wordt geschaad. Een dergelijke verbetering is niet een wijziging van de tenlastelegging in de zin van art. 313 Sv, maar slechts een vaststelling van de juiste inhoud waarvoor geen medewerking van het openbaar ministerie of van de verdachte is vereist.²⁶ Ook kan de rechter een zaak soms 'redden'

23 De regeling van art. 47 en 48 WED is, op papier, aanmerkelijk ruimer dan de regelingen uit het Wetboek van Strafvordering. Het openbaar ministerie is volgens art. 48 WED in beginsel niet gehouden tot het doen van een nadere opgave van het feit. Dat is slechts anders indien naar het oordeel van de rechter de verdachte door de enkele aanduiding van het feit dat ten laste wordt gelegd en de vermelding van omstreeks welke tijd en waar ter plaatse het zou zijn begaan (zoals art. 47 WED eist) in zijn verdediging benadeeld zou worden. In zijn arrest van 1 maart 1955, nr. 56 946, SEW 1954/55, p. 223 heeft de Hoge Raad echter korte metten gemaakt met deze regeling. De Hoge Raad overwoog dat het OM en niet de rechter heeft te zorgen dat een nadere opgave van het feit als bedoeld in art. 48 WED wordt gedaan, terwijl bij gebreke van zodanige nadere opgave het bij dagvaarding tenlastegelegde toch in elk geval alle bestanddelen van het strafbare feit moet behelzen.

24 Zo kan een tenlastelegging waarin de verdachte wordt beschuldigd van verduistering worden gewijzigd in een aanklacht wegens heling, vgl. HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3571, NJ 2013, 177. Ook oplichting en witwassen kunnen hetzelfde feit als bedoeld in art. 313 Sv opleveren, vgl. HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ8645, NJ 2013, 281.

25 Art. 314a Sv is in art. 415 Sv logischerwijs niet van overeenkomstige toepassing verklaard voor de procedure in hoger beroep.

26 Vgl. bijv. HR 30 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3662, NJ 2009, 494, m.nt. Reijntjes. In die zaak had het Hof de in de tenlastelegging vermelde tijdsaanduiding 'op of omstreeks 19 juni 2005' in de bewezenverklaring gewijzigd in 'op 16 september 2005'. De Hoge Raad oordeelde dat het Hof – gelet op de aard van de wijziging – zijn oordeel dat sprake is van een misslag nader had moeten motiveren, evenals het oordeel dat de verdachte die noch in eerste aanleg noch in hoger beroep was verschenen door de aangebrachte wijziging niet in zijn verdediging is geschaad. Een dergelijke verbetering is kennelijk niet zonder meer uitgesloten. Ook een plaatsaanduiding kan verbeterd worden gelezen, vgl. HR 26 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC9304, NJ 1996/93. Het inlezen van een plaatsaanduiding ging de Hoge Raad wel te ver in HR 15 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT8787, NJ 2011, 544.

door de tenlastelegging op een bepaalde manier uit te leggen. De uitleg die de rechter aldus aan de tenlastelegging geeft, mag echter niet strijdig zijn met haar bewoordingen.²⁷

6.2.2 *Alternatieve bewezenverklaring en kwalificatie*

Een manier om aan de strenge grondslag leer te ontkomen, is het opstellen van een primair-subsidiaire of een alternatieve tenlastelegging. Als de officier van justitie bijvoorbeeld twijfelt of de diefstal die hij ten laste wil leggen wel bewezen kan worden, kan hij er voor kiezen om subsidiair verduistering ten laste leggen. Bij een primair-subsidiaire tenlastelegging zal de rechter eerst moeten onderzoeken of het primair tenlastegelegde feit bewezen kan worden. Als dat niet het geval is, kan hij mogelijk terugvallen op het subsidiaire feit. De officier van justitie kan er ook voor kiezen de feiten alternatief ten laste te leggen, in die zin dat hij de verdachte bijvoorbeeld verwijt zich schuldig te hebben gemaakt aan diefstal of verduistering. De rechter heeft dan alle vrijheid om zelf te beslissen welk feit hij bewezen acht.

In het algemeen geldt dat de rechter een keuze moet maken. Het openlaten van keuzemogelijkheden in de bewezenverklaring is volgens de Hoge Raad namelijk slechts toelaatbaar voor zover een keuze uit de in de tenlastelegging genoemde alternatieven voor de strafrechtelijke betekenis van het feit van geen belang is. Een dergelijk belang is in ieder geval aanwezig als aan de alternatieven ongelijke strafmaxima zijn verbonden.²⁸ Een alternatieve bewezenverklaring of kwalificatie is dus vaak niet toegestaan. Dit kan tot problemen leiden als niet meer kan worden vastgesteld dan dat de verdachte in ieder geval een van de elkaar uitsluitende feiten heeft begaan. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen als ten aanzien van een verdachte van diefstal of verduistering niet vast komt te staan of hij het ontvreemde goed al anders dan door misdrijf onder zich had. Een nadere

27 Vgl. bijv. HR 24 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH0510, NJ 2009, 172 en HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO2958.

28 HR 5 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6691, NJ 2011, 316 m.nt. Mevis. In HR 6 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6761 verbeterde de Hoge Raad 's hofs kwalificatie, in die zin dat het bewezenverklaarde werd gekwalificeerd als "medeplegen van poging tot afpersing of diefstal, voorafgegaan van geweld en bedreiging met geweld tegen personen, gepleegd met het oogmerk de diefstal voor te bereiden". Diefstal met geweld en afpersing worden met gelijke strafmaxima bedreigd. Een alternatieve bewezenverklaring en kwalificatie dus, maar daaruit kan mijns inziens niet de conclusie worden getrokken dat alternatieve bewezenverklaringen en kwalificaties zonder meer zijn toegestaan. Uit het arrest van 5 april 2011 leid ik af dat de Hoge Raad dit een uitzonderingssituatie vindt en dit slechts toestaat in gevallen van poging of voorbereiding.

keuze is dan soms niet verantwoord. Het zou zuiver, maar erg onbevredigend zijn als de rechter in een dergelijk geval zou vrijspreken. Bevredigender is het als de rechter in een dergelijk geval, ondanks de twijfel, toch voor een van beide alternatieven kiest. De vraag is alleen of daarmee recht wordt gedaan.²⁹

Het idee van een alternatieve bewezenverklaring en kwalificatie is niet nieuw. Zo was bijvoorbeeld André de la Porte daarvan een voorstander. In zijn dissertatie gaat hij in op de vraag waarom niet ook een alternatieve bewezenverklaring wordt toegelaten die tot meer dan één kwalificatie aanleiding zou geven. Het tegenargument dat in de artikelen 350 en 358 Sv wordt gesproken over de bewezenverklaring en kwalificatie van één feit, vindt hij niet overtuigend. In artikel 261 Sv is ook sprake van één opgave van het feit, wat niemand tot de conclusie brengt dat een alternatieve tenlastelegging niet toegelaten is. Het verbieden van een alternatieve bewezenverklaring en kwalificatie vindt hij niet juist. Immers, indien voor de rechter wettelijk en overtuigend vaststaat dat één van beide feiten is begaan – hetgeen betekent dat de bewijsmiddelen redengevend moeten kunnen zijn voor beide feiten³⁰ – zonder een keuze toe te laten, dan zal de rechter óf toch een keuze maken, of van de gehele tenlastelegging vrijspreken.³¹ Beide oplossingen zijn onbevredigend, aldus André de la Porte. De eerste omdat hiermee de waarachtigheid van de strafrechtspraak geweld wordt aangedaan, de tweede omdat de vrijspraak niet als verdiend maar als toevallig is te beschouwen, hoe blij verrast de vrijgesprokene ook moge zijn. De in artikel 1 Sr neergelegde waarborg dat geen feit wordt bestraft dat niet uitdrukkelijk tevoren welomschreven wettelijk strafbaar is gesteld, is hierbij volgens André de la Porte niet in het geding.³²

Ook Pompe was een voorstander van een alternatieve bewezenverklaring. Hij stelt dat de bewezenverklaring voldoende grondslag moet zijn voor het opleggen van een straf, maar dat daartoe niet elke onzekerheid behoeft te

29 Vgl. ook Reijntjes 1993, p. 69-74.

30 Wat betekent dat de bewijsmiddelen redengevend moeten kunnen zijn voor beide feiten, vgl. HR 1 november 1960, *NJ* 1961/194. In een dergelijk geval mogen de bewijsmiddelen zelfs tegenstrijdig zijn, vgl. HR 22 mei 1979, *NJ* 1979/469 m.nt. Van Veen.

31 Vgl. Rechtbank 's-Gravenhage 27 oktober 1960, *NJ* 1961/435. De rechtbank sprak vrij van de tenlastegelegde diefstal, subsidiair heling, meer subsidiair schuldheiling, omdat de rechtbank zowel de mogelijkheid dat verdachte de bromfiets zelf heeft weggenomen niet uitgesloten achtte als de mogelijkheid dat hij deze van een ander heeft ontvangen.

32 André de la Porte 1976, p. 115.

zijn weggenomen. Indien onzeker blijft of het aan de verdachte tenlastegelegde feit bijvoorbeeld opzetheling dan wel schuldhealing oplevert, of als onzeker blijft of een verdachte het voorwerp heeft gestolen dan wel verduisterd nadat hij het zonder misdrijf onder zich heeft gekregen, zou toch een straf moeten kunnen worden opgelegd. Daartoe is, aldus Pompe, slechts het bewijs vereist dat hij een misdaad heeft begaan. Indien bewezen is dat een verdachte hetzij opzetheling dan wel schuldhealing heeft begaan, hetzij diefstal dan wel verduistering, komt het hem verantwoord voor dat de rechter een alternatieve bewezenverklaring geeft. De rechter mag in dat geval dan geen straf opleggen boven het laagste wettelijke maximum.³³

De Jong is aarzelend over een alternatieve bewezenverklaring en kwalificatie, maar wijst deze uiteindelijk af. Zijns inziens staat dit op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel. Om die reden en omdat er in de praktijk volgens De Jong weinig bloed vloeit uit het standpunt van de Hoge Raad, sluit De Jong zich aan bij het geldende recht.³⁴

In zijn dissertatie uit 1980 stond Reijntjes nog afwijzend tegenover een alternatieve bewezenverklaring en kwalificatie.³⁵ In 1993 vroeg hij zich echter af of er onrecht geschiedt wanneer de rechter geen keuze maakt als zich alternatieven voordoen waarvan er één 'beyond reasonable doubt' de juiste is. Als slechts één daarvan is tenlastegelegd, kan alleen vrijspraak volgen. In het andere geval is aan de eis voldaan dat er een grondslag moet zijn voor strafoplegging, terwijl het verdedigingsrecht van de verdachte niets te kort komt. Dan is het voldoende om, bij verschil in strafpositie, het laagste maximum te hanteren en alleen een strafsoort op te leggen die door beide mogelijke kwalificaties wordt gedragen. Volgens Reijntjes vergt de wet helemaal geen keuze tussen tenlastegelegde alternatieven, maar is het de Hoge Raad die er op staat.³⁶

Boksem merkt op dat het gezien de huidige stand van de rechtsspraak maar een kleine stap is om de rechter bij de bewijs- en kwalificatievraag de volledige vrijheid te geven binnen de grenzen van hetzelfde feit tot een beslissing te komen. Dit zo zijnde, hoeft ook een alternatieve kwalificatie

33 Pompe 1975, p. 53.

34 De Jong 1981, p. 222. Volgens Reijntjes is het echter zeker niet uitzonderlijk dat verdachten door de mazen van de wet glippen, vgl. Reijntjes 1993, p. 70.

35 Reijntjes 1980, p. 60.

36 Reijntjes 1993, p. 73-74.

niet bij voorbaat van de hand te worden gewezen. Afhankelijk van de invulling die aan het feitsbegrip wordt gegeven, is het denkbaar dat bepaalde – niet te ver van elkaar verwijderde – alternatieve kwalificaties blijven staan. Te denken valt aan diefstal en heling. Bijkomende voorwaarde zou dan kunnen zijn dat het verwijt dat aan de dader kan worden gemaakt, niet verschilt. Een alternatieve kwalificatie diefstal of verduistering geeft geen onzekerheid. Een standpunt zou ook kunnen zijn dat van rechtsonzekerheid sowieso geen sprake is. Er is zonder enige twijfel een voorafgegangene wettelijke strafbepaling van toepassing. Voor het vaststellen van de straf zal de rechter uit moeten gaan van de bepaling die het laagste strafmaximum kent. De verdachte moet er immers op rekenen dat hij in ieder geval voor die straf in aanmerking kan komen.³⁷

In het kader van het onderzoeksproject *Strafvordering 2001* heeft ook Harteveld voorgesteld onder strikte voorwaarden – en in lijn met het Duitse recht – een alternatieve bewezenverklaring en kwalificatie toe te staan. De alternatief bewezen te verklaren strafbare feiten dienen gelijkwaardig te zijn, in die zin dat ze op hetzelfde rechtsgoed betrekking hebben, dezelfde psychische bestanddelen bevatten en wat betreft strafdreiging niet wezenlijk uiteenlopen. Uit de bewijsmiddelen zal dan moeten voortvloeien dat een nadere keuze niet kan worden gemaakt. De strafoplegging dient gebaseerd te zijn op het laagste strafmaximum.³⁸

In het onderstaande werk ik de door Harteveld genoemde lijn van het Duitse recht³⁹ nader uit, waarbij ik voortborduur op het onderzoek van Boksem.

37 Boksem 1996, p. 282.

38 Harteveld 2001, p. 189 en 194.

39 Harteveld heeft ook het Engelse recht onderzocht en geconcludeerd dat de Engelse rechter niet strikt is gebonden aan de tenlastelegging. Dat heeft vooral te maken met de omstandigheid dat de tenlastelegging van een bepaald gronddelict per definitie ook alle vormen van deelneming aan dat feit omvat, alsmede dat onder de tenlastelegging van een voltooid delict ook de poging valt, vgl. Harteveld 2001, p. 190. Voor dit onderzoek zijn die vormen van alternatieve bewezenverklaringen minder interessant. Om die reden wordt het Engelse recht hier verder niet behandeld.

6.3 Duitsland

In het Duitse strafproces komt een voor dit onderzoek interessante figuur voor die gebruikt wordt in gevallen waarin niet eenduidig kan worden vastgesteld welk delict een verdachte heeft gepleegd: de zogeheten Wahlfeststellung.⁴⁰ In Nederland zouden we dit een alternatieve veroordeling noemen. Alvorens tot bespreking van deze figuur over te gaan, schets ik eerst in grote lijnen het Duitse strafproces.⁴¹

6.3.1 Het Duitse strafproces

Het Duitse strafproces bestaat (in eerste aanleg) uit drie onderdelen, te weten het vooronderzoek (Ermittlungsverfahren), de tussenprocedure (Zwischenverfahren) en het rechtsgeding (Hauptverfahren).

Het strafproces begint met het vooronderzoek, waarin vastgesteld wordt of er een redelijk vermoeden bestaat dat een verdachte een strafbaar feit heeft gepleegd. In deze fase van het proces ligt het onderzoek in handen van de officier van justitie (Staatsanwalt). Het vooronderzoek eindigt met een beslissing van de officier van justitie om de vervolging te beëindigen⁴² of voort te zetten (Erhebung der öffentlichen Klage). Als de vervolging wordt voortgezet, zal gewoonlijk de beschuldiging (Klage) door middel van een dagvaarding (Anklageschrift) bij de bevoegde rechter aanhangig worden gemaakt.⁴³ De dagvaarding vormt de opmaat voor het Zwischenverfahren. Het belangrijkste rechtsgevolg van de dagvaarding is dat de grondslag van het onderzoek dat de rechter zal gaan verrichten, wordt vastgelegd (Prozeßgegenstand).⁴⁴ Het Anklageschrift houdt in de eerste plaats een feitsomschrijving in. Deze feitsomschrijving bestaat uit een feitelijk en kwalificatief deel. Het feitelijk deel is het belangrijkste. Dit bepaalt wat de grondslag zal zijn voor het onderzoek, de beraadslaging en de uiteindelijke beslissing. In het kwalificatieve deel worden de bestanddelen van het delict (die gezetlichen Merkmale der Straftat), eventueel aangevuld met deelneemingsvormen of met de vermelding dat het feit in het pogingstadium is blijven steken, weergegeven. Zelfs wanneer de delictsomschrijving verschillende varianten bevat, is het niet gebruikelijk dat de verschillende mogelijkheden als alternatieven worden tenlastegelegd. De officier van justitie

40 Zie ook de noot van J. Silvis bij HR 11 december 2007, LJN BB4849, JIN 2008/79.

41 Zie over het Duitse strafproces ook Boksem 1996, p. 95-132.

42 § 170 Abs. 2 StPO.

43 § 170 Abs. 1 StPO.

44 Boksem 1996, p. 95-96.

geeft in de tenlastelegging zijn visie op het gebeurde. Aangezien er in Duitsland geen sprake is van een strikte gebondenheid van de rechter aan de tenlastelegging, kan het zo zijn dat de rechter daar uiteindelijk van afwijkt.⁴⁵ Dit deel wordt afgesloten met een vermelding van de toepasselijke wetsartikelen.⁴⁶ De rechter is wat betreft de dagvaarding slechts gebonden aan de feitsomschrijving, en dus niet aan bijvoorbeeld de daarin opgenomen strafbepalingen. Het Anklageschrift bevat vervolgens een opgave van de bewijsmiddelen en de weergave van de inhoud daarvan (wesentliche Ergebnisse der Ermittlungen).⁴⁷

Aan Kühne⁴⁸ ontleen ik het volgende voorbeeld van een feitsomschrijving in een Anklageschrift (voor een voorbeeld van een volledig Anklageschrift wordt verwezen naar bijlage 1):

“(…) werden **angeklagt**,

am 24.1.2006 in Trier in sieben Fällen jeweils gemeinschaftlich handelnd, der Angeschuldigte Folhar als Jugendlicher mit Verantwortungsreife, falsches Geld sich in der Absicht, es als echt in den Verkehr zu bringen, verschafft und in den Verkehr gebracht zu haben, wobei es in zwei Fällen beim Versuch blieb, und wobei sich der Angeschuldigte Tapfer als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erwies,

indem sie

in sieben Fällen in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken jeweils einen falschen € 100,- – Schein der Fälschungsklasse C 2, die sie von einem unbekanntem Dritten erworben hatten, als Zahlungsmittel hingaben bzw die in zwei Fällen versuchten, und zwar:

1. in der Bäckerei Meier in der Hauptstr. 57 in Trier,
2. im Cafe Hinz in der Ringstr. In Trier, wobei die Fälschung jedoch von der Zeugin Hinz erkannt wurde und der Angeschuldigte Folhar den Geldschein wieder zurücknahm,
3. im Schnitzelhaus Foerster, wobei der Angeschuldigte Folhar ebenfalls das Falsifikat zurücknahm, als es vom Zeugen Foerster als solches erkannt wurde,
4. in Lebensmittelgeschäft Groß in der Bahnstr. 45d in Trier,
5. in der Bäckerei Fuchs in der Leipziger Str. 84 in Trier,
6. in Cafe Uhl in der Gaspudeitstr. 12 in Trier,
7. in der Bäckerei Niebes in der Herrenstr. 33c in Trier,

45 Boksem, 1996, p. 99-100.

46 § 200 Abs. 1 StPO.

47 § 200 Abs. 2 StPO. Zie ook Boksem 1996, p. 96-97.

48 Kühne 2015, p. 377-378.

wobei der Angeschuldigte Tapfer jeweils den Angeschuldigten Folhar mit seinem BMW 750i amtl. Kennzeichen TR-KO 815 zum Tatort verbrachte, wo der Angeschuldigte Folhar dann vereinbarungsgemäß das Falschgeld in Umlauf brachte.

– Verbrechen nach §§ 146 I Nr 2 u. 3, 22, 23, 25 II, 53, 69, 69a, 74 StGB, 1, 3 ff JGG“

Is de öffentliche Klage door het indienen van het Anklageschrift bij het gerecht aanhangig gemaakt, dan volgt het Zwischenverfahren. Het gerecht dat voor het latere Hauptverfahren verantwortlich zal zijn, onderzoekt in dit stadium van het geding of het Hauptverfahren geopend kan worden.⁴⁹ Dat is het geval wanneer er in de ogen van het gerecht een redelijk vermoeden bestaat dat de verdachte het in het Anklageschrift tenlastegelegde feit heeft gepleegd.⁵⁰ Als dat niet het geval is, wordt geen rechtsingang verleend. Als de vraag of er een redelijk vermoeden is bevestigend wordt beantwoord, verleent het gerecht rechtsingang (Eröffnungsbeschluss).⁵¹ In het Eröffnungsbeschluss wordt opgenomen voor welke feiten rechtsingang wordt verleend. In de regel zal het Eröffnungsbeschluss inhoudelijk met de tenlastelegging uit het Anklageschrift overeenkomen. De rechter kan echter de Anklage ook gedeeltelijk of enigszins gewijzigd toelaten. In de eerste plaats is het mogelijk dat de rechter het onderzoek ter terechtzitting niet voor alle feiten opent. In de tweede plaats kan hij de zaak beperken tot één onderdeel van een groter feitencomplex, of juist een extra onderdeel in het feitencomplex betrekken. In de derde plaats kan de rechter het feit anders kwalificeren dan de Staatsanwalt deed. Ten slotte is denkbaar dat de Staatsanwalt slechts de overtreding van één strafbepaling aannam, terwijl de rechter meerdere inbreuken ziet, of omgekeerd. In de eerste twee gevallen moet de Staatsanwalt een nieuwe dagvaarding uitreiken, omdat de feitelijke grondslag is veranderd. In de laatste twee gevallen verandert slechts de kwalificatie. Een nieuwe dagvaarding kan dan achterwege blijven.⁵² Nadat rechtsingang is verleend, begint het Hauptverfahren. Voor het onderzoek ter terechtzitting, de beraadslaging en de uitspraak vormen de feiten zoals door de rechter in het Eröffnungsbeschluss toegelaten de grondslag.⁵³ Aan de beoordeling van de feiten in het Eröffnungsbeschluss is de rechter echter niet gebonden.⁵⁴ Indien de rechter afwijkt, moet de verdachte wel in de

49 § 199 Abs. 1 StPO.

50 § 203 StPO.

51 Beulke 2016, p. 2.

52 § 264 Abs. 1 StPO. Zie ook Boksem 1996, p. 101 en Beulke 2016, p. 349-350.

53 Boksem 1996, p. 102.

54 § 264 Abs. 2 StPO.

gelegenheid worden gesteld zijn verdediging daarop af te stemmen.⁵⁵ Ook kan de Staatsanwalt tijdens het Hauptverfahren nog een nieuw feit toevoegen (Nachtragsanklage) indien het gerecht bevoegd is van dat feit kennis te nemen en de verdachte er mee instemt.⁵⁶ Over de uitkomst van het onderzoek beslist de rechter vervolgens naar zijn vrije, uit de essentie van de behandeling van de zaak geputte overtuiging.⁵⁷ Het Urteil (de uitspraak) markeert het einde van het Hauptverfahren.⁵⁸ De uitspraak wordt aan het eind van het onderzoek ter terechtzitting 'Im Namen des Volkes' gedaan.⁵⁹ Daarbij wordt het hierna te noemen Tenor uitgesproken en worden de belangrijkste onderdelen van de motivering van het vonnis genoemd.⁶⁰ De op schrift gestelde uitspraak bestaat uit verschillende onderdelen. De uitspraak begint met de Urteilsengang, ook wel Rubrum (Latijn voor rood) genoemd omdat het vroeger in het rood werd geschreven. In dit gedeelte van de uitspraak worden de zittingsdatum en de namen van de procesdeelnemers vermeld. Het tweede deel van de uitspraak wordt ook wel Tenor genoemd. Dit is het belangrijkste deel en bevat in beknopte vorm de uitspraak van het gerecht over de schuld of onschuld van de verdachte en – met het oog op de tenuitvoerlegging – de rechtsgevolgen daarvan. In dit deel van de uitspraak moeten onder meer de juridische kwalificatie van het strafbare feit en de toepasselijke wettelijke voorschriften worden vermeld.⁶¹ Het derde deel van de uitspraak bestaat uit de motivering (Urteilsgründe). In de motivering wordt uiteengezet of het in het Eröffnungsbeschluss aangewezen feit is bewezen en of dit een strafbaar feit oplevert.⁶² Voor een voorbeeld van een Urteil wordt verwezen naar Bijlage 2.

6.3.2 *Wahlfeststellung*

In het bovenstaande is uitgegaan van de standardsituatie, waarin min of meer duidelijk is wat de feitelijke toedracht van een bepaald strafbaar feit is geweest. Die feitelijke toedracht is vanzelfsprekend niet altijd helder. Bij twijfel kan de Staatsanwalt in het Anklageschrift zekerheidshalve voor

55 § 265 Abs. 1 StPO.

56 § 266 StPO.

57 § 261 StPO.

58 § 260 Abs. 1 StPO.

59 § 268 Abs. 1 StPO.

60 § 268 Abs. 2 StPO.

61 § 260 Abs. 4 und 5 StPO.

62 § 267 StPO schrijft voor welke informatie precies in de motivering moet zijn terug te vinden. Zie ook Kühne 2015, p. 641-646 en Beulke 2016, p. 354-355.

twee ankers gaan liggen. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen als iemand onder ede twee compleet verschillende verklaringen heeft afgelegd, maar niet zonder meer duidelijk is welke verklaring meinedig is. Of wanneer bij een verdachte gestolen spullen worden aangetroffen, maar niet duidelijk is of de verdachte moet worden aangemerkt als heler of dief.⁶³ In een dergelijk geval moeten alle in aanmerking komende toedrachten en delicten in het Anklageschrift worden opgenomen.⁶⁴

Aan Brunner⁶⁵ ontleen ik het volgende voorbeeld van een Anklageschrift waarin de Staatsanwalt zowel diefstal als heling heeft opgenomen:

“Der Angeschuldigte begab sich entweder am 02.06.2009 gegen 16.00 Uhr in das Art-Museum in Kunststadt und entwendete dort in einem unbeobachteten Augenblick den Picasso “Der Würfel”, Wert 500.000,- €,
oder
er kaufte am 04.06.2009 gegen 23.00 Uhr am Hauptbahnhof in Hehlhausen den Picasso “Der Würfel” für 200.000,- € von einem Unbekannten, wobei er wusste, dass dieser den Picasso im Art-Museum in Kunststadt entwendet hatte.

Der Angeschuldigte wird daher beschuldigt, entweder eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht weggenommen zu haben, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen
oder
eine Sache, die ein anderer gestohlen hat, angekauft zu haben, um sich zu bereichern,
strafbar als
Diebstahl oder Hehlerei nach § 242 I StGB oder § 259 I StGB.”

Als in het Eröffnungsbeschluss voor de alternatieve feiten rechtsingang wordt verleend, komen deze in het Hauptverfahren aan de orde. Bij de beoordeling van die feiten is in Duitsland, net als in Nederland, ‘in dubio pro reo’ een belangrijk rechtsbeginsel. In Duitsland wordt het onder meer afgeleid uit § 261 StPO.⁶⁶ Een veroordeling wegens een strafbaar feit is alleen mogelijk als de rechter er van overtuigd is dat de verdachte het strafbare feit heeft gepleegd. Twijfelt de rechter, dan moet hij uitgaan van de

63 Boksem 1996, p. 100.

64 Vgl. Kruse 2008, p. 174.

65 Brunner 2012, Rn. 174.

66 § 261 StPO luidt: Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung.

voor de verdachte meest gunstige gang van zaken en hem vrijspreken. Er doen zich, zoals gezegd, echter gevallen voor waarin niet precies kan worden vastgesteld wat er is gebeurd. Desalniettemin zou vrijspraak op onbegrip stuiten. Als voorbeeld kan worden genoemd het geval waarin een hiv-geïnfecteerde, die door zijn arts is voorgelicht over de omvang, gevolgen en overdraagbaarheid van zijn ziekte, op twee verschillende dagen onbeschermd seks heeft met S. Bij één van beide contacten draagt de verdachte het virus over aan S, maar er kan niet worden vastgesteld op welke dag S is geïnfecteerd.⁶⁷ In de Duitse literatuur wordt opgemerkt dat vrijspraak in een dergelijk geval onacceptabel zou zijn.⁶⁸ In de rechtspraak en literatuur hebben zich gevallen van meervoudige feitenvaststellingen ontwikkeld, met het doel om enerzijds onrechtvaardige vrijspraken te vermijden en anderzijds onterechte veroordelingen te voorkomen. Bij de rechterlijke besluitvorming over een meervoudige feitelijke basis kan vervolgens een eenduidige of meervoudige veroordeling volgen. Een eenduidige veroordeling – dat wil zeggen een bestraffing wegens één delict – heeft voorrang. Een wahldeutige (meervoudige) veroordeling is een wettelijk niet geregelde – en daarom enigszins omstreden⁶⁹ – uitzonderingsconstructie die alleen toegestaan is als een eenduidige veroordeling niet mogelijk is.⁷⁰ In het onderstaande worden eerst de verschillende vormen van eenduidige veroordelingen op basis van een meervoudige feitelijke basis besproken. Pas daarna komt de echte Wahlfeststellung aan de orde.

6.3.2.1 Eenduidige veroordeling op basis van een meervoudige feitelijke basis

Een eenduidige veroordeling op basis van een meervoudige feitelijke basis kan zich in verschillende verschijningsvormen voordoen. Die verschillende vormen worden in het navolgende besproken.

67 BGH 12 oktober 1989, *BGHSt* 36, 262. In Nederland zou dit wellicht kunnen worden opgelost door aan de verdachte ten laste te leggen dat hij in een bepaalde periode twee keer onbeschermd seks met het slachtoffer heeft gehad en dat het slachtoffer is geïnfecteerd ten gevolge van één van die handelingen, vgl. HR 26 juni 1962, *NJ* 1963/11.

68 Baumann/Weber/Mitsch 2003, p. 167.

69 Zie de discussie tussen de verschillende senaten van het Bundesgerichtshof, Beschluss des 2. Strafsenats vom 28. Januar 2014 – 2 StR 495/12, Beschluss des 1. Strafsenats vom 24. Juni 2014 – 1 StR 14/14 en Beschluss des 5. Strafsenats vom 16 Juli 2014 – 5 ARs 39/14.

70 Baumann/Weber/Mitsch 2003, p. 167-168, Heinrich 2014, p. 648.

Postpendenz und Präpendenz

In de eerste plaats kan gewezen worden op de Postpendenzfeststellung en de Präpendenzfeststellung. Onder een Postpendenzfeststellung wordt verstaan een situatie van twee elkaar opvolgende feiten, waarbij het tweede met zekerheid vastgesteld kan worden, maar het eerste – dat de juridische beoordeling van het tweede feit zou kunnen beïnvloeden omdat de delicten elkaar uitsluiten – niet. Anders dan bij de (hierna te bespreken onzuivere en zuivere) Wahlfeststellung is bij een Postpendenzfeststellung dus geen sprake van een dubbele, maar van slechts één feitelijke onzekerheid. Deze situatie doet zich in de praktijk vaak voor bij heling. § 259 Abs. 1 StGB, dat handelt over heling, eist dat een ander dan de verdachte het desbetreffende goed gestolen heeft. Net als in Nederland geldt dus dat een dief niet ook heler kan zijn. Stel dat tijdens het onderzoek ter terechtzitting met zekerheid vast komt te staan dat de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan het van een ander overnemen van gestolen goederen. Twijfelachtig blijft echter of de verdachte de goederen zelf mede heeft gestolen of van de dief heeft overgenomen. Als hij de diefstal zelf heeft medegepleegd, moet hij wegens dat feit worden bestraft. Voor een veroordeling wegens heling is dan geen plaats, omdat daarvoor nodig is dat een ander het goed heeft gestolen. Als hij de diefstal niet heeft gepleegd, zou daarentegen wel een veroordeling wegens heling kunnen volgen. Strikt genomen zou toepassing van in dubio pro reo in dit soort gevallen leiden tot vrijspraak van de verdachte. Die uitkomst zou echter erg onbevredigend zijn, omdat immers vaststaat dat de verdachte de gestolen goederen in zijn bezit had en in ieder geval één van beide feiten heeft gepleegd. In rechte wordt er in dit soort gevallen vanuit gegaan dat een veroordeling kan volgen voor het vaststaande feit, dat wil in dit geval zeggen de heling.⁷¹ Maar een Postpendenzfeststellung wegens heling is in een dergelijk geval alleen mogelijk, als vaststaat dat de verdachte de buit van de dief heeft gekocht of overgenomen en slechts twijfelachtig is of hij de zogenoemde Vortat van Diebstahl heeft medegepleegd. Blijft twijfelachtig of de verdachte de gestolen goederen zelf, als enige dader, heeft gestolen of door heling heeft verschaft, dan komt slechts de (hierna te bespreken) Wahlfeststellung in aanmerking. Voor een eenduidige veroordeling wegens heling is dan geen plaats, omdat niet vastgesteld kan worden

71 Baumann/Weber/Mitsch 2003, p. 175-177 en Heinrich 2014, p. 647, 649-650.

of de verdachte het goed van de dader van de Vortat heeft verkregen.⁷² In het Anklageschrift en het Urteil is in geval van een Postpendenzfeststellung alleen het zekere, tweede delict te zien.⁷³

Een Präpendenzfeststellung ziet op het omgekeerde geval, dat wil zeggen het geval waarin ten aanzien van twee elkaar opvolgende gebeurtenissen de eerste wel met zekerheid kan worden vastgesteld, maar de tweede niet. Daarbij moet nog aangetekend worden dat het vaststaan van de tweede gebeurtenis tot straffeloosheid met betrekking tot de eerste gebeurtenis zou leiden. De Präpendenzfeststellung wordt vooral gebruikt in gevallen waarbij de poging tot deelname aan of voorbereiding van een feit al tot strafbaarheid leidt. Daarbij moet worden aangetekend dat een veroordeling wegens het voltooide delict (kennelijk) in de weg staat aan een veroordeling wegens bijvoorbeeld de voorbereiding daarvan. De hier bedoelde situatie doet zich bijvoorbeeld voor als wel vastgesteld kan worden dat een verdachte met een ander of anderen heeft afgesproken een roofoverval te plegen, maar niet of hij uiteindelijk aan de uitvoering van het plan heeft deelgenomen. De verdachte kan dan, ondanks een mogelijke – maar niet met zekerheid vast te stellen – bijdrage aan een voltooide roofoverval, worden veroordeeld wegens de voorbereidingshandelingen. Ook als wel kan worden vastgesteld dat de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan de voorbereiding van het vervalsen van geld (§ 149 StGB), maar twijfelachtig blijft of hij daadwerkelijk geld heeft vervalst (§ 146 StGB), kan hij in ieder geval worden veroordeeld wegens die voorbereidingshandelingen.⁷⁴

Stufenverhältnis

Een eenduidige veroordeling kan ook worden uitgesproken als sprake is van een zogenoemde Stufenverhältnis, dat wil zeggen een getrapte verhouding tussen bepaalde delicten. Er mag dan slechts gestraft worden wegens het lichtere delict.

Een Stufenverhältnis kan zich in de eerste plaats voordoen tussen een gronddelict en gekwalificeerd of geprivilegieerd delict. Als vaststaat dat het gronddelict is gepleegd maar twijfelachtig is of de verdachte ook

72 Schönke/Schröder 2014, § 1, randnummer 91. Zie ook BGH 11 november 1987, BGHSI 35, 86: Ein Angeklagter ist wegen Hehlerei zu verurteilen, wenn zweifelhaft bleibt, ob er an einer schweren räuberischen Erpressung als Mittäter beteiligt war, jedoch feststeht, daß er seinen Beuteanteil – in Kenntnis der Vortat – erst vom Täter der schweren räuberischen Erpressung erhalten hat.

73 Kruse 2008, p. 175.

74 Baumann/Weber/Mitsch 2003, p. 177 en Heinrich 2014, p. 650.

een kwalificerend bestanddeel heeft vervuld, kan hij veroordeeld worden wegens het gronddelict. Als vaststaat dat de verdachte een diefstal heeft gepleegd, maar onduidelijk blijft of hij bij de uitvoering wel of niet een wapen heeft gebruikt, kan slechts een veroordeling wegens diefstal volgen. In het verlengde hiervan staan ook het gronddelict en het geprivilegieerde delict in een trapsgewijze verhouding tot elkaar. Het geprivilegieerde delict staat daarbij op de onderste trede. Dat betekent dat – als de mogelijkheid blijft bestaan dat de verdachte het delict onder de geprivilegieerde omstandigheden heeft begaan – slechts gestraft mag worden volgens het geprivilegieerde delict. Als bijvoorbeeld onduidelijk blijft of de verdachte zijn slachtoffer op diens verzoek heeft gedood, is hij slechts te bestraffen wegens het geprivilegieerde delict *Tötung auf Verlangen* (§ 216 StGB) en niet wegens het gronddelict *Totschlag* (§ 212 StGB).⁷⁵

Alle delicten waarbij opzettelijk een gevolg wordt veroorzaakt, doorlopen het poging-stadium. Daarom bestaat er, in de tweede plaats, ook een (logische) Stufenverhältnis tussen poging en voltooid delict. Als twijfelachtig is of het delict is voltooid, kan slechts worden gestraft wegens de (wel te bewijzen) poging. Voorwaarde is dan overigens wel dat de verdachte handelde met opzet op de voltooiing. Anders moet vrijspraak volgen, tenzij strafbaarheid wegens een gevaarzettingsdelict aangenomen kan worden. Tussen opzetdelicten en gevaarzettingsdelicten bestaat ook een Stufenverhältnis. Hetzelfde geldt voor concrete en abstracte gevaarzettingsdelicten.⁷⁶

Anders dan bij een poging en een voltooid delict bestaat tussen dader-schap en deelneming geen logische Stufenverhältnis, maar een normatieve. Medeplegen bijvoorbeeld omvat niet noodzakelijkerwijs de uitlokking van een van de andere medeplegers. Medeplegen en medeplichtigheid sluiten elkaar zelfs uit. Hier is sprake van een juridische trapsgewijze verhouding. Aangezien de straf voor medeplichtigheid ten opzichte van medeplegen dwingend lager is, moet een verdachte bij twijfel wegens medeplichtigheid worden bestraft. Op medeplegen en uitlokken staan dezelfde straffen. Maar omdat uitlokking een minder intensieve deelnemingsvorm is, is een verdachte bij twijfel tussen medeplegen en uitlokken slechts als uitlokker te straffen.⁷⁷

75 Baumann/Weber/Mitsch 2003, p. 168-169.

76 Baumann/Weber/Mitsch 2003, p. 169-170.

77 Baumann/Weber/Mitsch 2003, p. 170-171.

De strafbaarstelling van Vollrausch⁷⁸ is een middel om misplaatste vrijspraken te voorkomen van verdachten die delicten plegen terwijl zij zodanig onder invloed zijn van alcohol of drugs, dat zij ontoerekeningsvatbaar moeten worden geacht.⁷⁹ Veroordeling wegens het gepleegde delict – bijvoorbeeld mishandeling – is dan niet mogelijk. Indien een verdachte zich echter opzettelijk of nalatig door verdovende middelen in die schuld-uitsluitende roes heeft gebracht, dan kan hij wel schuldig zijn wegens Vollrausch. Dat is ook het geval indien de ontoerekeningsvatbaarheid niet bewijsbaar is, maar ook niet uitgesloten kan worden. Dat deed zich bijvoorbeeld voor in de zaak die leidde tot de uitspraak van het Bundesgerichtshof van 15 oktober 1956.⁸⁰ In die zaak had de verdachte onder invloed van alcohol meerdere politiemensen zwaar beledigd. De lagere rechter had hem wegens (de voorganger van) Vollrausch veroordeeld en daartoe overwogen dat de verdachte ten tijde van het feit stomdronken was. Medische deskundigen hadden gerapporteerd dat hij wegens alcoholgerelateerde bewustzijnsstoornissen niet in staat was geweest het ongeoorloofde van zijn handelen in te zien of overeenkomstig dit inzicht te handelen. Op grond van andere verklaringen van getuigen over het gedrag van de verdachte twijfelde de beroepsinstantie aan de juistheid van de vaststellingen van de deskundigen. Aangezien zij echter de rapportage niet kon weerleggen, heeft zij, bij gebrek aan toerekenbaarheid, van een veroordeling wegens belediging (in dit geval de Rauschtat) afgezien en hem veroordeeld wegens Vollrausch, omdat hij zichzelf nalatig in een ontoerekeningsvatbare toestand had gebracht en daarin een met straf bedreigd feit, namelijk belediging, had gepleegd. Het Bundesgerichtshof vond dat juist. Daarmee is een Stufenverhältnis tussen een in een roes begaan delict (Rauschtat) en Vollrausch aangenomen. De straf op Vollrausch is ingevolge § 323a Abs.1 StGB maximaal vijf jaar. Daarbij bepaalt § 323a Abs.2 StGB dat de straf niet zwaarder mag zijn dan de straf die op het gepleegde delict zelf staat. Zo is zeker gesteld dat de verdachte bij twijfel niet te zwaar wordt bestraft.⁸¹

De volgende categorie betreft zaken waarin bewezen kan worden dat iemand nalatig is geweest, maar ook opzettelijk handelen in zicht komt. Opzet en nalatigheid hebben betrekking op de houding van de verdachte ten opzichte van het delict en sluiten elkaar volgens de Duitse dogmatiek

78 § 323a Abs.1 StGB.

79 En de actio libera in causa niet van toepassing, vgl. Schönke/Schröder 2014 § 323a, randnummer 30-32.

80 BGH 15 oktober 1956, *BGHSt* 9, 390.

81 Baumann/Weber/Mitsch 2003, p. 171-172.

logisch uit.⁸² Deze logische exclusiviteit levert ook een normatieve Stufenverhältnis op. Het gevolg is dat de verdachte slechts wegens nalatigheid bestraft kan worden, want daarop staat steeds een lichtere straf.⁸³ Deze Stufenverhältnis is praktisch vooral van belang bij verkeersdelicten.⁸⁴

De laatste categorie die genoemd moet worden is de Stufenverhältnis tussen doen en nalaten. Ingevolge § 13 Abs. 2 StGB geldt voor plegen door nalaten een lager strafmaximum. Bij twijfel moet daarom van nalaten worden uitgegaan.⁸⁵

In het voorgaande was steeds sprake van gevallen waarin één feitencomplex ter beoordeling voor lag. De voornoemde regels zijn echter ook van toepassing in gevallen waarin twee of meer handelingen zijn vastgesteld, maar een eenduidige veroordeling nodig is. Baumann c.s. geven als voorbeeld het geval waarin een verdachte zijn slachtoffer eerst smoort met het doel hem lichamelijk letsel toe te brengen en hem daarna wurgt met een stropdas met het doel hem te doden. Het slachtoffer overlijdt. Beide handelingen waren geschikt om hem te doden, maar niet kan worden vastgesteld als gevolg van welke handeling en op welk moment hij daadwerkelijk is overleden. De verdachte kan in ieder geval niet wegens moord worden veroordeeld. Het wurgen met de stropdas gebeurde weliswaar met het opzet om te doden, maar in het voor de verdachte meest gunstige geval was het slachtoffer toen al dood. Mogelijk is slechts sprake van poging tot moord op een ondeugdelijk object.⁸⁶ Wel is de verdachte wegens mishandeling de dood ten gevolge hebbende te veroordelen. Zowel het smoren als het wurgen levert in ieder geval het opzettelijk toebrengen van letsel op. Ervan uitgaande dat het smoren de dood van het slachtoffer heeft veroorzaakt, ligt veroordeling wegens § 227 StGB (mishandeling de dood ten gevolge hebbende) voor de hand, want de verdachte had rekening kunnen en moeten houden met de dood als mogelijk gevolg en heeft in zoverre nalatig gehandeld. Als ervan wordt uitgegaan dat het wurgen met de das de dood heeft veroorzaakt, dan kan – omdat zoals gezegd de wurgingshandeling een bestanddeel van mishandeling kan opleveren – ook een veroordeling wegens § 227 StGB volgen. Aangezien beide handelingen van de

82 Of dat in Nederland ook zo is, is de vraag. Vgl. de conclusie van Advocaat-Generaal Bleichrodt vóór HR 16 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1660, *NJ* 2015/362 en de annotatie bij dat arrest van Keijzer.

83 Het BGH stond vroeger in dit soort gevallen een Wahlfeststellung toe, zie Baumann/Weber/Mitsch 2003, p. 172-173.

84 Baumann/Weber/Mitsch 2003, p. 172-173.

85 Baumann/Weber/Mitsch 2003, p. 173.

86 Wat overigens op grond van § 211 en § 22 StGB ook strafbaar is, vgl. Baumann/Weber/Mitsch 2003, p. 173.

verdachte onder § 227 StGB kunnen vallen en zeker is dat één van beide handelingen de dood heeft veroorzaakt, kan de verdachte wegens mishandeling de dood ten gevolge hebbend worden veroordeeld.⁸⁷

Gleichartige Wahlfeststellung

Van de echte Wahlfeststellung moet ook nog worden onderscheiden de gleichartige (onechte, onzuivere of gelijksoortige) Wahlfeststellung (ook wel Tatsachenalternativität genoemd). In een dergelijk geval wordt de verdachte wegens overtreding van één voorschrift gestraft. De onechte Wahlfeststellung kan zich op twee manieren voordoen. De eerste manier is die waarbij de verschillende feitelijke toedrachten in hun uitvoering gelijk zijn. Bij wijze van voorbeeld kan worden verwezen naar het eerder genoemde geval waarin een hiv-geïnfecteerde verdachte tweemaal onbeschermd seks heeft met zijn slachtoffer en bij één van beide contacten het hiv-virus overdraagt. Niet kan worden vastgesteld tijdens welk contact het virus is overgedragen, maar zeker is dat het slachtoffer door één van beide contacten besmet is.⁸⁸ Voor in dubio pro reo is dan geen ruimte. De verdachte kan veroordeeld worden wegens het toebrengen van lichamelijk letsel. Hetzelfde geldt voor het geval waarin een verdachte onder ede twee verschillende verklaringen heeft afgelegd en niet vastgesteld kan worden welke daarvan meinedig is. Vaststaat dat in ieder geval één van beide verklaringen dat is. In deze gevallen zal de onechte Wahlfeststellung zichtbaar zijn in het Anklageschrift. Daarin zal bijvoorbeeld staan dat de verdachte "wird angeklagt, entweder am 8.1.2007 oder am 29.1.2007 in Münster vor Gericht als Zeuge uneidlich falsch ausgesagt zu haben". Bij een veroordeling zal in de Tenor niet terug te zien zijn dat sprake is van een onechte Wahlfeststellung.⁸⁹ Het tijdstip waarop het strafbare feit is gepleegd, komt daarin niet terug, evenmin als de pleegplaats. De tweede manier is die waarbij de toedrachten niet identiek, maar juist alternatief zijn en de verschillende in aanmerking komende mogelijkheden waarop het delict zich kan hebben voorgedaan in dezelfde norm zijn omschreven. De in aanmerking komende alternatieven

87 Baumann/Weber/Mitsch 2003, p. 173-174.

88 Het hiervoor genoemde smoor/wurg-geval verschilt hiervan. Weliswaar was ook daar het causale verband onduidelijk, maar in dat geval verschilde ook het opzet.

89 Kruse 2008, p. 173-175.

moeten in dat geval wel in ernst en schuld overeenkomen. Deze zogenoemde gleichartige Wahlfeststellung is bijvoorbeeld toelaatbaar bij uitvoeringsvormen van heling (verschaffen en verkopen) en de verschillende motieven voor moord.⁹⁰ Ook hier zie je in de Tenor niet terug dat sprake is van een onechte Wahlfeststellung.⁹¹

6.3.2.2 Meerduidige veroordeling op basis van een meervoudige feitelijke basis

Wahlfeststellung

In de voorgaande gevallen was steeds sprake van een meerduidige feitelijke grondslag, maar een eenduidige veroordeling. Bij de ungleichartige (echte of zuivere) Wahlfeststellung is sprake van een meerduidige feitelijke grondslag en een meerduidige veroordeling. De verdachte wordt wegens delict a of delict b veroordeeld. Al eerder werd gewezen op de onrechtvaardigheid van een vrijspraak in gevallen waarin vaststaat dat een verdachte een strafbaar feit heeft gepleegd en slechts onduidelijk is welk feit dat precies is geweest. Net als de hiervoor besproken instrumenten, is de echte Wahlfeststellung niet wettelijk geregeld. De rechtspraak van het vroegere Reichsgericht was dan ook buitengewoon terughoudend. Een Wahlfeststellung was slechts dan toegestaan als gelijksoortige en gelijkwaardige feiten met elkaar rivaliseerden. Slechts in zulke gevallen, bijvoorbeeld bij onzekerheid over de vraag of een verdachte bij de uitvoering van een diefstal had ingebroken of was binnengeslopen, werd gemeend van een eenduidige vaststelling af te mogen zien.⁹²

Met de invoering van § 2b RStGB⁹³ in 1935 wilde de wetgever niet alleen de tot dan toe geldende rechtspraak vastleggen maar ook een aansporing tot verdergaande Wahlfeststellungen geven. De rechtspraak ging daarin toen niet erg mee. § 2b StGB is met ingang van 4 februari 1946 vervallen.⁹⁴ De heersende opvattingen en de rechtspraktijk gaan tegenwoordig

90 Baumann/Weber/Mitsch 2003, p. 174-175.

91 Kruse 2008, p. 173-175.

92 Zie ook BGH 15 oktober 1956, *BGHSt* 9, 390 onder III. Dit zou nu waarschijnlijk tot een onzuivere Wahlfeststellung leiden.

93 § 2b StGB luidde: Steht fest, daß jemand gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat, ist aber eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich, so ist der Täter aus dem mildesten Gesetz zu bestrafen.

94 Het artikel werd als typisch nationaalsocialistisch onrecht door het Kontrollratsgesetz van 30 januari 1946 ingetrokken. Het Bundesgerichtshof hield evenwel vast aan de in RG 2 mei 1934, *RGSt* 68, 257 vastgestelde jurisprudentie over Wahlfeststellungen, zie Heinrich 2014, p. 648, noot 11.

zover Wahlfeststellungen toe te laten in de omvang die de rechtspraktijk voor de wetswijziging van 1935 beheerste. In de literatuur wordt verdedigd dat toepassing van een Wahlfeststellung redelijk is, omdat anders een dader van een misdrijf in een individueel geval profiteert van de gedifferentieerde manier waarop sociaal schadelijk gedrag is strafbaar gesteld. Noch het beginsel “nullum crimen sine lege” noch het beginsel “in dubio pro reo” staat daaraan in de weg. Die differentiatie is er immers niet in het belang van de verdachte, maar in het belang van een betere bescherming van de rechtsgemeenschap. Deze opvatting is echter uit constitutionele overwegingen, in het bijzonder in het licht van § 103 II GG⁹⁵, niet onomstreden.⁹⁶

De voorwaarden voor een Wahlfeststellung zijn de volgende. Net als de gleichartige stelt de ungleichartige Wahlfeststellung feitelijke alternativiteit voorop. Dat wil zeggen, het moet vaststaan dat de verdachte ofwel handeling a, ofwel handeling b heeft uitgevoerd. Deze mogelijke gedragingen moeten strafbaar zijn, waarbij het onderscheid met de gleichartigen Wahlfeststellung daarin bestaat, dat op de denkbare alternatieven niet één, maar meerdere delictsomschrijvingen van toepassing zijn. Er is dan dus sprake van feitelijke alternativiteit én juridische alternativiteit. Blijft ruimte voor een andere feitelijke toedracht, die tot straffeloosheid van de verdachte zou moeten leiden, dan moet deze – in dubio pro reo – worden vrijgesproken. Ook mag pas worden overgegaan tot een Wahlfeststellung als na een grondig onderzoek (art. 244 Abs. 2 StPO) is gebleken dat een eenduidige feitenvaststelling niet mogelijk is.⁹⁷

Processueel is voor een Wahlfeststellung nodig dat de aan een wahldeutige veroordeling ten grondslag liggende alternatieve gedragingen Gegenstand der Urteilsfindung (voorwerpen/object van beraadslaging) (art. 264 StPO) zijn, dat wil zeggen dat ze zijn tenlastegelegd (art. 155 Abs. 1 StPO) en door het Eröffnungsbeschluss (besluit tot het verlenen van rechtsingang) worden omvat (art. 203 StPO).⁹⁸

95 § 103 II Grundgesetz (GG) luidt: Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.

96 Zie de discussie tussen de verschillende Senaten van het Bundesgerichtshof, Beschluss des 2. Strafsenats vom 28. Januar 2014 – 2 StR 495/12 en Beschluss des 1. Strafsenats vom 24. Juni 2014 – 1 StR 14/14. Zie ook Baumann/Weber/Mitsch 2003, p. 178-179.

97 Baumann/Weber/Mitsch 2003, p. 179.

98 Baumann/Weber/Mitsch 2003, p. 179.

De mogelijkheid van een Wahlfeststellung is niet onbegrensd. Tot de uitspraak van het Reichsgericht van 2 mei 1934⁹⁹ was een Wahlfeststellung slechts toegestaan voor zover het verschillende uitvoeringsvormen betrof die binnen dezelfde strafbepaling vielen. In 1934 overwoog het Reichsgericht tegemoet te willen komen aan een dringende behoefte uit de rechtspraktijk en het toepassingsbereik van de Wahlfeststellung uit te breiden tot de vaak voorkomende gevallen waarin niet duidelijk is of sprake is van diefstal of heling. Vanwege het 'schweren Gefahr für die Urteilsfindung' en 'ernsten Einbuße in der Urteilswirkung' heeft het Reichsgericht het voorstel om een algemene Wahlfeststellung toe te staan afgewezen. Het Reichsgericht heeft zelf de uiterste grenzen aangegeven. Benadrukt werd dat blootstelling van een verdachte aan een wahldeutige veroordeling onrechtvaardig kan zijn als in die veroordeling meerdere strafbare feiten worden meegenomen die moreel verschillend worden beoordeeld en ook verschillende psychologische gesteldheden van de dader vereisen. Hieruit heeft zich de leer van de noodzakelijkheid van rechtsethische en psychologische vergelijkbaarheid ontwikkeld.¹⁰⁰ Met rechtsethische vergelijkbaarheid wordt in de eerste plaats bedoeld op de rechtsgoederen die in de desbetreffende bepalingen worden beschermd, zoals eigendom, vermogen, lijf en leven. In de tweede plaats wordt daarmee aangeknoopt bij de zedelijke waardering van de daden. Door de eis van psychologische vergelijkbaarheid wordt zeker gesteld dat alleen die gedragingen aan de wahldeutige veroordeling ten grondslag worden gelegd die duiden op een wezenlijk gelijksoortige houding van de verdachte tot de daad. Daarvan is geen sprake als de keuze bestaat tussen opzettelijk en nalatig handelen of tussen § 323a StGB (Vollrausch) en de Rauschtat. In die gevallen is immers sprake van een Stufenverhältnis.

Wat betreft diefstal en heling is een Wahlfeststellung toegestaan. Beide delicten beschermen eigendom dan wel vermogen en worden rechtsethisch gelijk gewaardeerd. Ook aan de subjectieve kant zijn beide feiten (psychologisch) vergelijkbaar: opzettelijk handelen en oogmerk van bevoordeling bij de verdachte. Een Wahlfeststellung is ook toegestaan ten aanzien van verduistering (Unterschlagung) en bedrog (Betrug), ten aanzien van diefstal en bedrog als sprake is van diefstal door een truc (§ 263 StGB), ten

99 RG 2 mei 1934, *RGSt* 68, 257.

100 Zie bijv. RG 2 mei 1934, *RGSt* 68, 257, BGH 15 oktober 1956, *BGHSt* 9, 390 en BGH 15 mei 1973, *BGHSt* 25, 182.

aanzien van roof (Raub) en afpersing (Erpressung), ten aanzien van bedrog en afpersing als ook ten aanzien van bedrog en oneerlijkheid (Untreue) en ten aanzien van heling en bedrog, hoewel de laatstgenoemde gevallen wel grensgevallen zijn.¹⁰¹

Niet toegestaan wegens het ontbreken van gelijkwaardigheid van geschonden rechtsgoederen is een Wahlfeststellung ten aanzien van poging tot diefstal en het veinzen van een strafbaar feit.¹⁰²

Is een Wahlfeststellung wegens gedeeltelijk verschillende rechtsgoederenschendingen niet mogelijk, dan komt – in dubio pro reo indachtig – een Wahlfeststellung slechts in aanmerking voor zover de desbetreffende voorschriften wel gelijkwaardig zijn. Bijvoorbeeld: een Wahlfeststellung tussen roof en heling is niet toegestaan, omdat de strafbaarstelling van roof – naast vermogen – de persoonlijke vrijheid beoogt te beschermen. Maar omdat in het delict roof diefstal (§ 242 StGB) besloten ligt, is in dergelijke gevallen wel een Wahlfeststellung tussen diefstal en heling mogelijk.¹⁰³

Bij een wahldeutigen veroordeling is in de Tenor aan te wijzen dat de rechter niet zeker kan vaststellen of de verdachte delict a of delict b heeft gepleegd, dat wil zeggen dat de Schuldspruch alternatief is (dus bijv. de verdachte is schuldig aan diefstal of heling). Ook in de motivering van de uitspraak komen de alternatieven terug. De rechter moet de in aanmerking komende alternatieven vaststellen en de andere mogelijkheden uitsluiten.¹⁰⁴ De straf wordt – in dubio pro reo – afgestemd op het lichtste delict van de Wahlfeststellung. Bijkomende straffen en maatregelen mogen alleen worden opgelegd als dat voor alle alternatieve feiten is toegestaan.¹⁰⁵

6.4 Slotbeschouwing

Art. 348 en 350 Sv bepalen dat de rechter beraadslaagt en beslist op de grondslag van de tenlastelegging. De rechter is daarbij vrij strikt gebonden aan de weergave van de feiten in de tenlastelegging en de daaraan gegeven

101 Baumann/Weber/Mitsch 2003, p. 180-181.

102 OLG Köln 14 augustus 1981, NJW 1982, 347. Dit betrof een geval waarin een verdachte, na zijn vrijlating uit de gevangenis, al drie diefstallen had gepleegd. Op enig moment had hij de opbrengst verbrast en was hij zijn vrijheid zat. Hij ging toen naar een winkel, opende de kassa, maar haalde daar niets uit. Het was de vraag of dat een poging tot diefstal oplevert of het veinzen van een strafbaar feit.

103 Baumann/Weber/Mitsch 2003, p. 180-181.

104 Kruse 2008, p. 174.

105 Baumann/Weber/Mitsch 2003, p. 181.

kwalificatie. Er is slechts een aantal versoepelings- en correctiemechanismen, waarvan voor de rechter het interpreteren van de tenlastelegging het enige instrument is. Het Openbaar Ministerie heeft meerdere mogelijkheden, waaronder het opstellen van een alternatieve tenlastelegging. Dat geeft de rechter alle vrijheid om te beslissen welk (tenlastegelegde) feit hij bewezen acht. In het algemeen geldt daarbij wel dat de rechter een keuze moet maken. Een zogenoemde alternatieve bewezenverklaring is volgens de Hoge Raad namelijk slechts toelaatbaar voor zover een keuze uit de in de tenlastelegging alternatief vermelde kwalificaties voor de strafrechtelijke betekenis van het feit van geen belang is.

Het Duitse recht geeft de rechter meer vrijheid in gevallen waarin onzekerheid bestaat over de feitelijke basis van een veroordeling. Zo mag de rechter, onder bepaalde omstandigheden, tot een alternatieve bewezenverklaring, een (ungleichartige) Wahlfeststellung, komen. Dit instrument is niet wettelijk geregeld, maar ontwikkeld in de rechtspraak. Voor een Wahlfeststellung is in de eerste plaats vereist dat de verschillende alternatieven ten laste zijn gelegd. Een Wahlfeststellung is slechts toegestaan als vaststaat dat de verdachte handeling A of handeling B heeft gepleegd. Vast moet staan dat een eenduidige veroordeling niet mogelijk is en uitgesloten moet zijn dat er nog ruimte is voor een andere (niet strafbare) feitelijke toedracht, want dan zou – in dubio pro reo – vrijspraak moeten volgen. Voor een Wahlfeststellung is voorts nodig dat beide alternatieve gedragingen strafbaar zijn. Bij een ungleichartige Wahlfeststellung zal sprake zijn van verschillende delictomschrijvingen. Wahlfeststellungen zijn niet onbegrensd toegestaan. Het is noodzakelijk dat de gedragingen rechtsethisch en psychologisch vergelijkbaar zijn. De straf wordt afgestemd op het lichtste delict van de Wahlfeststellung.

Het introduceren van een soortgelijke alternatieve bewezenverklaring in het Nederlandse recht zou tegemoet komen aan het probleem dat bestaat wanneer niet meer kan worden vastgesteld dan dat de verdachte in ieder geval één van de elkaar uitsluitende feiten (bijvoorbeeld oplichting of verduistering) heeft begaan. Een keuze is dan strikt genomen niet verantwoord, omdat deze kan leiden tot een onterechte vrijspraak (voor het ene delict) en een onzuivere veroordeling (voor het andere delict). Een alternatieve bewezenverklaring zou onder strikte voorwaarden toegestaan kunnen worden. Van strijd met het legaliteitsbeginsel is geen sprake. Er komen uiteraard alleen feiten in aanmerking die strafbaar zijn gesteld, zodat er altijd een grondslag is voor strafoplegging. De alternatieven moeten in de tenlastelegging worden genoemd, zodat de verdachte weet waarop hij zijn

verdediging moet richten. Dat zal overigens niet anders zijn dan nu al het geval is bij een alternatieve tenlastelegging. De alternatieve feiten dienen gelijksoortig te zijn. Daarbij kan mogelijk worden aangeknoopt bij de eisen die de Hoge Raad stelt aan 'hetzelfde feit' in de zin van art. 68 Sr en art. 313 Sv, in die zin dat de juridische aard van de feiten (in het bijzonder wat betreft de rechtsgoederen ter bescherming waarvan de onderscheidene delictomschrijvingen strekken en de strafmaxima die op de onderscheiden feiten zijn gesteld) en de gedragingen van de verdachte (zowel wat betreft de aard en de kennelijke strekking van de gedragingen als wat betreft de tijd waarop, de plaats waar en de omstandigheden waaronder zij zijn verricht) van belang zijn. Indien sprake is van een aanzienlijk verschil in de juridische aard van de feiten en/of in de gedragingen, zal er geen ruimte zijn voor een alternatieve bewezenverklaring. Uit de bewijsmotivering zal moeten blijken dat bewijs voor een keuze ontbreekt en dat een nadere keuze daarom niet kan worden gemaakt. Een dubbele kwalificatie kan, maar lijkt mij niet vereist. Bij de kwalificatie zou ook al kunnen worden gekozen voor het voor de verdachte meest gunstige feit. De strafoplegging dient gebaseerd te worden op het laagste strafmaximum en bijkomende straffen komen alleen in aanmerking als die voor beide alternatieven opgelegd kunnen worden.

Een wetswijziging is hiervoor mijns inziens niet nodig. De Hoge Raad staat immers in zeer beperkte mate alternatieve bewezenverklaringen al toe. Het voorgaande zal daarvan slechts een uitbreiding opleveren.

HOOFDSTUK 7

SLOTBESCHOUWINGEN

7.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken zijn verschillende deelonderwerpen aan de orde gekomen. Zo is in het tweede hoofdstuk het onderscheid tussen formele en materiële delicten besproken, vooral met betrekking tot de vermogensdelicten. In het derde hoofdstuk is de ontwikkeling van de vermogensdelicten vanaf de invoering van het huidige Wetboek van Strafrecht beschreven en in het vierde hoofdstuk is onderzocht waar zich grensproblemen voordoen en in hoeverre de vermogensdelicten inmiddels overlap vertonen. In het vijfde en zesde hoofdstuk is een kijkje over de grens genomen. Het vijfde hoofdstuk bevat een schets van de Engelse law of theft en law of fraud, dat wil zeggen het Engelse (materiële) recht met betrekking tot vermogensdelicten. In het zesde hoofdstuk is ingegaan op de in het Duitse (proces)recht bestaande mogelijkheid van alternatieve bewezenverklaringen en kwalificaties.

In dit laatste hoofdstuk zal aan de hand van het voorgaande de in de inleiding geformuleerde onderzoeksvraag worden beantwoord:

“Dient, mede gelet op de processuele implicaties, te worden vastgehouden aan de gedifferentieerde strafbaarstelling van vermogensdelicten zoals thans in het Wetboek van Strafrecht is te vinden?”

7.2 Algemene of specifieke strafbaarstellingen

Alvorens nader in te gaan op de onderzoeksvraag en de daaruit afgeleide deelvragen, is het goed enige algemene argumenten voor en tegen algemene en specifieke strafbaarstellingen te bespreken. Daarvoor kan ruimschoots worden geput uit de woelige Engelse wetsgeschiedenis zoals beschreven in hoofdstuk 5.

Als argument vóór een algemene strafbaarstelling van bepaald gedrag kan in de eerste plaats worden gewezen op de eenvoud. Een systeem van algemene strafbaarstellingen is over het algemeen simpeler en begrijpelijker dan een systeem dat bestaat uit meer specifieke strafbaarstellingen. Ter illustratie kan worden gewezen op het verschil tussen de oude

Engelse Larceny Act en de nu geldende Theft Acts en Fraud Act. Daarbij komt dat een algemene strafbaarstelling effectiever lijkt. Door alleen de essentie van een delict in de wet op te nemen, wordt bereikt dat zoveel mogelijk ongewenst gedrag – bijvoorbeeld zoveel mogelijk vormen van oneerlijke verkrijging van goederen – onder dat delict vallen. Met andere woorden, hoe wijder een bepaling, hoe meer bescherming (in dit geval) het vermogen van de burger geniet. Ook bij de vervolging zal dat voordelen opleveren. Het Openbaar Ministerie hoeft zich immers in een dergelijk geval niet meer te bekreunen over de vraag welk specifiek delict van toepassing is. Ten slotte kan worden gewezen op de houdbaarheidsdatum van strafbaarstellingen. Aangenomen kan worden dat een algemene strafbaarstelling, die van toepassing is op allerhande gevallen, beter tred kan houden met technologische ontwikkelingen.

Uit het voorgaande vloeien eigenlijk ook direct argumenten tegen een algemene strafbaarstelling voort. Een algemene strafbepaling loopt het risico te breed en te vaag te zijn en daarmee in strijd met het *lex certa*-beginsel, dat voorschrijft dat voor burgers duidelijk moet zijn welk handelen (of nalaten) strafbaar is. Ook brengt een algemene, ruime strafbaarstelling mee dat tevens minder ernstige gedragingen – die in de ogen van het publiek helemaal niet strafbaar zouden moeten zijn – daaronder kunnen vallen. Dit argument hangt samen met de *ultimum remedium* gedachte: het strafrecht is een laatste redmiddel dat pas moet worden ingezet als andere middelen niet helpen. In de Engelse wetsgeschiedenis over fraud en deception wordt er in dat kader bijvoorbeeld op gewezen dat onder een ruime strafbaarstelling mogelijk ook reclames en sollicitaties, waarbij de situatie wat mooier kan worden geschetst dan zij is, zouden kunnen vallen. Het strafrecht inzetten tegen dat soort milde en – binnen bepaalde grenzen – min of meer geaccepteerde vormen van misleiding zou neerkomen op het schieten met een kanon op een mug. Een ander probleem van algemene strafbaarstellingen is dat ze onnatuurlijk kunnen aandoen. In Engeland heeft men bijvoorbeeld geprobeerd onder de strafbaarstelling van theft ook bepaalde vormen van *obtaining by false pretences* te brengen. De delicten bleken uiteindelijk toch te afwijkend om tot een bevredigende allesomvattende strafbaarstelling te komen. Bij de bespreking van de argumenten voor en tegen een algemene strafbaarstelling kan ten slotte nog worden opgemerkt dat de rechter bij de straftoemeting rekening kan houden met de specifieke omstandigheden van het geval. De noodzaak daartoe zal zich – vanzelfsprekend – vooral voordoen bij algemene strafbaarstellingen. Bij specifieke strafbaarstellingen zullen de bijzondere omstandigheden tot op zekere hoogte worden meegenomen in

de delictsomschrijvingen.¹ Algemene strafbaarstellingen vragen daarom meer vertrouwen in de rechter dan specifieke strafbaarstellingen. Bij het overwegen van de mogelijkheid een algemeen delict in te voeren, moet daarom rekening worden gehouden met de vraag of de tijd daarvoor rijp is. Zo spreekt uit het na de val van het kabinet Rutte I ingetrokken² wetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven een zeker wantrouwen in de rechter.³ In de memorie van toelichting bij dat wetsvoorstel schreef de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie immers dat de straftoemettingsvrijheid van de rechter weliswaar een wezenlijk element van ons strafrechtelijk stelsel vormt en dat het de rechter is die, gelet op de aard en de ernst van het strafbare feit, de omstandigheden waaronder dat feit is begaan en de persoon van de dader, moet bepalen welke straf in het concrete geval passend en geboden is, maar dat de kaders waarbinnen deze straftoemettingsvrijheid functioneert evenwel worden gegeven door de wet. Het is de taak van de wetgever om in de wet te bepalen welke straffen de rechter kan opleggen en in welke gevallen deze kunnen worden opgelegd. Die taak omvatte naar de mening van het toenmalige kabinet een nadere normering van de strafoplegging in zware gevallen van recidive, waarbij de beveiliging van de samenleving en individuen voorop moest staan.⁴ Kennelijk vond het toenmalige kabinet een inperking van de rechterlijke straftoemettingsvrijheid tot op zekere hoogte nodig. Het is overigens niet alleen de wetgever die kaders kan stellen. Ook de strafrechters zelf zoeken houvast. Sinds 1998 stelt het LOVS (Landelijk Overleg Vakinhoud Strafrecht, voorheen Landelijk overleg van voorzitters van de strafsectoren van de gerechtshoven en de rechtbanken) voor een aantal vaak voorkomende delicten een strafmaat (oriëntatiepunt) vast waarop de rechter zich kan oriënteren bij de oplegging van de straf. Deze oriëntatiepunten zijn echter geen recht in de zin van art. 79 RO en binden de individuele rechter niet.⁵

Het voorgaande wil overigens niet zonder meer zeggen dat specifieke strafbaarstellingen beter zijn. Ook daartegen zijn verschillende bezwaren te bedenken. Een eerste, nogal voor de hand liggend, bezwaar is dat

1 Zie bijvoorbeeld de diverse strafbepalingen in de Larceny Act of, in eigen land, de Code Pénal die van 1811 tot 1886 in werking was.

2 Brief staatssecretaris houdende intrekking van het wetsvoorstel, *Kamerstukken II* 2011/12, 33151, nr. 10.

3 Wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de invoering van minimumstraffen in geval van recidive bij misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaren of meer is gesteld, *Kamerstukken II* 2011/12, 33151, nr. 2.

4 *Kamerstukken II* 2011/12, 33151, nr. 3, p. 1 (MvT).

5 HR 3 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8838, NJ 2003/570.

specifieke bepalingen niet voorzien in een algemene strafbaarstelling van het ongewenste gedrag. Integendeel, specifieke strafbaarstellingen kunnen leiden tot een moeilijk en complex systeem, waarbij het risico bestaat dat gedrag dat strafbaar zou moeten zijn dat niet is. Het opstellen van een catalogus aan nauwkeurig gedefinieerde strafbare gedragingen is zo gezien onbevredigend en gevaarlijk, omdat het onmogelijk lijkt een complete lijst te maken. Mocht het tot een vervolging komen dan ontstaat vervolgens het gevaar dat de verdachte voor te veel, te weinig of voor de verkeerde delicten wordt vervolgd. Een groot bezwaar van specifieke delicten is ook dat zaken die weinig van elkaar verschillen, afhankelijk van details, onder verschillende bepalingen vallen. Dat kan voor problemen in de rechtszaal zorgen. Vrijspraken of veroordelingen zouden niet van dit soort details afhankelijk moeten zijn en rechters zouden er hun tijd niet aan moeten besteden. In dat kader kan er ook nog op gewezen worden dat specifieke bepalingen ruimte laten om juridisch-technische argumenten tot bloei te laten komen.

7.3 Beantwoording van de onderzoeksvragen

7.3.1 *Formele en materiële delicten*

In hoofdstuk 2 is het onderscheid tussen formele en materiële delicten, zoals dat voornamelijk in de literatuur wordt gemaakt, besproken. De vraag die daarbij voor lag, is of de differentiatie in de vermogensdelicten wordt verklaard door de keuze voor formele delictomschrijvingen. Of spelen (daarnaast ook) andere factoren een rol? Een dogmatisch onderscheid heeft de wetgever niet voor ogen gehad, althans, daarvoor is geen steun te vinden in de wetsgeschiedenis. Wel kan worden vastgesteld dat de wetgever voor differentiatie heeft gekozen en de verschillende vermogensdelicten scherp van elkaar heeft willen afgrenzen. Het verschil tussen de delicten is gelegen in de strafbaar gestelde handelingen. Bij diefstal is dat het wegnemen van een goed van een ander, bij verduistering het toe-eigenen van een goed dat men al onder zich heeft en bij afpersing en oplichting het bewegen tot afgifte van een goed. Wat de reden voor differentiatie is geweest, is niet heel helder. Uit de Notulen van de Commissie De Wal blijkt dat zij zich heeft laten inspireren door andere (binnenlandse en buitenlandse) wetgevingen. Wellicht is het meest waarschijnlijk dat die wetgevingen de inspiratie hebben gevormd voor de gedifferentieerde strafbaarstellingen. Aan de differentiatie zouden dan vooral historische en praktische argumenten ten grondslag liggen. Simpel gezegd: het sloot aan bij de bestaande praktijk.

Hoewel 'we doen het altijd al zo' over het algemeen niet een heel sterk argument is om verandering van een bestaande praktijk tegen te houden, moet het ook niet direct terzijde worden geschoven. Een noodzaak tot veranderen leek te ontbreken, het functioneerde allemaal wel. Het huidige systeem lag namelijk niet alleen verankerd in het juridisch bewustzijn, maar ook in de samenleving. Iedereen kan zich een voorstelling maken van wat diefstal, verduistering, afpersing en oplichting ongeveer zijn. Het creëren van een ruim vermogensdelict, waaronder naast diefstal ook andere vormen van oneerlijke vermogensverkrijging zouden vallen, zou het gevaar met zich kunnen meebrengen dat de wettelijke kwalificaties van strafbaar gedrag niet meer herkenbaar zijn. Wat betreft de (on)wenselijkheid van een ruim, algemeen vermogensdelict kan verder worden gewezen op de nadelen van algemene strafbaarstellingen die hiervoor zijn genoemd.

7.3.2 De ontwikkeling van de vermogensdelicten

In de literatuur wordt diefstal vaak genoemd als hét voorbeeld van een formeel delict, dat wil zeggen een delict dat een specifieke handeling (en niet het veroorzaken van een gevolg) strafbaar stelt. Dat is op zichzelf verdedigbaar want als men art. 310 Sr bekijkt, is daar een handeling strafbaar gesteld, namelijk het wegnemen van een goed van een ander. Toen het huidige Wetboek van Strafrecht net was ingevoerd werd wegnemen feitelijk uitgelegd en betekende wegnemen het verplaatsen van een goed. Bij die betekenis kon diefstal goed worden aangemerkt als een delict met formele trekken. In de rechtspraak werd het bestanddeel wegnemen al snel na de invoering van het Wetboek van Strafrecht vrij functioneel uitgelegd. Vereist werd dat de dader zich de feitelijke heerschappij over het goed had verschafte of het goed aan de feitelijke heerschappij van de rechthebbende had onttrokken. Dat duidt niet zozeer op het verrichten van een handeling, maar meer op het veroorzaken van een gevolg. Zo bezien kan diefstal ook als een materieel delict, dat wil zeggen een delict dat het bewerkstelligen van een bepaald gevolg strafbaar stelt, worden aangemerkt. Dat is enigszins opmerkelijk, omdat de verschillende vermogensdelicten nu juist hun bestaansrecht lijken te ontleen aan hun grenzen, die dan weer verband houden met de verschillende handelingen die in die delicten zijn strafbaar gesteld. Die handelingen zijn wegnemen (diefstal), het toe-eigenen van een goed dat iemand al onder zich heeft (verduistering) en afgeven (afpersing en oplichting). Ook het toe-eigenen van een goed dat men al onder zich heeft en afgeven hebben materiële trekken. Iemand heeft een goed (anders dan door misdrijf) onder zich in de zin van art. 321 Sr als dat goed aan hem is

toevertrouwd of indien sprake is van een rechtsverhouding waaruit noodwendig voortvloeit dat hij dat goed onder zich heeft. Een feitelijke machtsverhouding tot het goed is daartoe niet steeds voldoende.⁶ Het onder zich hebben is op zichzelf niet als een handeling aan te merken, en al helemaal niet als een strafbare handeling. De strafbare handeling in art. 321 Sr is het toe-eigenen. Van toe-eigenen in de zin van art. 321 Sr is sprake indien een persoon zonder daartoe gerechtigd te zijn als heer en meester beschikt over een goed dat aan een ander toebehoort.⁷ Toe-eigenen is wel een handeling, maar het verrichten van die handeling brengt direct een gevolg met zich mee, namelijk dat degene die gerechtigd was als heer en meester over dat goed te beschikken daartoe niet meer in staat is. Hij is kortom, net als het slachtoffer van diefstal, zijn heerschappij over het goed kwijt. Voor afgifte geldt iets soortgelijks. Afgifte is, zo blijkt uit hoofdstuk 3, een constitutief element van afpersing en oplichting. Niet de toegebrachte schade noch het enkele in dwaling brengen met het doel van benadeling is voldoende voor voltooiing van oplichting. Daarvoor is daadwerkelijke afgifte nodig, aldus reeds de Commissie De Wal tijdens haar beraadslagingen over de strafbaarstelling van oplichting.⁸ De Hoge Raad formuleert het aldus, dat voor afgifte is vereist dat het goed uit de macht van het slachtoffer raakt.⁹ Ook het slachtoffer van afpersing en oplichting raakt zijn goed dus kwijt. Zo bezien zouden ook verduistering, afpersing en oplichting als materiële delicten kunnen worden aangemerkt, of in ieder geval als delicten met materiële trekken.

De functionele uitleg die in de rechtspraak al snel na de invoering van het Wetboek van Strafrecht aan de vermogensdelicten werd gegeven, heeft geleid tot verschuiving en vervloeiing van grenzen. De wens van de wetgever om de vermogensdelicten scherp van elkaar te onderscheiden verdween daarbij naar de achtergrond. De grenzen tussen in de eerste plaats diefstal en afpersing en in de tweede plaats diefstal en oplichting lijken in sommige zaken verdwenen. De Hoge Raad legt de onderscheidende bestanddelen ruim uit en aanvaardt expliciet overlap. Ook tussen afpersing en oplichting zou overlap kunnen bestaan, maar op dat punt is te weinig jurisprudentie beschikbaar om stellige uitspraken te doen. Het enige delict dat nog steeds is afgegrensd van de andere vermogensdelicten, is verduistering. Het bestanddeel 'anders dan door misdrijf' staat aan overlap met

6 Vgl. bijv. HR 9 maart 1982, *NJ* 1982, 573.

7 Vgl. bijv. HR 24 oktober 1989, *NJ* 1990, 256 en HR 2 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV8280, *NJ* 2013/14 m.nt. Borgers.

8 Notulen Staatscommissie I, p. 422.

9 Vgl. HR 13 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0064, *NJ* 1995, 635.

andere delicten in de weg. Om de vraag die De Jong in zijn noot onder HR 19 april 2005, NJ 2007/386¹⁰ opwerpt te beantwoorden: het is inderdaad een beetje een rommeltje geworden met de hantering door de Nederlandse strafrechter van de wettelijke omschrijvingen van de vermogensdelicten. De reden daarvoor lijkt te zijn dat de Hoge Raad geen problemen wilde. Daarbij moet echter direct worden opgemerkt dat de rommel niet voor (grote) moeilijkheden lijkt te zorgen. Complicaties lijken zich met name voor te doen bij de uitleg van het bestanddeel goed,¹¹ maar dat is nu net een bestanddeel dat de vermogensdelicten al gemeen hebben.

7.3.3 *Materieelrechtelijke veranderingen?*

Dit onderzoek heeft geen absolute noodzaak tot aanpassing van de vermogensdelicten aangetoond. Een algemeen vermogensdelict lijkt niet nodig en is gelet op de bezwaren die bestaan tegen algemene strafbaarstellingen ook niet direct wenselijk. Geïnspireerd door het Engelse recht, lijkt het desalniettemin nuttig te bezien of samenvoeging van bepaalde onderdelen van de vermogensdelicten mogelijk is. Daarmee wordt met name gedoeld op diefstal en verduistering, delicten die in Engeland allebei onder theft vallen. Verder zouden diefstal met geweld en afpersing mogelijk kunnen worden samengevoegd. In Engeland vallen deze feiten onder het delict robbery.

Diefstal is het wegnemen van een goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort met het oogmerk het zich wederrechtelijk toe te eigenen. In hoofdstuk 3 is vastgesteld dat de betekenis van het bestanddeel wegnemen in de loop der tijd is veranderd. Van wegnemen als bedoeld in art. 310 Sr is sprake als de verdachte zich de feitelijke heerschappij over een goed heeft verschaft of als de verdachte een goed aan de feitelijke heerschappij van de rechthebbende heeft onttrokken.

Verduistering is het zich opzettelijk wederrechtelijk toe-eigenen van een goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort en dat degene die zich het goed toe-eigent, anders dan door misdrijf onder zich heeft. Iemand heeft een goed (anders dan door misdrijf) onder zich in de zin van art. 321 Sr als dat goed aan hem is toevertrouwd of indien sprake is van een rechtsverhouding waaruit noodwendig voortvloeit dat hij dat goed onder zich heeft. Een feitelijke machtsverhouding tot het goed is daartoe niet steeds voldoende.¹²

10 HR 19 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS9237, NJ 2007/386 m.nt. De Jong.

11 Vgl. de in paragraaf 3.2.2 besproken tankpas- en simkaartzaken.

12 Vgl. bijv. HR 9 maart 1982, ECLI:NL:HR:1982:AC0778, NJ 1982/573 m.nt. Mulder.

In hoofdstuk 3 is aan de hand van de wetsgeschiedenis vastgesteld dat 'onder zich hebben' een zelfde toestand in het leven roept als die waarin een dief verkeert nadat hij een goed heeft weggenomen. De wetgever heeft immers het bestanddeel 'anders dan door misdrijf' toegevoegd om te voorkomen dat een dief (of afperser of oplichter) die zich een goed toe-eigent zich naast diefstal ook schuldig maakt aan verduistering. Van toe-eigenen in de zin van art. 321 Sr is sprake indien een persoon zonder daartoe gerechtigd te zijn als heer en meester beschikt over een goed dat aan een ander toebehoort. Voor verduistering is net iets meer vereist dan voor diefstal. Diefstal eist slechts een oogmerk van (wederrechtelijke) toe-eigening, verduistering een voltooid toe-eigening. Dat verschil is echter verklaarbaar als men in het achterhoofd houdt dat degene die een goed onder zich heeft feitelijk in dezelfde positie verkeert tot dat goed als de dief na het wegnemen van een goed. De strafrechtelijke aansprakelijkheid van iemand die een goed rechtmatig onder zich heeft kan niet slechts worden aangenomen op basis van een kwade intentie, zoals die in het huidige diefstalartikel tot uitdrukking komt in het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening. Er zal een (tot op zekere hoogte) objectiveerbare handeling aangewezen moeten kunnen worden.

Diefstal vereist dus wegnemen, dat wil zeggen het verschaffen van of onttrekken aan de feitelijke heerschappij, van een goed met het oogmerk daarover als heer en meester te beschikken. Verduistering eist het als heer en meester beschikken over een goed waarover men de feitelijke heerschappij al heeft. Een manier om beide delicten samen te voegen zou zijn om de betekenis van de verschillende begrippen samen te laten vallen, dat wil zeggen om het onttrekken aan de feitelijke heerschappij te definiëren als (een vorm van) heer en meester beschikken over een goed. Uiteindelijk is het onttrekken aan de feitelijke heerschappij ook een vorm van als heer en meester beschikken. In beide gevallen eigent de verdachte zich rechten van de rechthebbende toe.

Gelet op alle problemen die zich in Engeland voordoen bij de uitleg van het delict theft lijkt een rechtstreekse Nederlandse vertaling daarvan niet voor de hand te liggen. Een strafbepaling die zowel diefstal als verduistering omvat zou mogelijk aldus kunnen luiden:

"Hij die opzettelijk enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort wederrechtelijk zich toe-eigent, wordt, als schuldig aan diefstal, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie."

Deze strafbepaling roept meteen een aantal vragen op. Moet dit strafbare gedrag diefstal worden genoemd? Dat ligt het meest voor de hand. Vermoedelijk zal veel van wat juristen verduistering noemen door leken als diefstal worden aangemerkt. Een nieuwe term zal waarschijnlijk nog verwarrender zijn. Ook het strafmaximum vraagt aandacht, maar het huidige verschil in strafmaxima tussen diefstal en verduistering kan mijns inziens zonder veel bezwaar worden opgeheven. Lastiger is dat afpersing en oplichting ook onder deze bepaling lijken te vallen. Vanwege de overlap die door de Hoge Raad wordt aanvaard tussen diefstal (met geweld) en afpersing zou daarin een voordeel kunnen worden gezien. Afpersing is dan een gekwalificeerde vorm van diefstal. De verhouding tot oplichting is een stuk problematischer. Het strafmaximum verschilt niet, zodat de beperkende voorwaarden die art. 326 Sr thans stelt (oplichtingsmiddelen) zinloos zijn als het gedrag sowieso diefstal oplevert. Een ander punt dat aandacht vraagt, betreft de strafverzwarende omstandigheden. Die verschillen bij de huidige strafbepalingen van diefstal en verduistering. Het is de vraag of daarin nog onderscheid moet worden gemaakt of dat alle strafverzwarende omstandigheden moeten worden overgenomen bij deze mogelijke nieuwe bepaling.¹³ Gelet op het (beperkte) probleem waarvoor de samenvoeging van diefstal en verduistering de oplossing zou moeten zijn, lijkt het mij niet raadzaam deze in te voeren.

Voor diefstal met (bedreiging met) geweld en afpersing geldt dat deze delicten erg dicht bij elkaar kunnen liggen en dat het in bepaalde gevallen moeilijk is om vast te stellen welk delict zich heeft voorgedaan. Art. 312 Sr, waarin diefstal met geweld is strafbaar gesteld, vereist dat sprake is van diefstal, voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld of bedreiging met geweld tegen personen, gepleegd met het oogmerk om die diefstal voor te bereiden of gemakkelijk te maken, of om, bij betrapping op heterdaad, aan zichzelf of andere deelnemers aan het misdrijf hetzij de vlucht mogelijk te maken, hetzij het bezit van het gestolene te verzekeren. Voor de betekenis van wegnemen, die ook bij diefstal met geweld van belang is, kan worden verwezen naar het vorenstaande. Wat betreft afpersing geldt het volgende. Art. 317 Sr bepaalt dat sprake is van afpersing wanneer iemand met het oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling van zichzelf of een ander, door geweld of bedreiging met geweld iemand dwingt hetzij tot de afgifte van

13 Wellicht zou het bij nadere overweging van een meer algemeen vermogensdelict een goed moment zijn de strafverzwarende omstandigheden eens door te lichten. Heeft bijvoorbeeld de strafverzwaring voor diefstal van vee uit de weide nog bestaansrecht? Vgl. ook de noot van De Hullu onder HR 3 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0739, NJ 1997, 576.

enig goed dat geheel of ten dele aan deze of aan een derde toebehoort, hetzij tot het aangaan van een schuld of het teniet doen van een inschuld, hetzij tot het ter beschikking stellen van gegevens. De strafbare handeling is in dit geval het bewegen van een ander tot afgifte van een goed door geweld of bedreiging met geweld. Ook over de betekenis van het bestanddeel afgifte geven de wet en de wetsgeschiedenis geen uitsluitel. Uit de rechtspraak volgt dat voor 'afgifte' vereist is dat enig goed door het slachtoffer uit handen wordt gegeven.¹⁴ Niet nodig is dat het goed in de macht van de verdachte komt.¹⁵ Ook ten aanzien van enerzijds wegnemen en anderzijds afgeven geldt dat de toestand die door de verdachte in het leven wordt geroepen gelijk is: de rechthebbende verliest de macht over zijn goed. De toegevoegde waarde van de aparte strafbaarstelling van afpersing lijkt dus beperkt.¹⁶ Er zijn echter wel verschillen. Zo heeft diefstal met geweld alleen betrekking op goederen, terwijl afpersing ook gepleegd kan worden ten aanzien van schulden, inschulden en gegevens.¹⁷ De diefstalbepaling is wat betreft het geweld en de bedreiging met geweld weer wat ruimer. Het geweld of de bedreiging daarmee mag voor, tijdens of na de diefstal hebben plaatsgevonden en mag voor verschillende doeleinden zijn aangewend. De afpersingsbepaling is beperkter en ziet slechts op geweld of bedreigingen daartoe om het dwingen tot afgifte kracht bij te zetten. Deze verschillen lijken echter geen rol te spelen bij de delicten die zich afspelen op de grens van diefstal met geweld en afpersing, zoals berovingen en overvallen.¹⁸ Een bepaling waar die grensgevallen allemaal onder zouden kunnen vallen zou aldus kunnen luiden:¹⁹

14 HR 21 februari 1938, *NJ* 1938/929.

15 HR 23 maart 1931, *NJ* 1932/1547.

16 Toch merkt Simons – overigens zonder argumenten – op dat het terecht is dat het misdrijf van afpersing van het misdrijf van diefstal is afgescheiden en in een andere titel is ondergebracht, vgl. Simons 1929, p. 151.

17 Met het oog op de vormen van afpersing die betrekking hebben op schulden en inschulden spreekt de wet van een oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling. Een oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening laat zich daarbij immers niet goed indenken. Inhoudelijk is echter geen verschil beoogd. Vgl. Smidt II 1891, p. 530-531 en Blok 1915, p. 389-390. Zie ook Simons 1929, p. 151-152.

18 Deze verschillen lijken voor de wetgever ook niet heel relevant te zijn geweest. Het onderscheid tussen art. 312 Sr en 317 Sr werd vooral gevonden in het onderscheid tussen het wegnemen en het dwingen tot afgeven, vgl. Smidt II 1891, p. 530.

19 Voor de helderheid merk ik op dat deze bepaling op zichzelf moet worden gelezen en niet als vervolg op de hiervoor gepresenteerde strafbepaling. Diefstal betekent hier dus gewoon diefstal als bedoeld in art. 310 Sr.

“1. Met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft diefstal voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld of bedreiging met geweld tegen personen, gepleegd met het oogmerk om die diefstal voor te bereiden of gemakkelijk te maken, of om, bij betrapping op heterdaad, aan zichzelf of andere deelnemers aan het misdrijf hetzij de vlucht mogelijk te maken, hetzij het bezit van het gestolene te verzekeren.

2. Onder diefstal wordt in deze bepaling mede verstaan dwingen hetzij tot de afgifte van enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort, hetzij tot het aangaan van een schuld of het teniet doen van een inschuld, hetzij tot het ter beschikking stellen van gegevens.”

De strafverzwarende omstandigheden roepen hier geen problemen op. Die zijn immers ingevolge art. 317, derde lid, Sr gelijk voor diefstal met geweld en afpersing. Tegen deze samenvoeging lijken minder bezwaren te bestaan dan tegen de samenvoeging van diefstal en verduistering. Aangezien de rechtspraak zich over het algemeen redt met zaken waarin zich grensproblemen voordoen en het niet zo lijkt dat het recht met betrekking tot de vermogensdelicten lacunes lijkt te vertonen, is er echter geen dringende noodzaak tot wetswijziging. Het ligt daarom meer voor de hand de huidige strafbaarstellingen te laten voor wat zij zijn en de overlappingsen die zich voordoen te accepteren. Een – in het hiernavolgende te bespreken – soepelere omgang met het strafprocesrecht kan bewerkstelligen dat problemen die zich toch voordoen bij tenlasteleggingen in grensgevallen niet fataal hoeven te zijn.

7.3.4 *Alternatieve bewezenverklaring en kwalificatie*

De problemen die kunnen ontstaan bij de vervolging van vermogensdelicten vinden niet alleen hun oorsprong in de wijze van strafbaar stellen. Ook ons procesrecht, in het bijzonder de in de art. 348 en 350 Sv vastgelegde grondslagleer en de manier waarop de Hoge Raad daarmee omgaat, speelt daarbij een rol. In het kort komt het grondslagstelsel erop neer dat de rechter tijdens het onderzoek ter terechtzitting, bij de beraadslaging in raadkamer en in zijn uitspraak is gebonden aan de tenlastelegging. Wat niet is ten laste gelegd, is niet aan de orde. Een primair-subsidiaire of een alternatieve tenlastelegging geeft de rechter iets meer ruimte, maar de Hoge Raad eist wel dat de rechter een keuze maakt tussen in de tenlastelegging opengelaten alternatieven als dat van belang is voor de strafrechtelijke betekenis van het bewezenverklaarde. Een alternatieve bewezenverklaring of kwalificatie is dus niet toegestaan. Dit kan tot problemen leiden als niet meer kan worden vastgesteld dan dat de verdachte in ieder geval een van de elkaar

uitsluitende feiten heeft begaan. Een nadere keuze is dan soms niet verantwoord. Het zou zuiver, maar erg onbevredigend zijn als de rechter in een dergelijk geval zou vrijspreken. Bevredigender is het als de rechter in een dergelijk geval, ondanks de twijfel, toch voor een van beide alternatieven kiest. De vraag is alleen of daarmee recht wordt gedaan. In dit onderzoek is niet het grondslagstelsel ter discussie gesteld. Het onderhavige onderzoek strekt zich slechts uit tot de vraag of binnen ons stelsel mogelijkheden tot versoepeling zijn, in het bijzonder in de vorm van een alternatieve bewezenverklaring en kwalificatie.

In hoofdstuk 6 is onderzoek gedaan naar de Duitse praktijk. In Duitsland kan de rechter komen tot een alternatieve veroordeling. Dit wordt een *Wahlfeststellung* genoemd. Als belangrijk argument vóór een *Wahlfeststellung* wordt in de Duitse literatuur genoemd dat het onacceptabel is een verdachte vrij te spreken als vaststaat dat hij bijvoorbeeld diefstal of verduistering heeft gepleegd en alleen niet kan worden vastgesteld welke van beide delicten hij precies heeft begaan. Dit wordt redelijk gevonden, opdat de dader van een misdrijf in een individueel geval niet profiteert van de gedifferentieerde manier waarop sociaal schadelijk gedrag is strafbaar gesteld. Noch het beginsel “*nullum crimen sine lege*” noch het beginsel “*in dubio pro reo*” staat hieraan in de weg. Een *Wahlfeststellung* – die wettelijk niet geregeld is en daarom enigszins omstreden is – is een uitzonderingsconstructie die alleen is toegestaan als een eenduidige veroordeling niet mogelijk is.

Een dergelijke oplossing zou ook in te passen zijn in het Nederlandse systeem. Dat kan wellicht zelfs zonder wetswijziging. Alternatieve tenlasteleggingen zijn toegestaan. De enige stap die gezet zou moeten worden, zou zijn dat de Hoge Raad de eis dat de rechter een keuze maakt tussen in de tenlastelegging opengelaten alternatieven tot op zekere hoogte loslaat. Daarbij kan aangeknoopt worden bij de voorwaarden die in het Duitse recht worden gesteld. Die voorwaarden zouden kunnen zijn:

- Een eenduidige feitenvaststelling is niet mogelijk en het staat vast dat de verdachte ofwel handeling a ofwel handeling b heeft gepleegd. Een feitelijke toedracht die tot straffeloosheid van de verdachte zou moeten leiden, is uitgesloten.
- De in aanmerking komende alternatieven zijn rechtsethisch en psychologisch vergelijkbaar. Op dit punt zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de leer omtrent ‘hetzelfde feit’ als bedoeld in art. 68 Sr, dat wil zeggen dat moet worden gekeken naar de juridische aard van de feiten en de gedragingen van de verdachte.

- In het vonnis komt de alternatieve bewezenverklaring tot uitdrukking, dat wil zeggen dat in de bewezenverklaring tussen de beide feiten het (alternatief) tenlastegelegde woordje ‘of’ blijft staan. De kwalificatie hoeft niet alternatief te zijn. Daar zou moeten worden gekozen voor de voor de verdachte meest gunstige bepaling. Bij de strafoplegging moet worden uitgegaan van de straf die op lichtste delict staat, met die kanttekening dat slechts straffen en maatregelen die voor beide feiten zijn toegestaan in aanmerking komen.

7.4 Eindconclusie

In dit onderzoek stond de vraag centraal of vastgehouden moet worden aan de gedifferentieerde strafbaarstelling van vermogensdelicten zoals die thans in het Wetboek van Strafrecht is te vinden. Het antwoord daarop luidt mijns inziens bevestigend. De problemen die er nu zijn, zijn te overzien. Ze zijn te hanteren door overlap tussen de vermogensdelicten te accepteren. De samenvoeging van bestaande delicten in nieuwe strafbaarstellingen brengt nieuwe en onvoorziene problemen met zich mee. Wel is het gelet op de processuele implicaties van de differentiatie raadzaam dat de Hoge Raad alternatieve bewezenverklaringen toestaat om onrechtvaardige vrij-spraken of onzuivere veroordelingen te voorkomen. Dat zou kunnen binnen het bestaande systeem.

SAMENVATTING

1. Inleiding

In dit boek is onderzoek gedaan naar het Nederlandse systeem van de vermogensdelicten. Het Nederlandse Wetboek van Strafrecht kent vele vermogensdelicten. In het kader van dit onderzoek worden daaronder in verband met de praktische uitvoerbaarheid slechts begrepen de delicten diefstal (met geweld), afpersing, verduistering en oplichting.

Aan de systematische vormgeving van de vermogensdelicten is tot nu toe nauwelijks aandacht besteed. De huidige, gedifferentieerde, vormgeving lijkt vanzelfsprekend. Het is echter de vraag welk (wezenlijk) belang de onderscheidingen vertegenwoordigen. De gedifferentieerde vormgeving van de vermogensdelicten kan tot allerlei problemen leiden.

In de eerste plaats leidt de gedifferentieerde vormgeving soms tot ingewikkelde tenlasteleggingen om zeker te stellen dat een veroordeling zal volgen. In de tweede plaats kunnen zich interpretatieproblemen voordoen. De vermogensdelicten bevatten bestanddelen waarvan het enige doel lijkt te zijn ze van een ander vermogensdelict te onderscheiden. Maar alle wettelijke bestanddelen moeten worden uitgelegd. Dat levert soms problemen op, met name bij grensgevallen. In de derde plaats kan de gedifferentieerde vormgeving van de vermogensdelicten leiden tot onterechte vrijspraken. Dit probleem doet zich in twee varianten voor. Het kan zo zijn dat een verdachte die zich wederrechtelijk heeft verrijkt, wordt vrijgesproken omdat het verkeerde delict is tenlastegelegd. Het kan ook zo zijn dat uit het bewijsmateriaal niet kan worden afgeleid hoe de verdachte zich heeft verrijkt. Voor een bewezenverklaring is nodig dat de wijze van verkrijgen vast komt te staan. De verkrijgingswijze is immers een onderscheidend bestanddeel van de verschillende vermogensdelicten. De officier van justitie kan in een dergelijk geval kiezen voor een alternatieve tenlastelegging. Niettemin zal de rechter uiteindelijk toch moeten kiezen. Als hij die keuze niet kan maken, zal hij strikt genomen moeten vrijspreken. Alternatieve bewezenverklaringen zijn niet toegestaan. In de vierde en laatste plaats kan een kloof ontstaan tussen de juridische en maatschappelijke werkelijkheid. Onterechte vrijspraken zullen aan burgers moeilijk zijn uit te leggen.

De hiervoor geschetste problemen leiden tot de volgende centrale onderzoeksvraag: "Dient, mede gelet op de processuele implicaties, te worden vastgehouden aan de thans in het Wetboek van Strafrecht vastgelegde gedifferentieerde strafbaarstelling van vermogensdelicten?" Deze centrale onderzoeksvraag valt uiteen in een aantal deelvragen, die in het navolgende worden besproken.

2. Samenvatting en voornaamste bevindingen

2.1 *Formeel en materieel omschreven delicten*

In de literatuur wordt wel aangenomen dat de vermogensdelicten formele delicten betreffen. Formele delicten zijn delicten waarin een handeling strafbaar is gesteld. Bij materiele delicten is voor strafbaarheid het veroorzaken van een bepaald gevolg vereist. In hoofdstuk 2 is onderzocht of de vergaande differentiatie in de vermogensdelicten geheel verklaard wordt door de keuze voor formele delictomschrijvingen of dat (daarnaast ook) andere factoren een rol spelen. Wat is, kortom, de ratio van de differentiatie?

Daartoe is stilgestaan bij de totstandkoming van de huidige vermogensdelicten. Voorts is aan de hand van literatuur stilgestaan bij het onderscheid tussen formeel en materieel omschreven delicten als zodanig. De wetsgeschiedenis geeft geen steun aan de stelling dat de vergaande differentiatie in de vermogensdelicten wordt verklaard door een systematische keuze voor formeel omschreven delictomschrijvingen, zo daar al sprake van is. De wetgever heeft er, op één uitzondering na, geen blijk van gegeven expliciet bij het onderscheid tussen formeel en materieel omschreven delicten stil te hebben gestaan. Ook blijkt uit de wetsgeschiedenis niet van een vooropgezette bedoeling de vermogensdelicten formeel te omschrijven.

Wel kan worden vastgesteld dat de wetgever voor differentiatie heeft gekozen en de verschillende vermogensdelicten scherp van elkaar heeft willen afgrenzen. Het verschil tussen de delicten is gelegen in de strafbaar gestelde handelingen. Bij diefstal is dat het wegnemen van een goed van een ander, bij verduistering het toe-eigenen van een goed dat men al onder zich heeft en bij afpersing en oplichting het bewegen tot afgifte van een goed. Wat de reden voor differentiatie is geweest, is niet heel helder. Uit de Notulen van de Commissie De Wal blijkt dat zij zich heeft laten inspireren door andere (binnenlandse en buitenlandse) wetgevingen. Wellicht is het meest

waarschijnlijk dat die wetgevingen de inspiratie hebben gevormd voor de gedifferentieerde strafbaarstellingen. Aan de differentiatie zouden dan vooral historische en praktische argumenten ten grondslag liggen. Simpel gezegd: het sloot aan bij de bestaande praktijk. Een noodzaak tot veranderen leek te ontbreken, het functioneerde allemaal wel. Het huidige systeem lag namelijk niet alleen verankerd in het juridisch bewustzijn, maar ook in de samenleving.

In het algemeen kan de vraag worden gesteld of wel kan worden gesproken over formele en materiële delicten, in die zin dat beide soorten delicten scherp van elkaar kunnen worden onderscheiden. Delicten kunnen zowel formele als materiële trekken hebben. Een goed voorbeeld daarvan geeft het delict diefstal. De Hoge Raad eist voor het (handelings) bestanddeel 'wegnemen' – dat diefstal onderscheidt van de andere genoemde vermogensdelicten – immers ook een gevolg, namelijk het verschaffen van de feitelijke heerschappij dan wel het onttrekken aan de feitelijke heerschappij van de rechthebbende.

2.2 *Vermogensdelicten in Nederland*

Uit de wetsgeschiedenis van de vermogensdelicten blijkt zoals gezegd dat de wetgever er groot belang aan hechtte de vermogensdelicten scherp van elkaar te onderscheiden. Het verschil tussen de delicten is gelegen in de strafbaar gestelde handelingen. In hoofdstuk 3 is de ontwikkeling van de vermogensdelicten geschetst. Hiertoe is de Nederlandse wet, literatuur en jurisprudentie vanuit een vooral historisch perspectief gezien. Daarbij is vooral aandacht besteed aan de onderscheidende bestanddelen van diefstal, afpersing, verduistering en oplichting. De deelvraag die daarbij aan de orde was, is wat er van het oorspronkelijk stelsel is overgebleven in de jurisprudentie en welke systeemvreemde elementen daarin zijn binnengeslopen.

In de literatuur wordt diefstal vaak genoemd als hét voorbeeld van een formeel delict. Dat is op zichzelf verdedigbaar want als men art. 310 Sr bekijkt, is daar een handeling strafbaar gesteld, namelijk het wegnemen van een goed van een ander. Toen het huidige Wetboek van Strafrecht net was ingevoerd werd wegnemen feitelijk uitgelegd en betekende wegnemen het verplaatsen van een goed. Bij die betekenis kon diefstal goed worden aangemerkt als een delict met formele trekken. In de rechtspraak werd het bestanddeel wegnemen al snel na de invoering van het Wetboek van Strafrecht vrij functioneel uitgelegd. Vereist werd dat de dader zich de feitelijke

heerschappij over het goed had verschaft of het goed aan de feitelijke heerschappij van de rechthebbende had onttrokken. Dat duidt niet zozeer op het verrichten van een handeling, maar meer op het veroorzaken van een gevolg. Dat is enigszins opmerkelijk, omdat de verschillende vermogensdelicten nu juist hun bestaansrecht lijken te ontleen aan hun grenzen, die dan weer verband houden met de verschillende handelingen die in die delicten zijn strafbaar gesteld. Ook het toe-eigenen van een goed dat men al onder zich heeft en afgeven hebben materiële trekken. Voor onder zich hebben in de zin van art. 321 Sr is een feitelijke machtsverhouding tot een goed niet steeds – of misschien beter: bijna nooit – voldoende. Van onder zich hebben is in ieder geval sprake als de goederen aan de verdachte zijn toevertrouwd, of als sprake is van enige rechtsverhouding waaruit noodzakelijk voortvloeit dat de verdachte de goederen onder zich heeft. Het onder zich hebben is op zichzelf niet als een handeling aan te merken, en al helemaal niet als een strafbare handeling. De strafbare handeling in art. 321 Sr is het toe-eigenen. Van toe-eigenen in de zin van art. 321 Sr is sprake indien een persoon zonder daartoe gerechtigd te zijn als heer en meester beschikt over een goed dat aan een ander toebehoort. Toe-eigenen is wel een handeling, maar het verrichten van die handeling brengt direct een gevolg met zich mee, namelijk dat degene die gerechtigd was als heer en meester over dat goed te beschikken daartoe niet meer in staat is. Hij is kortom, net als het slachtoffer van diefstal, zijn heerschappij over het goed kwijt. Voor afgifte geldt iets soortgelijks. Afgifte is een constitutief element van afpersing en oplichting. Niet de toegebrachte schade noch het enkele in dwaling brengen met het doel van benadeling is voldoende voor voltooiing van oplichting. Daarvoor is daadwerkelijke afgifte nodig, aldus reeds de Commissie De Wal tijdens haar beraadslagingen over de strafbaarstelling van oplichting. De Hoge Raad formuleert het aldus, dat voor afgifte is vereist dat het goed uit de macht van het slachtoffer raakt. Ook het slachtoffer van afpersing en oplichting raakt zijn goed dus kwijt. Zo bezien zouden ook verduistering, afpersing en oplichting als materiële delicten kunnen worden aangemerkt, of in ieder geval als delicten met materiële trekken.

Door de functionele uitleg die in de rechtspraak al snel na de invoering van het Wetboek van Strafrecht aan de vermogensdelicten werd gegeven, is de wens van de wetgever om de vermogensdelicten scherp van elkaar te onderscheiden naar de achtergrond verdwenen. Het valt op dat de te veroorzaken gevolgen van de onderscheidenlijke vermogensdelicten (deels) grote overeenkomsten vertonen. Het komt er in een groot deel van de gevallen op neer dat de dader zich de heerschappij over een goed heeft

verschafft en het goed daarmee aan de heerschappij van de rechthebbende heeft onttrokken. De grenzen tussen de verschillende vermogensdelicten zijn door deze ontwikkeling verschoven ofwel diffuus geworden, in die zin dat sprake is van een overlap tussen verschillende delicten. Deze verschoven grenzen en overlappingsen tussen de delicten zijn besproken in hoofdstuk 4. Daarmee is geprobeerd antwoord te vinden op de vraag of de grenzen tussen de vermogensdelicten aan het vervagen zijn.

De conclusie kan worden getrokken dat de grenzen tussen in de eerste plaats diefstal en afpersing en in de tweede plaats diefstal en oplichting in sommige zaken lijken te zijn verdwenen. De Hoge Raad legt de onderscheidende bestanddelen ruim uit en aanvaardt expliciet overlap. Ook tussen afpersing en oplichting zou overlap kunnen bestaan, maar op dat punt is te weinig jurisprudentie beschikbaar om stellige uitspraken te doen. Het enige delict dat nog steeds is afgegrensd van de andere vermogensdelicten, is verduistering. Het bestanddeel 'anders dan door misdrijf' staat aan overlap met andere delicten in de weg. Om de vraag die De Jong in zijn noot onder HR 19 april 2005, NJ 2007/386 opwerpt te beantwoorden: het is inderdaad een beetje een rommeltje geworden met de hantering door de Nederlandse strafrechter van de wettelijke omschrijvingen van de vermogensdelicten. De reden daarvoor lijkt te zijn dat de Hoge Raad geen problemen wil. De manier waarop de Hoge Raad omgaat met de vermogensdelicten lijkt echter niet voor (grote) moeilijkheden te zorgen. Complicaties lijken zich met name voor te doen bij de uitleg van het bestanddeel goed, maar dat is nu net een bestanddeel dat de vermogensdelicten al gemeen hebben.

2.3 *Vermogensdelicten in Engeland*

In hoofdstuk 5 is het Engelse (materiële) recht met betrekking tot vermogensdelicten, de law of theft en de law of fraud, aan de orde gekomen. Dit deel van het onderzoek had het doel handvatten te identificeren voor het beantwoorden van de vraag of een andere wetssystematiek een redelijk alternatief zou kunnen bieden. Er is gekozen voor het Engelse recht omdat het Engelse systeem anders is opgebouwd dan het onze en in de literatuur wordt aangenomen dat het Engelse theft meer omvat dan alleen diefstal. Ook wat wij verduistering noemen zou hieronder kunnen worden gebracht.

De Engelse geschiedenis van wetgeving met betrekking tot de vermogensdelicten laat een problematiek zien die frappante overeenkomsten vertoont met de problematiek in het Nederlandse systeem: beide landen

kennen in meer of mindere mate versnipperde, soms moeilijk te hanteren strafbaarstellingen, met leemtes en processuele problemen bij vervolging voor het verkeerde delict. In het Engelse systeem speelden die problemen vóór 1968, toen de law of larceny nog in werking was. De law of larceny kende vrij specifieke strafbepalingen. De belangrijkste problemen waren toen de moeilijkheid en complexiteit van de wet en de omstandigheid dat bepaalde vormen van oneerlijkheid niet strafbaar waren terwijl ze dat wel zouden moeten zijn. Het gevolg was dat het recht niet meer te hanteren was voor jury's en dat verdachten ten onrechte vrijuit gingen. De law of larceny werd te gebrekkig bevonden en het Engelse systeem van de vermogensdelicten is sinds 1968 daarom volledig herzien.

Het Engelse systeem van de vermogensdelicten is nu gebouwd rondom het zeer ruime delict theft. Het is echter niet zo dat de Engelsen met slechts één vermogensdelict toe kunnen. Andere belangrijke vermogensdelicten zijn robbery, blackmail, burglary en fraud. Grof gezegd komen deze strafbepalingen gezamenlijk overeen met de Nederlandse delicten diefstal, verduistering, afpersing en oplichting. Tussen de Engelse delicten bestaan geen scherpe scheidslijnen. Overlap werd vanaf de inwerking-treding voorzien. Ook in Engeland wordt het onderscheid tussen formele en materiële delicten kennelijk als een soort wetgevingstechniek gebruikt. Door delicten op een materiële manier te beschrijven ontstaan ruime delicten, die een lappendeken van strafbaarstellingen zoals waarvan onder de law of larceny sprake was voorkomen.

Bij vergelijking van het Engelse theft met het Nederlandse diefstal vallen een aantal dingen op. In de eerste plaats is opmerkelijk dat de delicten wat betreft hun bestanddelen niet erg uiteenlopen. Het is eigenlijk alleen het bestanddeel appropriation dat ruimer is dan het Nederlandse wegnemen. Het maakt dat ook wat wij verduistering noemen onder theft kan worden gebracht. Wat vervolgens opvalt, is dat de bestanddelen wegnemen en appropriation zich heel verschillend hebben ontwikkeld. Wegnemen in de Nederlandse diefstalbepaling moet inmiddels materieel worden uitgelegd. Om tot een bewezenverklaring van wegnemen te komen is een gevolg nodig, namelijk dat de verdachte zich de feitelijke heerschappij over een goed heeft verschaft of een goed heeft onttrokken aan de feitelijke heerschappij van een ander. Het subjectieve bestanddeel oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening heeft daardoor veel van zijn belang verloren. In Engeland heeft zich juist een tegengestelde beweging voorgedaan. Appropriation wordt zo ruim uitgelegd dat zo ongeveer iedere handeling ten

opzichte van een goed van een ander voldoet. Het is een puur feitelijke handeling geworden. Als gevolg daarvan is het delict ontzettend ruim geworden. Dat maakt dat veel gewicht toekomt aan het subjectieve bestanddeel dishonesty. Dieft is daarmee een delict met een vrij formele omschrijving geworden. Vergelijking van oplichting met fraud laat iets soortgelijks zien. Voor oplichting is afgifte van een goed door het slachtoffer vereist. Bij het Engelse fraud ligt de nadruk juist op het verboden gedrag en de intentie van de verdachte, en niet zozeer op de gevolgen.

Afgrenzingsproblemen in Engeland zijn beperkt tot theft en fraud. Door de opbouw van het Engelse systeem liggen andere afgrenzingsproblemen ook niet voor de hand. In grensgevallen ligt een vervolging voor fraud meer voor de hand dan een vervolging wegens theft. Het delict fraud is zo mogelijk nog ruimer dan theft en bovendien makkelijker te bewijzen.

De Engelse geschiedenis van wetgeving laat verschillende argumenten vóór ruime strafbaarstellingen zien. Ruime strafbaarstellingen zijn eenvoudig en effectief, in die zin dat veel ongewenst gedrag er onder valt. Burgers worden zo gezien goed beschermd. De ontwikkeling die het delict theft, meer in het bijzonder het bestanddeel appropriation, heeft doorgemaakt toont echter meteen een groot nadeel: ruime delicten kunnen ontzettend breed en vaag zijn, waardoor strafbaarheid afhankelijk is van een subjectief bestanddeel. In het kader van de rechtszekerheid lijkt dat geen goede zaak.

2.4 *Materieelrechtelijke veranderingen?*

Dit onderzoek heeft geen absolute noodzaak tot aanpassing van de vermogensdelicten aangetoond. Een algemeen vermogensdelict lijkt niet nodig en is gelet op de bezwaren die bestaan tegen algemene strafbaarstellingen ook niet direct wenselijk. Geïnspireerd door het Engelse recht, is wel bezien of samenvoeging van bepaalde onderdelen van de vermogensdelicten mogelijk is. Daarmee wordt met name bedoeld op diefstal en verduistering, delicten die in Engeland allebei onder theft vallen. Verder zouden diefstal met geweld en afpersing mogelijk kunnen worden samengevoegd. In Engeland vallen deze feiten onder het delict robbery.

Er is geprobeerd een strafbepaling te formuleren die zowel diefstal als verduistering omvat. Die zou mogelijk kunnen luiden:

“Hij die opzettelijk enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort wederrechtelijk zich toe-eigent, wordt, als schuldig aan diefstal, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie.”

Het lastige aan deze bepaling is dat afpersing en oplichting er ook onder lijken te vallen. Vanwege de overlap die door de Hoge Raad wordt aangevaard tussen diefstal (met geweld) en afpersing zou daarin een voordeel kunnen worden gezien. Afpersing is dan een gekwalificeerde vorm van diefstal. De verhouding tot oplichting is een stuk problematischer. Het strafmaximum verschilt niet, zodat de beperkende voorwaarden die art. 326 Sr thans stelt (uitlokkingsmiddelen) zinloos zijn als het gedrag sowieso diefstal oplevert. Gelet op het (beperkte) probleem waarvoor de samenvoeging van diefstal en verduistering de oplossing zou moeten zijn, lijkt het mij niet raadzaam deze in te voeren.

Voor diefstal met (bedreiging met) geweld en afpersing geldt dat deze delicten erg dicht bij elkaar kunnen liggen en dat het in bepaalde gevallen moeilijk is om vast te stellen welk delict zich heeft voorgedaan. Ten aanzien van de onderscheidende bestanddelen wegnemen en afgeven geldt dat de toestand die door de verdachte in het leven wordt geroepen gelijk is: de rechthebbende verliest de macht over zijn goed. De toegevoegde waarde van de aparte strafbaarstelling van afpersing lijkt dus beperkt. Er zijn echter wel verschillen tussen de delicten. Zo heeft diefstal met geweld alleen betrekking op goederen, terwijl afpersing ook gepleegd kan worden ten aanzien van schulden, inschulden en gegevens. De diefstalbepaling is wat betreft het geweld en de bedreiging met geweld weer wat ruimer. Deze verschillen lijken echter geen rol te spelen bij de delicten die zich afspelen op de grens van diefstal met geweld en afpersing, zoals berovingen en overvallen. Een bepaling waar die grensgevallen allemaal onder zouden kunnen vallen zou aldus kunnen luiden:

- “1. Met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft diefstal voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld of bedreiging met geweld tegen personen, gepleegd met het oogmerk om die diefstal voor te bereiden of gemakkelijk te maken, of om, bij betrapting op heterdaad, aan zichzelf of andere deelnemers aan het misdrijf hetzij de vlucht mogelijk te maken, hetzij het bezit van het gestolene te verzekeren.
2. Onder diefstal wordt in deze bepaling mede verstaan dwingen hetzij tot de afgifte van enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort, hetzij tot het aangaan van een schuld of het teniet doen van een inschuld, hetzij tot het ter beschikking stellen van gegevens.”

Tegen deze samenvoeging lijken minder bezwaren te bestaan dan tegen de samenvoeging van diefstal en verduistering. Aangezien de rechtspraak zich over het algemeen redt met zaken waarin zich grensproblemen voordoen en het niet zo lijkt dat het recht met betrekking tot de vermogensdelicten lacunes lijkt te vertonen, is er echter geen dringende noodzaak tot wetswijziging. Het ligt daarom meer voor de hand de huidige strafbaarstellingen te laten voor wat zij zijn en de overlappingen die zich voordoen te accepteren. Een – in het hiernavolgende te bespreken – soepelere omgang met het strafprocesrecht kan bewerkstelligen dat problemen die zich toch voordoen bij tenlasteleggingen in grensgevallen niet fataal hoeven te zijn.

2.5 *Alternatieve bewezenverklaring*

De problemen die kunnen ontstaan bij de vervolging van vermogensdelicten vinden niet alleen hun oorsprong in de wijze van strafbaar stellen. Ook ons procesrecht, in het bijzonder de in de art. 348 en 350 Sv vastgelegde grondslagleer en de manier waarop de Hoge Raad daarmee omgaat, speelt daarbij een rol. In het kort komt het grondslagstelsel erop neer dat de rechter tijdens het onderzoek ter terechtzitting, bij de beraadslaging in raadkamer en in zijn uitspraak is gebonden aan de tenlastelegging. Wat niet is ten laste gelegd, is niet aan de orde. Een primair-subsidiaire of een alternatieve tenlastelegging geeft de rechter iets meer ruimte, maar de Hoge Raad eist wel dat de rechter een keuze maakt tussen in de tenlastelegging opengelaten alternatieven als dat van belang is voor de strafrechtelijke betekenis van het bewezenverklaarde. Een alternatieve bewezenverklaring of kwalificatie is dus niet toegestaan. Dit kan tot problemen leiden als niet meer kan worden vastgesteld dan dat de verdachte in ieder geval een van de elkaar uitsluitende feiten heeft begaan. Een nadere keuze is dan soms niet verantwoord. Het zou zuiver, maar erg onbevredigend zijn als de rechter in een dergelijk geval zou vrijspreken. Bevredigender is het als de rechter in een dergelijk geval, ondanks de twijfel, toch voor een van beide alternatieven kiest. De vraag is alleen of daarmee recht wordt gedaan. In dit onderzoek is niet het grondslagstelsel ter discussie gesteld. Het onderhavige onderzoek strekt zich slechts uit tot de vraag of binnen ons stelsel mogelijkheden tot versoepeling zijn, in het bijzonder in de vorm van een alternatieve bewezenverklaring en kwalificatie.

In hoofdstuk 6 is onderzoek gedaan naar de Duitse praktijk. In Duitsland kan de rechter komen tot een alternatieve veroordeling. Dit wordt een *Wahlfeststellung* genoemd. Als belangrijk argument vóór een *Wahlfeststellung* wordt in de Duitse literatuur genoemd dat het onacceptabel is een

verdachte vrij te spreken als vaststaat dat hij bijvoorbeeld diefstal of verduistering heeft gepleegd en alleen niet kan worden vastgesteld welke van beide delicten hij precies heeft begaan. Dit wordt redelijk gevonden, opdat de dader van een misdrijf in een individueel geval niet profiteert van de gedifferentieerde manier waarop sociaal schadelijk gedrag is strafbaar gesteld. Noch het beginsel “nullum crimen sine lege” noch het beginsel “in dubio pro reo” staat hieraan in de weg. Een Wahlfestellung – die wettelijk niet geregeld is en daarom enigszins omstreden is – is een uitzonderingsconstructie die alleen is toegestaan als een eenduidige veroordeling niet mogelijk is.

Een dergelijke oplossing zou ook in te passen zijn in het Nederlandse systeem. Dat kan wellicht zelfs zonder wetswijziging. Alternatieve tenlasteleggingen zijn toegestaan. De enige stap die gezet zou moeten worden, zou zijn dat de Hoge Raad de eis dat de rechter een keuze maakt tussen in de tenlastelegging opengelaten alternatieven tot op zekere hoogte loslaat. Daarbij kan aangeknoopt worden bij de voorwaarden die in het Duitse recht worden gesteld. Die voorwaarden zouden kunnen zijn:

- Een eenduidige feitenvaststelling is niet mogelijk en het staat vast dat de verdachte ofwel handeling a ofwel handeling b heeft gepleegd. Een feitelijke toedracht die tot straffeloosheid van de verdachte zou moeten leiden, is uitgesloten.
- De in aanmerking komende alternatieven zijn rechtsethisch en psychologisch vergelijkbaar. Op dit punt zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de leer omtrent ‘hetzelfde feit’ als bedoeld in art. 68 Sr, dat wil zeggen dat moet worden gekeken naar de juridische aard van de feiten en de gedragingen van de verdachte.
- In het vonnis komt de alternatieve bewezenverklaring tot uitdrukking, dat wil zeggen dat in de bewezenverklaring tussen de beide feiten het (alternatief) tenlastegelegde woordje ‘of’ blijft staan. De kwalificatie hoeft niet alternatief te zijn. Daar zou moeten worden gekozen voor de voor de verdachte meest gunstige bepaling. Bij de strafoplegging moet worden uitgegaan van de straf die op lichtste delict staat, met die kanttekening dat slechts straffen en maatregelen die voor beide feiten zijn toegestaan in aanmerking komen.

3. Eindconclusie

In dit onderzoek stond de vraag centraal of vastgehouden moet worden aan de gedifferentieerde strafbaarstelling van vermogensdelicten zoals die thans in het Wetboek van Strafrecht is te vinden. Het antwoord daarop luidt mijns inziens bevestigend. De problemen die er nu zijn, zijn te overzien. Ze zijn te hanteren door overlap tussen de vermogensdelicten te accepteren. De samenvoeging van bestaande delicten in nieuwe strafbaarstellingen brengt nieuwe en onvoorziene problemen met zich mee. Wel is het gelet op de processuele implicaties van de differentiatie raadzaam dat de Hoge Raad alternatieve bewezenverklaringen toestaat om onrechtvaardige vrijspraken of onzuivere veroordelingen te voorkomen. Dat zou kunnen binnen het bestaande systeem.

ENGLISH SUMMARY

The System of Offences against Property. Reason for Change?

1 Introduction

This book covers the research on the Dutch system of offences against property. The Dutch Criminal Code contains many offences against property. For the purpose of practical feasibility, this research only includes the offences of *diefstal* (theft), *diefstal met geweld* (theft with violence), *afpersing* (extortion), *verduistering* (embezzlement), and *oplichting* (fraud).

So far, hardly any attention has been paid to the design of the system of offences against property. The current, differentiated design seems obvious. It is, however, the question which (material) importance can be attached to the distinctions. The differentiated design of the offences against property may pose a variety of problems.

Firstly, the differentiated design sometimes results in complicated charges to ensure conviction. Secondly, problems of interpretation may occur. The offences against property contain elements, the sole purpose of which seems to be to distinguish them from other offences against property. However, all statutory elements must be interpreted. This sometimes poses problems, in particular in cases of overlap. Thirdly, the differentiated design of the offences against property may result in unjust acquittals. This problem may occur in two varieties. It may be the case that the defendant who has unjustly enriched himself is acquitted because he was charged of the wrong offence. It may also be the case that it cannot be concluded from the evidence how the defendant has enriched himself. For the court to be able to conclude that the charges have been proved it is necessary that the method of acquisition has been established, as the method of acquisition is a distinctive element of the different offences against property. In such a case, the public prosecutor may opt for an alternative charge. Nevertheless, the court will have to make a choice in the end. If it is unable to make that choice, strictly speaking, it will have to acquit the defendant. Alternative conclusions that the charges have been proved are not permitted. Fourthly, and finally, a gap may grow between legal and social reality. It will be difficult to explain unjust acquittals to the public.

The problems outlined above result in the following central research question: “Also in view of the procedural implications, should the differentiated criminalisation of offences against property currently laid down in the Dutch Criminal Code be maintained?” This central research question can be broken down into several sub-questions, which will be discussed below.

2 Summary and Main Results

2.1 Conduct Offences and Result Offences

In the literature, it is assumed that offences against property are conduct offences. Conduct offences are offences in which an act has been criminalized. Criminal liability for result offences requires that a specific consequence be brought about. Chapter 2 addresses the question of whether the extensive differentiation in the offences against property can be explained entirely by the choice for describing the offences as conduct offences or that – in addition to this – other factors also play a role. In brief, what is the rationale behind the differentiation?

For this purpose, the drafting process of the current offences against property has been considered. Furthermore, the distinction between conduct offences and result offences as such has been considered on the basis of the literature. Legislative history does not support the thesis that extensive differentiation in the offences against property is explained by a systematic choice for the description of the offences against property as conduct offences, to the extent that this is indeed the case. Barring one exception, the legislature did not show to have explicitly considered the distinction between conduct offences and result offences. Nor does legislative history show a preconceived intention to describe offences against property as conduct offences.

It can be established, however, that the legislature chose for differentiation and that it intended to clearly delineate the different offences against property. The difference between the offences can be found in the criminalised acts. In respect of *diefstal* it is the *wegnemen* (taking) of property of another, in respect of *verduistering* it is the appropriation of property which a person already *onder zich heeft* (in one’s possession), and in respect of *afpersing* and *oplichting* it is the inducement to *afgifte* (surrender) of property. What the reason for the differentiation was is not very clear. The Minutes of the De Wal Committee show that it was inspired by other (national and international) legislations. It is perhaps most likely that those

legislations provided the inspiration for the differentiated criminalisations. In that case, the differentiation would be based, in particular, on historical and practical arguments. Simply put: it was in alignment with the existing practice. There seemed to be no necessity to change, everything was functioning just fine. After all, not only was the current system enshrined in legal awareness, but also in society.

In general, the question may be raised whether it is even possible to speak of conduct offences and result offences, in the sense that the two types of offences can be clearly distinguished from one another. Offences can have features of conduct offences as well as of result offences. A good example is given by the offence of *diefstal*. With regard to the (conduct) element of *wegnemen* – which is the element that distinguishes *diefstal* from the other offences against property mentioned above – the Supreme Court of the Netherlands also requires a consequence, i.e. obtaining actual control to or withdrawing actual control from the person having title.

2.2 Offences against Property in the Netherlands

Legislative history of the offences against property shows, as stated above, that the legislature attached great importance to distinguish clearly among the offences against property. The difference among the offences can be found in the acts that have been criminalised. Chapter 3 outlines the development of the offences against property. For this purpose, Dutch legislation, the literature, and case law have been reviewed, in particular, from a historical perspective, with particular attention being paid to the distinguishing elements of *diefstal*, *afpersing*, *verduistering*, and *oplichting*. The sub-question in this context was which elements from the original system had been upheld in case law and which elements had crept in that were foreign to the system.

In the literature, *diefstal* is often given as the very example of a conduct offence. This is defensible in itself, for when looking at Section 310 of the Dutch Criminal Code, an act has been criminalized there, namely the *wegnemen* of property of another. When the current Criminal Code had just been implemented, *wegnemen* was interpreted factually and *wegnemen* meant moving property. In that meaning, *diefstal* could well be regarded as an offence with features of a conduct offence. Soon after the implementation of the Criminal Code, the element of *wegnemen* was interpreted quite functionally. It was required that the offender had taken actual control over the property or had withdrawn the property from the actual control of the person having title. This does not point to the performance of an

act, but more to bringing about a consequence. That is rather remarkable, because the different offences against property seem to derive their existence from their boundaries, which – in their turn – are connected with the different acts criminalised in those offences. Appropriation of property which a person already *onder zich heeft* and *afgeven* also have features of result offences. For *onder zich hebben* within the meaning of Section 321 of the Dutch Criminal Code, the actual relationship to the property is not always – or perhaps better: hardly ever – sufficient. It is a matter of *onder zich hebben* if the property has been entrusted to the defendant or if a legal relationship exists from which it necessarily follows that the defendant has the property *onder zich*. *Onder zich hebben* in itself cannot be regarded as an act, and not at all as a punishable act. The punishable act in Section 321 of the Dutch Criminal Code is appropriation. An act qualifies as appropriation within the meaning of Section 321 of the Dutch Criminal Code if a person has taken possession of property belonging to another without being entitled to do so. Appropriation is an act, but the performance of that act results immediately in a consequence, i.e. that the person entitled to dispose of that property is no longer able to do so. In brief, just like the victim of *diefstal*, he has lost control over the property. Something similar applies to *afgifte*. *Afgifte* is a constituent element of *afpersing* and *oplichting*. Neither the damage inflicted, nor the mere deceiving with the intention to disadvantage a person is sufficient for the completion of *oplichting*. This actually requires *afgifte*, as De Wal Committee already stated during its deliberations on the criminalisation of *oplichting*. The Supreme Court of the Netherlands formulates it as follows: *afgifte* requires the property to be taken out of the control of the victim. So, also the victim of *afpersing* and *oplichting* loses his property. Seen in this perspective, *verduistering*, *afpersing* and *oplichting* could also be regarded as result offences, or at least as offences with features of result offences.

As a result of the functional interpretation provided for offences against property in case law soon after the implementation of the Dutch Criminal Code, the wish of the legislature to clearly distinguish among the offences against property faded into the background. An aspect that stands out is that the consequences of the respective offences against property to be brought about show great similarities, at least partially. In a large number of cases this means in essence that the offender had taken control over property and – as a result of this – withdrew the property from the control of the person entitled to the property. This development has caused the boundaries between the different offences against property to shift or become diffuse, in the sense that there is currently an overlap between the various offences. The shifting of these boundaries and overlaps between the offences

is discussed in Chapter 4. In doing so, an attempt has been made to answer the question whether the boundaries between the offences against property are fading.

The conclusion may be drawn that the boundaries between, in the first place, *diefstal* and *afpersing* and, in the second place, *diefstal* and *oplichting* appear to have disappeared in some cases. The Supreme Court of the Netherlands has interpreted the distinguishing elements broadly and has explicitly accepted overlap. An overlap could also exist between *afpersing* and *oplichting*, but hardly any case law exists on this point to be able to make clear statements. The only offence that is clearly defined differently from the other offences against property is *verduistering*. The element 'other than through a crime' prevents overlap with other offences. In order to answer the question raised by De Jong in his commentary on a decision of the Supreme Court of the Netherlands (HR 19 April 2005, NJ 2007/386): it is true, the Dutch criminal courts have been a bit careless in the application of the statutory descriptions of the offences against property. The reason for this seems to be that the Supreme Court of the Netherlands does not want any problems. The manner in which the Supreme Court of the Netherlands deals with the offences against property does not seem to cause any problems, at least no major problems. Any complications appear to arise mainly from the interpretation of the element of property, but that is exactly an element that the offences against property have in common.

2.3 Offences against Property in England

Chapter 5 deals with English law (i.e. substantive law) pertaining to offences against property, the law of theft and the law of fraud. The purpose of this part of the research was to identify points of reference for answering the question of whether a different legal methodology could provide a reasonable alternative. The English law system was chosen because the English system is built differently from the Dutch system, and in the literature it is assumed that English 'theft' is broader than *diefstal* alone. What we call *verduistering* could also be brought under the heading of theft.

English legislative history regarding the offences against property shows problems that are strikingly similar to those in the Dutch system: both countries must deal with criminalisations that have been fragmented to a greater or lesser extent and are difficult to apply, with loopholes, and with procedural problems with prosecution for the wrong offence. In the English system, those problems occurred before 1968, when the law of larceny was still in force. The law of larceny contained rather specific penal provisions.

At the time, the most important problems were the difficulty and complexity of the law and the situation that specific forms of dishonesty were not punishable whereas they should have been. The result was that the law could no longer be applied by juries and that defendants were unjustly acquitted. The law of larceny was considered to be too inadequate and, therefore, the English system of offences against property has been revised fully since 1968.

The English system of offences against property is currently built around the very broad offence of theft. It is, however, not the case that only one offence against property suffices for the English. Other important offences against property are: robbery, blackmail, burglary, and fraud. Roughly speaking, together these penal provisions correspond with the Dutch offences of *diefstal* (with violence), *verduistering*, *afpersing*, and *oplichting*. There are no clear dividing lines among the English offences. Overlap has been anticipated since the revised system entered into force. In England, the distinction between conduct offences and criminal offences is apparently also used as a type of legislative technique. Describing offences as result offences results in broad offences, which prevents a patchwork of criminalisations such as was the case under the law of larceny.

When comparing English 'theft' with the Dutch *diefstal*, there are several aspects that stand out. Firstly, it is remarkable that the offences do not vary widely as regards their elements. Actually, it is only the English element of appropriation that is broader than the Dutch *wegnemen*. This results in the fact that what we call *verduistering* can also be included under theft. Another aspect that stands out is that the elements of *wegnemen* and appropriation have developed very differently. By now, *wegnemen* in the Dutch provision of *diefstal* has been interpreted as an element of a result offence. The element of *wegnemen* requires that a consequence is proved, i.e. that the defendant has taken actual control over the property or has withdrawn property from the actual control of another. As a result of this, the subjective element of intention of unlawful appropriation has lost much of its importance. In England, the opposite development can be seen. Appropriation is interpreted to such a broad extent, that nearly every act regarding property of another suffices. It has become a purely factual act. As a result of this, the offence has become extremely broad. This has resulted in much weight being attached to the subjective element of dishonesty. As a result of this, theft has become an offence with a description that is quite similar to that of a conduct offence. The comparison of *oplichting* with fraud shows something similar. The element of *oplichting* requires

afgifte of property by the victim. With the English fraud, the emphasis is more on the prohibited conduct and the intention of the defendant, and not so much so on the consequences.

In England, delineation problems are limited to theft and fraud. As a result of the structure of the English, delineation problems are less obvious. In cases of overlap, prosecution for fraud is more obvious than prosecution for theft. As far as possible, the offence of fraud is even broader than theft and it is furthermore easier to prove.

English legislative history shows various arguments in favour of broad criminalisations. Broad criminalisations are easy and effective, in the sense that many undesirable forms of conduct are included. Seen in this perspective, the public is well protected. However, the development of the offence of theft, and more in particular the element of appropriation, immediately shows a major disadvantage: broad offences may be extremely broad and vague, as a result of which criminal liability depends on a subjective element. For the purpose of legal certainty, this seems not a good thing.

2.4 Substantive Amendments?

This research has not shown an absolute necessity to amend the offences against property. A general offence against property does not seem necessary and, considering the objections to general criminalisations, not immediately desirable either. Inspired by English law, it was considered whether it is possible to join specific elements of the offences against property. In this context, reference is made, in particular, to the offences of *diefstal* and *verduistering*, offences which both come under the offence of theft in England. In addition, *diefstal* with violence and *afpersing* could possibly be joined. In England, these offences fall under the scope of the offence of robbery.

An attempt has been made to formulate a penal provision that includes both *diefstal* and *verduistering*. This could possibly be formulated as follows:

“Any person who intentionally appropriates any property belonging in whole or in part to another person shall be guilty of *diefstal*, and shall be liable to a term of imprisonment not exceeding four years or a fine of the fifth category.”

The difficulty with this provision is that *afpersing* and *oplichting* also seem to fall under this scope. Due to the overlap between *diefstal* (with violence) and *afpersing* accepted by the Supreme Court of the Netherlands, this could be considered an advantage. *Afpersing* will then be an aggravated form of *diefstal*. The relationship to *oplichting* is much more problematic. The maximum sentence does not differ, so that the restrictive conditions currently stipulated in Section 326 of the Dutch Criminal Code (means of provocation) are useless as the conduct constitutes *diefstal* anyhow. Considering the (in this case limited) problem for which the joining of the offences of *diefstal* and *verduistering* should be the solution, I do not think it advisable to implement it.

The offences of *diefstal*, with violence or with the threat of violence, and *afpersing* may be quite similar, as a result of which it is sometimes difficult to establish which offence has been committed. The situation that is created by the defendant with regard to the distinguishing elements of *wegnemen* and *afgeven* is the same: the person entitled to the property loses control over it. The added value of making *afpersing* a separate offence consequently seems limited. However, there are differences between the two offences. The offence of *diefstal* with violence, for example, only relates to property, whereas *afpersing* may also be committed with regard to debts, claims, and data. The provision for *diefstal* is somewhat broader with regard to the violence and the threat of violence. However, these differences appear not to be playing a role in offences committed at the interface of *diefstal* with violence and *afpersing*, such as robbery and muggings. A provision that could include those cases of overlap could be formulated as follows:

- “1. *Diefstal* preceded, accompanied or followed by an act of violence or the threat of violence against persons, committed with the intention to prepare or facilitate that *diefstal* or, in the event of being caught in the act, to secure for himself or the other participants in that offence either escape or possession of the stolen property, shall be liable to a term of imprisonment not exceeding nine years or a fine of the fifth category.
2. For the purpose of this provision, ‘*diefstal*’ shall also mean force a person to either surrender any property belonging in whole or in part to another person, or to enter into a debt or to discharge an outstanding claim, or to make data available.”

There appear to be fewer objections to this joining than the joining of *diefstal* and *verduistering*. As legal practice is generally able to deal with cases of overlap, and law pertaining to offences against property does not appear

to have any loopholes, there is no urgent necessity for legislative amendments. It is therefore more obvious to let the current criminalisations be and to accept the overlaps. A more liberal attitude to dealing with criminal procedure – to be discussed below – could ensure that any problems arising from the charges in cases of overlap do not necessarily need to be fatal.

2.5 *Alternative Conclusions that the Charges Have Been Proved*

The problems that may arise from prosecution of offences against property do not originate only in the manner of criminalization. In this context, also Dutch procedural law, in particular the *grondslagleer* (doctrine of legal basis) laid down in Sections 348 and 350 of the Dutch Code of Criminal Procedure, and the manner in which the Supreme Court of the Netherlands has dealt with this have played a role. The essence of the system of legal basis is that the court is bound by the charges, during the court hearing, in the deliberations in chambers, and in its judgment. The offences not charged are not under discussion. A principal, secondary or alternative charge allows more scope for the court, but the Supreme Court of the Netherlands still requires the court to make a choice among the alternatives provided in the charges if this is important to the meaning of the proven facts under criminal law. An alternative conclusion that the charges have been proved or qualification is consequently not permitted. This may lead to problems if it is not possible to establish more than that the defendant has committed in any case one of the mutually excluding offences. A more detailed choice is sometimes not justified in that case. It would be accurate, but very unsatisfactory, if the court were to acquit the defendant in such a case. It would be more satisfactory in such a case if the court, despite the doubt, still chooses one of the two alternatives. The question is, however, whether justice is done in doing so. In this research, it was not the system of legal basis that was called into question. The present research pertains only to the question of whether there are possibilities for relaxation within this system, in particular in the form of an alternative conclusion that the charges have been proved and qualification.

Chapter 6 pays attention to research on the German practice. In Germany, it is possible for the court to arrive at an alternative conviction. This is referred to as a *Wahlfeststellung*. German literature states as an important argument in favour of a *Wahlfeststellung* that it is unacceptable to acquit a defendant if it has been established that, for instance, he has committed either *diefstal* or *verduistering*, but that it cannot be established which of the two offences he actually committed. This is considered reasonable, to ensure that the perpetrator in an individual case does not benefit

from the differentiated manner in which socially harmful conduct has been criminalised. Neither the principle of *nullum crimen sine lege* nor the principle of *in dubio pro reo* prevents this. A *Wahlfeststellung* – which has not been provided for by law and is therefore slightly controversial – is an exception construct that is only permitted if unequivocal conviction is not possible.

Such a solution would also be in keeping with the Dutch system. This may even be possible without legislative amendment. Alternative charges are permitted. The only step to be taken would be that the Supreme Court of the Netherlands to some extent abandons the requirement that the court must make a choice among the alternatives charges. For this purpose, the conditions set in German law could be considered. Those conditions could be as follows:

- An unequivocal establishment of facts is not possible and it has been established that the defendant has committed either act (a) or act (b). It has been ruled out that actual circumstances exist which should result in impunity of the defendant.
- The alternatives to be considered are comparable from a legal ethical and psychological point of view. In this respect, alignment could be sought with the doctrine of ‘the same offence’ as referred to in Section 68 of the Dutch Criminal Code, which means that the court must consider the judicial nature of the offences and the conduct of the defendant.
- The alternative conclusion that the charges have been proved must be reflected in the judgment, i.e. that the word ‘or’ must remain between both alternative charges in the declaration that the charges have been proved. The qualification need not be alternative. In this context, the court should choose for the most favourable provision for the defendant. Sentencing should be limited to the punishment imposed on the least serious offence, noting that only punishments and non-punitive orders permitted to both offences qualify.

3 Final Conclusion

This research focused on the question of whether differentiated criminalisation of offences against property as currently laid down in the Dutch Criminal Code should be maintained. The answer to this question is, in my opinion, affirmative. The current problems are clear. They can be dealt with

by accepting the overlap among the offences against property. Joining existing offences in new criminalisations will pose new and unforeseen problems. It is, however, recommended that the Supreme Court of the Netherlands allows alternative conclusions that charges have been proved to prevent unjust acquittals or inaccurate convictions. This could be done within the existing system.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

André de la Porte 1976

E. André de la Porte, *De telastelegging in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1976

Baumann/Weber/Mitsch 2003

J. Baumann, U. Weber en W. Mitsch, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bielefeld: Giesecking E.U.W. 2003

Van Bemmelen 1965

J.M. van Bemmelen, *Ons Strafrecht I*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1965

Van Bemmelen 1979

J.M. van Bemmelen, *Ons Strafrecht I*, Alphen aan den Rijn: H.D.J. Tjeenk Willink 1979

Van Bemmelen & Van Hattum 1954

J.M. van Bemmelen en W.F.C. van Hattum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht, Deel II, Bijzondere delicten*, Arnhem: Gouda Quint-D. Brouwer en zoon/'s-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1954

Van Bemmelen/Van Veen 1990

J.M. van Bemmelen, *Ons strafrecht III; het materiële strafrecht: bijzondere delicten*, bewerkt door Th.W. van Veen, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1990

Van Bemmelen & Van Veen/De Jong & Knigge 2003

J.M. van Bemmelen en Th.W. van Veen, *Ons strafrecht I; het materiële strafrecht*, bewerkt door D.H. de Jong en G. Knigge, Deventer: Kluwer 2003

Bentfort van Valkenburg 1911

J. Bentfort van Valkenburg, *Art. 326 Wetboek van Strafrecht beschouwd in het licht der practijk* (diss. Leiden), 1911

Beulke 2016

W. Beulke, *Strafprozessrecht*, Heidelberg: C.F. Müller 2016

Blackstone 2013

A. Hooper en D. Ormerod (red.), *Blackstone's Criminal Practice 2013*, Oxford: OUP 2012

Blok 1915

A.J. Blok, 'Onder zich hebben, wegnemen, zich toeëigenen', *Tijdschrift voor Strafrecht* XXVI (1915), p. 355-435

Boksem 1996

J. Boksem, *Op den grondslag der telastlegging* (diss. Groningen), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996

Bosch 1965

A.G. Bosch, *Het ontstaan van het wetboek van strafrecht* (diss. Leiden), Zwolle: N.V. Uitgeversmaatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1965

Brunner 2012

R. Brunner, *Abschlussverfügung der Staatsanwaltschaft: Eine Anleitung für Klausur und Praxis*, München: Vahlen 2012

CLRC 1966

Criminal Law Revision Committee, Eighth Report, *Theft and Related Offences*, 1966, Cmnd. 2977

Cluysenaer 1939

J.L.H. Cluysenaer, *Daderschap* (diss. Groningen), Groningen: N.V. Erven B. van der Kamp 1939

Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering 2015

Kamerstukken 2015-2016, 29 279, nr. 278

Corstens/Borgers 2014

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers, Deventer: Kluwer 2014

Cnopius 1913

A.A. Cnopius, 'De stijl der dagvaardingen', *Tijdschrift voor Strafrecht* XXIV (1913), p. 14-28

Cremers 1904

P.F.A. Cremers, Diefstal of oplichting, *Tijdschrift voor Strafrecht* XVI (1904), p. 145-152

Demeersseman 1985

H.A. Demeersseman, *De autonomie van het materiële strafrecht* (diss. Amsterdam VU), Arnhem: Gouda Quint BV 1985

Van Dorst 1974

A.J.A. van Dorst, 'Enkele kanttekeningen bij het electriciteitsarrest', *Ars Aequi* 1974, p. 372-376

Duisterwinkel 1948

G. Duisterwinkel, *Enige aspecten van het misdrijf oplichting naar Nederlands recht* (diss. Groningen), Groningen: Jan Haan 1948

Van Eck 1947

D. van Eck, *Causaliteit en aansprakelijkheid voor gevolgen in het strafrecht – deel I* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Dekker & Van de Vegt 1947

Enschedé 1971

Ch.J. Enschedé, *Iets over bijzondere delicten in het algemeen, met speciale aandacht voor vermogensdelicten* (cahier van het seminarium 'van Hamel'), Amsterdam: University Press Amsterdam 1971

Gewin 1907

B. Gewin, *Beginselen van strafrecht*, Leiden: E.J. Brill 1907

Griew 1995

E. Griew, *The Theft Acts*, Londen: Sweet & Maxwell 1995

De Grooth 1921

G. de Grooth, De beteekenis van "wegnemen" in art. 310 W.v.S., *Tijdschrift voor Strafrecht* XXXI (1921), p. 129-147

Van Hamel 1913

G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn/'s-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1913

Harteveld 2001

A.E. Harteveld, 'Positie OM in relatie tot het onderzoek ter terechtzitting; de tenlastelegging als grondslag voor het strafproces', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter terechtzitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint, 2001, p. 179-194

Den Hartog & De With 2002

J.D. den Hartog en N.S. de With, 'Vermogensdelicten: te ingewikkeld geregeld?', *DD* 2002, p. 855-879

Heinrich 2014

B. Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Stuttgart: Kohlhammer 2014

Horder 2016

J. Horder, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, Oxford: University Press 2016

Van den Hout 1993

P.J. van den Hout, *Oplichting: knooppunt van valsheid en bedrog* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1993

De Hullu 2015

J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015

De Jong 1981

D.H. de Jong, *De macht van de telastelegging in het strafproces* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1981

De Jong 1996

D.H. de Jong, 'Vermogensdelicten; klassieke delictomschrijvingen en moderne interpretatie', *DD* 1996, p. 847-850

Law Com No 276

The Law Commission, *Fraud*, 2002

Knigge 1994

G. Knigge, 'Strafvordering in het geding', in: *Herbezinning op (de grondslagen van) het Wetboek van Strafvordering* (Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging 1994-I), Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 37-116

Knigge/Wolswijk 2015

G. Knigge en H.D. Wolswijk, *Ons strafrecht I; het materiële strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015

Kruse 2008

C. Kruse, 'Wahlfeststellung in Gutachten, Strafurteil und Anklageschrift', *JURA* 2008, 173.

Kühne 2015

H.H. Kühne, *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, Heidelberg: C.F. Müller 2015

Lindenberg 2007

K. Lindenberg, *Strafbare dwang. Over het bestanddeel 'dwingen' en strafbaarstellingen van dwang, in het bijzonder art. 284 Sr* (diss. Groningen), Apeldoorn: Maklu 2007

Mevis 2013

P.A.M. Mevis, 'Versterking van het 'piep'-systeem; tijd om te 'piepen'? Enige opmerkingen over de inrichting van de cassatierechtspraak naar aanleiding van de wet tot 'versterking' daarvan', *DD* 2013, p. 79-94

Commissie Moons 1993

G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking Strafvordering 1993*, Arnhem: Gouda Quint 1993

Mulder 1980

G.E. Mulder, 'Causaliteit in het strafrecht', in: V.H. Davelaar-Van Tongeren, N. Keijzer, U. van der Pol e.a. (red.), *Strafrecht in perspectief*, Arnhem: Gouda Quint 1980

Notulen Staatscommissie

A.J.A. van Dorst e.a. (red.), *Staatscommissie voor de zamenstelling van een Wetboek van Strafrecht '1870/1876'*, Tilburg: Sectie Strafrecht Katholieke Hogeschool Tilburg 1976

Noyon-Langemeijer 1954

T.J. Noyon, *Het Wetboek van Strafrecht – deel 2*, bewerkt door G.E. Langemeijer, Arnhem: Gouda Quint 1954

Noyon-Langemeijer/Remmelink

J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J. Machielse in: T.J. Noyon, G.E. Langemeijer & J. Remmelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer (online)

Het onderzoek ter terechtzitting, discussiestuk 2014

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2014/06/06/het-onderzoek-ter-terechtzitting-discussiestuk>

Ormerod & Williams 2007

D. Ormerod & D.W. Williams, *Smith's Law of Theft*, Oxford: University Press 2007

Polak 1942

J.E. Polak, 'Bevoordeeling en benadeeling bij het misdrijf van art. 326 Sr.', *Tijdschrift voor Strafrecht*, LII, 1942, p. 30-88

Pols 1889

M.S. Pols, 'Het begrip van strafbare handeling. Bijdrage tot de leer van opzet en schuld', *Tijdschrift voor Strafrecht*, III, 1889, p. 93-125

Pompe 1975

W.P.J. Pompe, 'Het bewijs in strafzaken', in: *Vijf opstellen van Willem Pompe* (verzameld door G.Th. Kempe), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1975, p. 33-54

Prakke/De Lange 2012

L. Prakke en R. de Lange, 'Het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittanie en Noord-Ierland', in: L.F.M. Besselink e.a. (red.), *Staatsrecht van landen van de Europese Unie*, Deventer: Kluwer 2012

Reijntjes 1980

J.M. Reijntjes, *Strafrechtelijk bewijs in wet en praktijk* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1980

Reijntjes 1993

J.M. Reijntjes, 'Over helers, stellers en rechters', in: A.A. Franken en A.M. van Woensel (red.), *Een rariteitenkabinet: opvallende bepalingen in de strafwetgeving*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1993, p. 69-74

Remmelink 1996

J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996

Sackers 2000

H.J.B. Sackers, 'Verduistering', in: H.J.B. Sackers & P.A.M. Mevis (red.), *Fraudedelicten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000

Schönke/Schröder 2014

A. Eser e.a. (red.), *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, München: Beck 2014

Simons 1907

D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht. Tweede deel, bijzondere strafbare feiten*, Groningen: P. Noordhoff 1907

Simons 1921

D. Simons, 'Naar aanleiding van het electriciteitsarrest', W 10735

Simons 1929

D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht. Tweede deel, bijzondere strafbare feiten*, Groningen: P. Noordhoff 1929

Simons 1937

D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht. Eerste deel, algemene leerstukken*, Groningen/Batavia: P. Noordhoff 1937

Sinnige 2009

V.M.A. Sinnige, 'Van veemarkt naar pinpas: Over de grenzen van de vermogensdelicten', in: M.J.A. Duker, L.J.A. Pieterse & A.J.P. Schild (red.), *WelBeraden: Beschouwingen over de rechtsontwikkeling in de rechtspraak van de Hoge Raad der Nederlanden*, 2009, p. 61-75

Smidt I 1891

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Eerste deel*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891

Smidt II 1891

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Tweede deel*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891

Smith 1993

A.T.H. Smith, 'England and Wales', in: C. van den Wyngaert (red.), *Criminal procedure systems in the European Community*, Londen: Butterworths 1993

Smith 1994

A.T.H. Smith, *Property Offences*, Londen: Sweet & Maxwell 1994

Smith, Bailey & Gunn 2007

S.H. Bailey, J.P.L. Ching en N.W. Taylor, *Smith, Bailey and Gunn on the modern English legal system*, Londen: Sweet & Maxwell 2007

Van Veen 1990

J.M. van Bemmelen, *Het materiële strafrecht, Bijzondere delicten*, bewerkt door Th.W. van Veen, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1990

Vermunt 1984

D. Vermunt, *Onrecht en wederrechtelijkheid in de strafrechtsdogmatiek* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1984

De Wal 1875

J. de Wal, *Ontwerpen van een wetboek van strafrecht en daartoe behorende wetten met toelichting den koning aangeboden door de staatscommissie, ingesteld bij zijner majesteits besluit van 28 september 1870, no. 21*, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1875

Van der Wilt & Tjong 2006

C.J. van der Wilt en M.K.T. Tjong, 'Ambtshalve cassatie in strafzaken na invoering van de schriftuurverplichting', *DD* 2006, p. 303-319

WODC rapport 2016

L. Stevens e.a., *De tenlastelegging als grondslag voor de rechterlijke beslissing*, WODC 2597, 2016

Zevenbergen 1924

W. Zevenbergen, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht. Eerste deel, algemeene leerstukken*, Groningen/Den Haag: J.B. Wolters U.M. 1924

CURRICULUM VITAE

Vanessa Sinnige werd op 11 oktober 1980 in Franekeradeel geboren. Zij studeerde Nederlands recht aan de Rijksuniversiteit Groningen. In 2003 studeerde zij af in het straf- en privaatrecht. Zij werkte van april 2002 tot augustus 2004 als juridisch medewerker voor een advocatenkantoor. Van augustus 2004 tot februari 2007 was zij als senior juridisch medewerker werkzaam in de strafsector van het gerechtshof te Amsterdam. Vervolgens werkte zij van februari 2007 tot april 2014 als wetenschappelijk medewerker bij het wetenschappelijk bureau van de strafsector van de Hoge Raad. Daarnaast was zij van juni 2011 tot augustus 2013 rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Haarlem (vanaf 1 januari 2013 rechtbank Noord-Holland). In april 2014 begon zij met haar opleiding tot rechter in de rechtbank Midden-Nederland. Met ingang van november 2015 is zij benoemd tot rechter in deze rechtbank.

BIJLAGE 1

*Voorbeeld Anklageschrift*¹

“Anklageschrift

Staatsanwaltschaft Trier
11 Js 104/06

An das
Amtsgericht
- Jugendschöffengericht –
Trier

I. Der Berufsmusiker Heinz-Theo Tapfer, geboren am 28.3.1954 in Hamburg, wohnhaft Wumusstr. 54 a, 54295 Trier, verheiratet, deutscher Staatsangehöriger, nicht vorbestraft

- in dieser Sache vorläufig festgenommen am 2.2.2006 und seither in Untersuchungshaft aufgrund des Haftbefehls des Amtsgericht Trier vom 3.2.2006 – Az. 7 Gs 231/06 – (Bl. 23 d.A.) in der Justizvollzugsanstalt Trier –
- Verteidigerin: Rechtsanwältin Monika Mutig, Trier (Bl. 35 d.A.) –

II. Der Lehrling Volkhart Folhar, geboren am 22.4.1989 in Bochum, wohnhaft St. Kasparstr. 11b, 54296 Trier, ledig, deutscher Staatsangehöriger, nicht vorbestraft,

- in dieser Sache vorläufig festgenommen am 4.2.2006 und seither in Untersuchungshaft aufgrund des Haftbefehls des Amtsgericht Trier vom 3.2.2006 – Az. 7 Gs 235/06 – (Bl. 39 d.A.) in der Justizvollzugsanstalt Wittlich –
- gesetzlich vertreten durch seine Eltern Thomas Folhar, z.Zt. JVA Wittlich und Erika Donners-Folhar, St. Kasparstr. 11b, 54296 Trier,

werden angeklagt,

am 24.1.2006 in Trier in sieben Fällen jeweils gemeinschaftlich handelnd, der Angeschuldigte Folhar als Jugendlicher mit Verantwortungsreife, falsches Geld sich in der Absicht, es als echt in den Verkehr zu bringen,

1 Ontleend aan Kühne 2015, p. 377-379.

verschafft und in den Verkehr gebracht zu haben, wobei es in zwei Fällen beim Versuch blieb, und wobei sich der Angeschuldigte Tapfer als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erwies, indem sie

in sieben Fällen in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken jeweils einen falschen € 100,- – Schein der Fälschungsklasse C 2, die sie von einem unbekanntem Dritten erworben hatten, als Zahlungsmittel hingaben bzw die in zwei Fällen versuchten, und zwar:

in der Bäckerei Meier in der Hauptstr. 57 in Trier,

im Cafe Hinz in der Ringstr. In Trier, wobei die Fälschung jedoch von der Zeugin Hinz erkannt wurde und der Angeschuldigte Folhar den Geldschein wieder zurücknahm,

im Schnitzelhaus Foerster, wobei der Angeschuldigte Folhar ebenfalls das Falsifikat zurücknahm, als es vom Zeugen Foerster als solches erkannt wurde,

in Lebensmittelgeschäft Groß in der Bahnstr. 45d in Trier,

in der Bäckerei Fuchs in der Leipziger Str. 84 in Trier,

in Cafe Uhl in der Gaspudeitstr. 12 in Trier,

in der Bäckerei Niebes in der Herrenstr. 33c in Trier,

wobei der Angeschuldigte Tapfer jeweils den Angeschuldigten Folhar mit seinem BMW 750i amtl. Kennzeichen TR-KO 815 zum Tatort verbrachte, wo der Angeschuldigte Folhar dann vereinbarungsgemäß das Falschgeld in Umlauf brachte.

– Verbrechen nach §§ 146 I Nr 2 u. 3, 22, 23, 25 II, 53, 69, 69a, 74 StGB, 1, 3 ff JGG –

Die Entziehung der Fahrerlaubnis und die Verhängung einer Sperrfrist werden beantragt werden.

Beweismittel:

I. Einlassung der Angeschuldigten

II. Zeugen

1. Jörg N. Bildt, Schornsteingasse 4b, Trier (Bl. 19)
2. Dunja Duisburg, Doberstr. 12, Oberhausen (Bl. 38)
3. Dr. Diethardt Dur, Drewerisstr. 15, Forstklamm-Feinfeld (Bl. 55)
4. Steffen Foerster, Brühler Weg 27, Korlingen (Bl. 73)
5. Brigitte Hinz, St. Lupo-Gasse 9, Kohlen-Kneten (Bl. 74)
6. Verona Kram, Kaseler Str. 119a, Bern/CH (Bl. 82)
7. Maria Maler, St. Martin-Str. 11, Trier (Bl. 83)
8. Anna Schopp-Puloß, Königsdorfer Allee 202a, Köln (Bl. 90)
9. Sabrina Schulthenhofer, Feldweg 9, Niederschlittersee (Bl. 94)

- III. Sachverständiger: Prof. Dr. Pfennig, Talergasse 90a, Frankfurt (Bl. 59)
- IV. Gutachten des Sachverständigen unter III. der Deutschen Bundesbank vom 9.2.2006 (Bl. 60, 61 d.A.)
- V. Überführungsstücke: 7 falsche € 100,- Scheine der Fälschungsklasse C2

Wesentliches Ergebnis der Ermittlungen:

Die beiden Angeschuldigten bestreiten die Vorwürfe. Ihre Identifikation gelang dadurch, dass im Falle zum Nachteil des Cafe Uhl bei der Flucht der Angeschuldigten das Kfz-Kennzeichen abgelesen werden konnte. Hiermit und aufgrund der in allen Fällen erlangten Täterbeschreibungen war davon auszugehen, dass die beiden Angeschuldigten die Verbreiter der Falsifikate gewesen sind, wobei als unmittelbarer Verausgaber der Angeschuldigte Folhar fungierte und der Angeschuldigte Tapfer ihn zu den einzelnen Verbreitungsstätten mit seinem Wagen verbrachte. Dies wurde bereits durch Lichtbildvorlagen bei den angeführten Zeugen vor der Verhaftung der beiden Angeschuldigten bestätigt. Nach der Festnahme wurde Angeschuldigte Tapfer im Rahmen einer Wahlgegenüberstellung der Zeugin Maler gegenübergestellt. Dabei erkannte die Zeugin den Angeschuldigten Tapfer einwandfrei als den Mann wieder, der den unmittelbaren Verausgaber der Falschnote am 24.1.2006 aus dem Verkaufsraum des Cafe Uhl zog und mit diesem in einem BMW mit dem amtlichen Kennzeichen, das er als TR-OK 815 (richtig: TR-KO 815) ablas, flüchtete. Die Zeugin Schultenhofer erkannte bei einer Lichtbildvorlage den Angeschuldigten Folhar ebenso wie die Zeugen Bildt, Duisburg, Dur, Foerster, Hinz, Kram und Schopp-Puloß zweifelsfrei als den unmittelbaren Verausgaber der Falschnoten wieder.

Die beiden Angeschuldigten werden daher aufgrund der angegebenen Beweismittel im Sinne der Anklage überführt werden. Die sichergestellten Falschgeldnoten unterliegen der Einziehung. Ebenso unterliegt der sichergestellte Pkw BMW 750i, amtl. Kennzeichen TR-KO 815, der zum Verbringen der Täter zu den Tatorten diente, der Einziehung.

Es wird beantragt:

- I. das Hauptverfahren vor dem Amtsgericht Trier – Jugendhoffengericht zu eröffnen,
- II. Haftfortdauer aus den Gründen der Haftbefehle vom 3.2.2006 des AG Trier [Az...] anzuordnen,
- III. Bestellung eines Verteidigers für den Angeschuldigten Folhar,
- IV. dem Angeschuldigten Tapfer aus den Gründen der Anklageschrift die Fahrerlaubnis gem. § 111a vorläufig zu entziehen.“

BIJLAGE 2

*Voorbeeld Urteil*¹

“Landgericht Saarbrücken

- 4 – 2/06 -

Urteil

IM NAMEN DES VOLKES

In der Strafsache
gegen den Arbeiter Giovanni Rosario, geb. am 23.2.1961 in Pentilia
Policastro/Italien, wohnhaft Lebacher Straße 23, Schmelz,
verheiratet, Italiener, nicht vorbestraft,
in dieser Sache in U-Haft seit dem 20.8.2005 -
wegen Geldfälschung pp.
hat die 4. Große Strafkammer des Landgerichts Saarbrücken
in der Hauptverhandlung vom 12.4.2006
an der teilgenommen haben:
Vors. Richter am Landgericht Scherer
als Vorsitzender -
Richterin am Landgericht Giesecking
Richterin am Landgericht Gaillard
als beisitzende Richter -
Körner Manfred
Lay Rudolf
als Schöffen -
Oberstaatsanwalt Noss
als Beamter der Staatsanwaltschaft -
Rechtsanwalt Wehrum
als Verteidiger -
Justizsekretär Meyers
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle -

für Recht erkannt:

Der Angeklagte wird wegen Geldfälschung zu einer Freiheitsstrafe von 2
Jahren sowie zu den Kosten des Verfahrens verurteilt.

1 Ontleend aan Kühne 2015, p. 646-648.

Gründe:

Der Angeklagte ist am 23.2.1961 in Petilia Policastro/Italien geboren. Er lebt seit 1972 in der Bundesrepublik und wohnt seitdem in Schmelz. Er arbeitete zunächst bei der Firma Kröger, dann bei der Firma Petersen in Schmelz als Hilfsarbeiter, bis er im Mai 2003 entlassen wurde. Seit dieser Zeit war der Angeklagte als arbeitslos gemeldet. Der Angeklagte, der bisher nicht vorbestraft ist, ist verheiratet und hat drei minderjährige Kinder. Die Ehefrau des Angeklagten, die drei Monate nach ihm in die Bundesrepublik kam, arbeitete zunächst bei verschiedenen Firmen als Hilfsarbeiterin und eröffnete am 1.1.2004 in Schmelz ein Eiscafé. Zur Eröffnung des Lokals nahmen der Angeklagten und seine Frae ein Darlehen auf, das nach Angaben des Angeklagten derzeit noch in Höhe von ca. 17 000 € besteht. In dem Lokal seiner Ehefrau arbeitete der Angeklagte in der Weise mit, dass er Eis aus einem Verkaufswagen verkaufte.

Mitte August 2005 erschienen in dem Lokal der Ehefrau des Angeklagten zwei Italiener, deren Namen der Angeklagte seinen Angaben zufolge nicht kennt. Mit diesen beiden Landsleuten kam der Angeklagte ins Gespräch, in dessen Verlauf die beiden Italiener den Angeklagten fragten, ob er mit ihnen ein Geschäft machen wollen. Sie boten ihm 2200 € in 22 100 €-Scheinen an und erklärten ihm, es handele sich um Falschgeld, er solle ihnen dafür 650,- € zahlen.

Der Angeklagte ging auf das Angebot ein; er nahm die nachgemachten 100-€-Scheine an sich und zahlte dafür den geforderten Betrag. Seine beiden Landsleute erklärten ihm, sie kämen einige Tage später wieder und könnten ihm noch mehr Falschgeld liefern, wenn er wolle.

Am Abend des 18.8.2005 hielt sich in dem Lokal der Ehefrau des Angeklagten der Zeuge Cascino auf. Dieser unterhielt sich mit dem Angeklagten und erzählte ihm, dass er arbeitslos sei. Der Angeklagte erwiderte hierauf, er solle später nochmals vorbeikommen, er habe dann eine Arbeit für ihn. Daraufhin begab sich der Zeuge Cascino gegen 23 Uhr des gleichen Abends wiederum in das Lokal. Dort übergab ihm der Angeklagte zwei der falschen 100 €-Scheine, machte ihn darauf aufmerksam, dass es sich um Falschgeld handele und erklärte ihm, er könne damit Geld verdienen, wenn er die Scheine in Umlauf bringe. Pro Schein solle er 50,-€ an in – der Angeklagten – bezahlen. Der Zeuge Cascino nahm das Angebot an und löste noch am gleichen Abend in zwei verschiedenen Gaststätten beide 100 €-Scheine ein. Am Morgen des 19.8.2005 zahlte er dem Angeklagten wie vereinbart einen Betrag von 100,- € als Entgelt für die beiden falschen 100 €-Scheine mit der Erklärung, er solle diese ebenfalls, wie bereits geschehen, einlösen. Der Angeklagte gab dem Zeugen dabei zu verstehen, dass er ihm auch in Zukunft größere Mengen Falschgeld besorgen könne.

Der Zeuge Cascino, der inzwischen wegen Geldfälschung rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten verurteilt worden ist, brachte am 20.8.2005 von den erhaltenen 20 Scheinen sieben Scheine in verschiedenen Lokalen in Verkehr. Den dadurch entstandenen Schaden hat er inzwischen beglichen.

Bei den an den Angeklagten übergebenen und von diesem weitergegebenen falschen Banknoten handelte es sich um nachgemachte 100 €-Scheine der Fälschungsklasse C 2 (gute Durchschnittsfälschung) und um solche der Fälschungsklasse C 5 (Durchschnittsfälschung).

Diese Feststellungen beruhen auf dem Geständnis des Angeklagten, des Aussagens der Zeugen Cascino und Brodrecht sowie aus dem verlesenen Auszug aus dem Bundeszentralregister.

Der Angeklagte hat erklärt, er habe sich auf das Geschäft deshalb eingelassen, um seine Darlehensschulden schneller bezahlen zu können.

Der Angeklagte hat sich durch sein Verhalten einer Geldfälschung gemäß § 146 Abs. 1 Nr 2, 3 StGB schuldig gemacht. Er hat sich rechtswidrig und schuldhaft nachgemachte 100 €-Scheine verschafft in der Absicht, diese entweder selbst oder durch andere als Zahlungsmittel in Umlauf zu bringen. In Kenntnis der Fälschung hat er alle falschen 100 €-Scheine gegen Entgelt an den Zeugen Cascino weitergegeben, damit dieser sie als echtes Zahlungsmittel in Verkehr bringe. Dies hat der Zeuge Cascino auch getan.

Das Gericht hat die gegen den Angeklagten zu verhängende Strafe dem Strafraum des § 146 Abs. 1 StGB entnommen. Bei Würdigung aller objektiven und subjektiven Tatbestände konnte in der Tat des Angeklagten kein minder schwerer Fall im Sinne des § 146 Abs. 3 StGB gesehen werden. Dem Angeklagten war zwar zuzubilligen, dass die Aussicht, seine Darlehensschulden schneller tilgen zu können, eine gewisse Versuchung für ihn darstellte. Er handelte jedoch nicht aus einer Notlage heraus, da er seinen eigenen Angaben zufolge über ein ausreichendes Einkommen verfügte und ohne weiteres in der Lage war, seine Darlehensschulden abzutragen.

Auch die in der Hauptverhandlung unschwer zu erkennende Tatsache, dass sich der Angeklagte jetzt nachträglich fürchtet, nähere Angaben über die Lieferanten des Falschgeldes zu machen, rechtfertigt nicht die Beurteilung des Falles als minder schwer, da es sich insoweit nur um die Folgen der Entdeckung der Tat handelt. Als sich der Angeklagte auf das Geschäft einließ, handelte er nicht unter dem Druck dieser Lieferanten, sondern völlig freiwillig. In der Erwartung, ein gutes Geschäft zu machen, hat der Angeklagte eine nicht geringe Menge von falschen Banknoten in den Verkehr gebracht. Er war sich von vornherein darüber

im klaren, dass es sich um Falschgeld handelte. Er hat den Zeugen Cascino, der arbeitslos war, dazu veranlasst, bei der Verbreitung des Falschgeld mitzuwirken. Er war auch den glaubhaften Aussagen des Zeugen Cascino zufolge bereit, noch mehr falsche Banknoten zu liefern, damit diese in den Verkehr gebracht werden könnten. Bei dem von dem Angeklagten verbreiteten Falschgeld handelte es sich um gute Durchschnittfälschungen bzw um Durchschnittfälschungen, so dass er gute Aussichten hatte, ein Geschäft größeren Umfangs zu machen. Nach alledem wich das gesamte Tatbild nicht in einem Maße vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden Fälle ab, dass die Anwendung des Strafrahmens des § 146 Abs. 3 StGB geboten erschien.

Bei der Strafmessung im Rahmen des § 146 Abs. 1 StGB hat das Gericht jedoch zu Gunsten des Angeklagten berücksichtigt, dass er bisher nicht vorbestraft ist und in vollem Umfang geständig war. Strafmildernd hat das Gericht ferner berücksichtigt, dass letzten Endes keine Schaden entstanden ist, da die falschen Banknoten schnell entdeckt wurden und die betroffenen Geschäftsinhaber durch den Zeugen Cascino entschädigt wurden. Es erschien deshalb tat- und schuldangemessen, gegen den Angeklagten die Mindeststrafe des § 146 Abs 1 StGB von zwei Jahren zu verhängen.

Eine Strafaussetzung zur Bewährung kam nicht in Betracht, da weder in der Tat noch in der Persönlichkeit des Angeklagten besondere Umstände vorliegen, die eine Strafaussetzung nach § 56 Abs. 2 StGB rechtfertigen könnten.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 465 Abs. 1 StPO.

gez. Scherer

gez. Giesecking

gez. Gaillard

Ausgefertigt:

gez. Meyers

(L.S.) Justizsekretär als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle"