

[RO art. 80a]

Zie voor de volledige uitspraak *NbSr* 2016/134 (afl. 8), www.sdujurisprudentie.nl (incl. noot) en *OpMaat Strafrecht* (incl. noot).

NOOT

Regelmatig nemen rechters de moeite om 'het recht' uit te leggen aan de geïnteresseerde lezer. Van de Hoge Raad zijn we dat inmiddels wel gewend, maar ook feitenrechters wagen zich daar soms aan. Een mooi voorbeeld hiervan is de uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant (Breda) van 26 februari 2016 (ECLI:NL:RBZWB:2016:1021), waarin aan de lezer wordt uitgelegd dat het bespugen van iemand soms als een belediging kan worden aangemerkt en soms als een mishandeling. Zeer opmerkelijk is de beslissing van de kantonrechter in de Rechtbank Noord-Holland (Alkmaar) die op 8 april 2016 (ECLI:NL:RBNHO:2016:4696) in een zogenoemde *Wet-Mulder-zaak* toelicht waarom het beboeten van een burger die even gebruik heeft gemaakt van een claxon, in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Voor de lezer zijn dit soort uitspraken interessant, omdat ze iets vertellen over hoe het recht in een concreet geval wordt toegepast.

In een rechtsstaat als de onze ligt het finale oordeel – als het gaat om de beantwoording van rechtsvragen – (behoudens een enkele uitzondering, zoals bij de beoordeling in tbs-zaken) bij de Hoge Raad. De Hoge Raad bewaakt de rechtseenheid en draagt bij aan de rechtsontwikkeling. Een voorwaarde daarvoor is wel dat de rechtsvragen de Hoge Raad bereiken. Het instellen van cassatieberoep is daartoe niet meer voldoende. Er zullen ook cassatiemiddelen moeten worden ingediend en die middelen zullen bovendien van een bepaald juridisch niveau moeten zijn. In cassatie vindt – zoals dat heet – een selectie aan de poort plaats. Cassatiemiddelen die niet door de selectie komen, worden niet besproken door de Hoge Raad en zullen in veel gevallen ook het Parket bij de Hoge Raad geen aanleiding hebben gegeven om een standpunt in te nemen. Een te enthousiaste selectie kan er daardoor toe leiden dat de rechtspraak zich minder gemakkelijk kan ontwikkelen en dat er minder eenheid in de rechtspraak ontstaat, omdat de Hoge Raad er in voorko-

mende gevallen niet meer aan te pas komt. Er ligt hier een belangrijke taak voor de (cassatie-)advocatuur om dat te voorkomen. De Hoge Raad wijst de weg.

Wanneer we de rechtspraak van de afgelopen jaren bekijken, dan zien we dat het vooral – maar niet uitsluitend – materieelrechtelijke onderwerpen zijn die bijzondere aandacht krijgen van de Hoge Raad. Zo heeft de Hoge Raad algemene beschouwingen gewijd aan onder andere voorbedachte raad, roekeloosheid, medeplegen en noodweer. Dit betekent echter niet dat het geen zin heeft om in de cassatiefase te klagen over processuele onvolkomenheden. De Hoge Raad grijpt nog steeds in wanneer wezenlijke procedurevoorschriften niet in acht zijn genomen en de partij die het cassatieberoep heeft ingesteld daarover heeft geklaagd.

Klachten die klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden en klachten waarbij de partij die het cassatieberoep heeft ingesteld klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft, rechtvaardigen geen behandeling in cassatie (art. 80a RO). De advocaat die in cassatiezaken optreedt, zal moeten proberen klachten te formuleren die de ontvankelijkheidstoets kunnen doorstaan. Dat is makkelijker gezegd dan gedaan.

Evidente missers moeten en kunnen waarschijnlijk wel voorkomen worden. Cassatieadvocaten weten (als het goed is) wel dat zij zullen moeten aanhaken bij de cassatiegronden (art. 79 RO) en dat zij hun pijlen niet (louter) moeten richten op de motivering, maar (ook) op de beslissing (waar die motivering betrekking op heeft). In zo'n geval kan dan uiteraard wel worden geklaagd over een motiveringsgebrek (vormverzuim).

Veel cassatieklachten hebben betrekking op de (motivering van de) bewijsbeslissing. Dit zijn vanuit het perspectief van de (ontkennende) verdachte beschouwd voor de hand liggende klachten. Een verdachte die onschuldig claimt te zijn, zal van zijn advocaat kunnen verlangen dat zijn onschuld aan de Hoge Raad wordt voorgelegd. Het is voor de cassatieadvocaat dan wellicht verleidelijk om daaraan gehoor te geven, door in een middel de betrouwbaarheid van belastend getuigenbewijs aan de orde te stellen of de Hoge Raad te wijzen op verklaringen die door het hof zijn genegeerd en die het verhaal van de ver-

dachte zouden kunnen ondersteunen. Dergelijke klachten zullen veelal stranden op het uitgangspunt dat de rechter in feitelijke aanleg vrij is in de selectie en waardering van het bewijsmateriaal, en zullen – wanneer er geen andere middelen worden voorgesteld – in veel gevallen de ontvankelijkheidstoets niet doorstaan. Het kan – getuige op het voorgaande – voor de cassatieadvocaat heel lastig zijn om een ‘juiste’ afweging te maken. Hij zal zijn cliënt – voor wie de cassatieprocedure vaak een laatste strohalp is – niet willen afvallen, maar hij wil ook als cassatieadvocaat geloofwaardig blijven. Het gevolg kan zijn dat hij – misschien tegen beter weten in – toch maar iets gaat proberen, in de hoop dat de Hoge Raad de bestreden beslissing zal vernietigen, zodat zijn cliënt alsnog in de gelegenheid wordt gesteld de feitenrechter ervan te overtuigen dat hij onschuldig is.

Op 7 juni 2016 heeft de Hoge Raad in een overzichtsarrest verschillende aspecten van de ‘selectie aan de poort’ in de cassatiefase onder elkaar gezet. Dat had de Hoge Raad al eerder gedaan (op 11 september 2012), maar het was nu kennelijk tijd voor een update. De na 2012 gewezen arresten waarin *gemotiveerd* is beslist dat het beroep zich leent voor afdoening op de voet van artikel 80a RO worden door de Hoge Raad thans enigszins themagewijs gerubriceerd. De praktijk is ondertussen dat de meeste 80a RO-beslissingen niet worden gemotiveerd, terwijl soms een uitleg toch wel op zijn plaats zou zijn, bijvoorbeeld omdat de Advocaat-Generaal heeft geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden arrest (bijv. HR 10 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:1265/ECLI:NL:PHR:2015:614) of omdat het parket bij de Hoge Raad heeft afgezien van het nemen van een Conclusie, maar de steller van het middel desondanks de idee heeft dat hij een serieuze rechtsvraag aan de Hoge Raad heeft voorgelegd en/of er voor de betrokkene veel op het spel staat omdat hij door het hof veroordeeld is voor een ernstig feit en/of tot een hoge straf (bijv. HR 24 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:962 – doodslag; HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:876 – jeugdzaak, poging doodslag, betrouwbaarheid bewijs, noodweer(exces)).

Het overzichtsarrest biedt geen nieuwe inzichten, maar geeft wel een duidelijk overzicht van klachten die – naar het oordeel van de Hoge Raad –

geen behandeling in cassatie rechtvaardigen. En dat zijn er nogal wat. Naast evidente gevallen (waarin de steller van de middelen duidelijk tekortschiet), lijkt het vooral te gaan om kleine onvolkomenheden in de bestreden uitspraak die – wat de Hoge Raad betreft – geen consequenties hoeven te hebben.

Aparte aandacht is er onder andere voor (gebreken in) de bewijsvoering. Evident kansloos zijn (zoals hierboven al werd opgemerkt) klachten die blijken geven van miskenning van de selectie- en waarderingsvrijheid van de feitenrechter met betrekking tot de bewijsvoering (en de straftoemeting). Voor onvolkomenheden in de bewijsvoering geldt daarnaast dat degene die het cassatieberoep heeft ingesteld een voldoende in rechte te respecteren belang moet hebben bij vernietiging en bij een eventuele nieuwe behandeling na de terug- of verwijzing van de zaak. Dat belang volgt niet zonder meer en vanzelfsprekend uit het geconstateerde verzuim. Van onvoldoende in rechte te respecteren belang is bijvoorbeeld sprake wanneer de bewezenverklaring – ook als het gebrek in de bewijsvoering wordt weggedacht – zonder meer toereikend is gemotiveerd, of wanneer het gebrek van dien aard is dat het geen wezenlijke afbreuk doet aan de toereikendheid van de motivering van de bewezenverklaring, bijvoorbeeld omdat het een ondergeschikt of overbodig onderdeel van de bewijsvoering betreft.

Na een korte opsomming van bewijsklachten die in aanmerking komen voor toepassing van artikel 80a RO, staat de Hoge Raad uitdrukkelijk stil bij de klacht dat niet alle onderdelen van de bewezenverklaring kunnen worden afgeleid uit de bewijsvoering. Op het eerste gezicht lijkt dit een wezenlijke klacht te zijn. De bewijsmiddelen moeten de bewezenverklaring immers kunnen dragen. Toch hoeft volgens de Hoge Raad lang niet altijd te worden ingegrepen. De klacht kan onder omstandigheden namelijk aanleiding zijn voor het oordeel dat een hernieuwde behandeling van de zaak niet tot een andere uitkomst ten aanzien van de bewezenverklaring zal leiden, zodat de verdachte in cassatie niet een voldoende in rechte te respecteren belang heeft bij zijn klacht over de toereikendheid van de bewijsvoering, aldus de Hoge Raad. In wezen gaat de Hoge Raad

hierbij op de stoel van de feitenrechter zitten. Het is dan ook niet voor niets dat wordt opgemerkt dat hierbij bijzondere voorzichtigheid is geboden. Me dunkt De Hoge Raad vervolgt: "Dat betekent dat toepassing van art. 80a RO in verband met de ongegrondverklaring van de klacht dat het bewijs ontoereikend is, slechts mogelijk is indien over de toereikendheid en de betrouwbaarheid van het bewijs in redelijkheid geen twijfel kan bestaan." Dit lijkt mij tastig vast te stellen voor een rechter die geen feitenrechter is. De Hoge Raad neemt plaats op de stoel van de feitenrechter en leunt zelfs enigszins achterover. Blijkbaar wordt van de steller van het middel verlangd dat hij zich in de toelichting op het middel uit laat over de (on)toereikendheid en de (on)betrouwbaarheid van het bewijs.

En daarmee zijn we terug bij de advocaat die geacht wordt de belangen van zijn cliënt te behartigen. Op zijn schouders rust een lastige taak. Zijn cliënt verwacht van hem dat hij alles uit de kast haalt. Tegelijkertijd geeft de Hoge Raad aan dat hij vooral niet op alle slakken zout moet leggen. Kleine onvolkomenheden in de bestreden uitspraak kunnen worden genegeerd, tenzij aanmerkelijk wordt gemaakt dat de cliënt een voldoende in rechte te respecteren belang heeft bij vernietiging van de bestreden uitspraak en terug- of verwijzing van de zaak voor een nieuwe behandeling. De cliënt zal zeggen: 'Natuurlijk heb ik een belang. Een nieuwe ronde betekent voor mij immers nieuwe kansen!' Voor de Hoge Raad ligt een en ander iets genuanceerder. De begrijpelijkheid van de beslissing van de feitenrechter kan daarbij een rol van betekenis spelen, zoals blijkt uit het onder 2.2. sub d. aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 8 september 2015 (ECLI:NL:HR:2015:2468) over het (rechts te respecteren) belang bij een cassatiemiddel over de afwijzing van een getuigenverzoek. Bij die beoordeling zal met name ook gekeken moeten worden naar de bedoeling van het geschonden voorschrift. In de woorden van de Hoge Raad:

"Bij de beoordeling van de afwijzing van een verzoek tot het oproepen van getuigen gaat het in cassatie uiteindelijk om de vraag of de beslissing begrijpelijk is in het licht van – als waren het communicerende vaten – enerzijds hetgeen aan het verzoek ten grondslag is gelegd en anderzijds de gronden waarop het is afgewezen. Bij de be-

oordeling van de begrijpelijkheid van de beslissing kan ook het procesverloop van belang zijn, zoals (i) het stadium waarin het verzoek is gedaan, in die zin dat het verzoek eerder had kunnen en redelijkerwijs ook had moeten worden gedaan, en (ii) de omstandigheid dat de bij de appelschriftuur opgegeven getuigen – al dan niet op vordering van de advocaat-generaal – (alsnog) op de voet van art. 411a of art. 420 Sv zijn gehoord door een rechter-commissaris of een raadsheer-commissaris, waardoor in de regel het belang zal zijn ontvallen aan de oproeping van die getuigen ter terechtzitting.

Naar aanleiding van het gestelde in de conclusie van de Advocaat-Generaal verdient opmerking dat bij de beantwoording van de vraag naar het – rechtens te respecteren – belang bij een cassatiemiddel over de afwijzing van een verzoek een getuige op te roepen dan wel te horen, onder omstandigheden ook een rol kan spelen dat onvoldoende duidelijk is welke betekenis het horen van de getuige kan hebben voor het beantwoorden van een van de vragen van art. 348 en 350 Sv. Van de verdediging kan in dergelijke gevallen worden gevergd dat zij – gezien art. 80a van de Wet op de rechterlijke organisatie – in de cassatieschriftuur toelicht welk belang zij heeft bij een klacht over de afwijzing van het verzoek die getuige te horen."

Bij de bewijsvoering speelt de begrijpelijkheid van de beslissing van de feitenrechter evenzeer een rol van betekenis. Uit de opsomming die de Hoge Raad geeft, komt naar voren dat uiteindelijk bepalend is of de bewezenverklaring als zodanig geen vragen oproept, bijvoorbeeld omdat niet gezegd kan worden dat door het motiveringsgebrek aan de aard en ernst van het bewezenverklarde wezenlijk afbreuk wordt gedaan. (Kleine) onvolkomenheden worden geaccepteerd, tenzij de steller van het middel er in slaagt aanmerkelijk te maken dat de klager een voldoende in rechte te respecteren belang heeft bij de klacht. Dat laatste is beslist geen sinecure. Bij bewijskwesities komt bij de begrijpelijkheid van het bewijsoordeel immers ook een subjectief aspect om de hoek kijken. Het feit moet wettig *en overtuigend* bewezen kunnen worden. Een onvolkomenheid in de bewijsvoering tast de overtuiging niet per definitie aan. Hierdoor zal de beantwoording van de vraag of de klager een voldoende in rechte te

respecteren belang heeft bij zijn klacht over de bewijsvoering, niet snel leiden tot het oordeel dat dit het geval is. En wanneer de overtuiging wel een aandachtspunt zou moeten zijn, is daarvoor in cassatie weinig tot geen ruimte. De Hoge Raad is immers geen feitenrechter en zal daarom de begrijpelijkheid van de bewijsbeslissing slechts met een zekere distantie kunnen toetsen. Dit was natuurlijk ook al voor de inwerkingtreding van artikel 80a RO het geval, maar met dit overzichtsarrest bevestigt de Hoge Raad dat klachten over de bewijsvoering in cassatie niet zo vreselijk veel zin hebben. Voor de cassatieadvocaat die een 'onschuldige' cliënt bijstaat, is dat een teleurstellende boodschap.

Het gevaar van te veel selectie aan de poort is dat het vertrouwen in (en daarmee het gezag van) de rechtspraak in Nederland afneemt. De gemiddelde verdachte die in cassatie gaat, doet dat omdat hij zijn zaak aan de hoogste rechter wil voorleggen. Die zaak is voor de verdachte belangrijk en kan zijn leven volledig beheersen. De verdachte is persoonlijk (meestal) niet geïnteresseerd in de beantwoording van rechtsvragen. Hij wil dat de hoogste rechter zijn zaak beoordeelt en is in dat geval vaak ook best bereid te accepteren dat zijn beroep wordt verworpen. Het zou voor hem waarschijnlijk al voldoende zijn wanneer hij van de Hoge Raad te horen kreeg: 'We hebben naar uw zaak gekeken en hebben geconstateerd dat het arrest van het hof geen onvolkomenheden bevat.'. Een dergelijke boodschap komt beter over dan: 'We gaan uw zaak niet inhoudelijk beoordelen, ook al zou het best zo kunnen zijn dat het hof fouten heeft gemaakt.'. Uit het overzichtsarrest van 7 juni blijkt dat de Hoge Raad bereid is nogal wat onvolkomenheden te accepteren. De klager krijgt dan slechts te horen dat hij niet-ontvankelijk wordt verklaard in het cassatieberoep, omdat zijn klachten klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden of omdat hij klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft bij het cassatieberoep. De raadsman heeft vervolgens de ondankbare taak om aan zijn cliënt uit te leggen dat de zaak, ondanks de door de hof geconstateerde onvolkomenheden in het arrest van het hof, niet door de selectie van de Hoge Raad is gekomen.

Selectie aan de poort in de cassatieprocedure legt een grotere verantwoordelijkheid bij de feitenrechters. Hun rechtspraak wordt belangrijker. Het is te hopen dat de feitenrechters met die verantwoordelijkheid goed zullen omgaan. Het in de inleiding genoemde oordeel van de Kantonrechter te Alkmaar geeft ondertussen te denken. Ik citeer:

"Er is gehandeld in strijd met het gelijkheidsbeginsel, in verband met het toestaan dan wel gedogen door de overheid van zogeheten 'tetteruitlaten' van bijvoorbeeld 'Hells Angels'. Dat soort uitlaten, vaak nog uitgerust met een knallende naontsteking maakt een dermate groot lawaai dat de openbare orde en rust veelal ernstig wordt verstoord en gehoorschade bij burgers niet valt uit te sluiten. In een rechtstaat waar zulks is toegestaan is geen ruimte voor het beboeten van een burger die even gebruik maakt van een claxon veelal ter afwering van opdoemend gevaar. Dat een verbalisant achteraf meent dat gevaar niet aanwezig was doet daaraan in het licht van vorenstaande uiteraard niet af."

Vanuit het oogpunt van de rechtsontwikkeling is dit beslist een interessante uitspraak. Maar daarmee is dan ook meteen alles wel gezegd.

Ik keer terug naar de cassatieadvocaat. Hij heeft een cliënt voor wie er veel op het spel kan staan. In het uiterste geval zelfs een levenslange gevangenisstraf. Dit gegeven maakt dat de advocaat niet gemakkelijk de deur voor zijn cliënt dicht zal gooien. Hij laat de selectie aan de poort dan maar liever over aan de Hoge Raad zelf. De Hoge Raad staat in het overzichtsarrest van 7 juni niet stil bij de taak en rolopvatting van de cassatieadvocaat in strafzaken. Voor de praktijk is dat jammer, hoewel ik mij realiseer dat het niet primair de taak van de rechter is om voor te schrijven op welke wijze de raadsman inhoud geeft aan zijn verdedigingstaak.

J. Boksem