



8. Het peil in de polder

EEN KRITISCHE BESCHOUWING VAN DE JURISPRUDENTIE VAN DE HOGE RAAD, VOORAL WAAR HET DE HERSCHIKKING VAN DE KOSTEN VAN HET STRAFPROCES BETREFT.¹

De Hoge Raad ziet de rechtsontwikkeling als nieuwe hoofdtaak. Daarmee infiltreert hij het terrein dat klassiek aan de wetgever was voorbehouden, waarmee de vraag rijst of de benoemingsprocedure en samenstelling van de Hoge Raad eigenlijk wel geschikt is voor die medewetgevende taak. Uit de recente jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt daarbij een grootscheepse verplaatsing van kosten van de rechter naar de verdediging. Daarmee beïnvloedt de Hoge Raad de rentabiliteit en dus de continuïteit van de advocatenpraktijken in negatieve zin.

De Hoge Raad ziet de rechtsontwikkeling als nieuwe hoofdtaak. Daarmee infiltreert hij het terrein dat klassiek aan de wetgever was voorbehouden, waarmee de vraag rijst of de benoemingsprocedure en samenstelling van de Hoge Raad eigenlijk wel geschikt is voor die medewetgevende taak. Uit de recente jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt daarbij een grootscheepse verplaatsing van kosten van de rechter naar de verdediging. Daarmee beïnvloedt de Hoge Raad de rentabiliteit en dus de continuïteit van de advocatenpraktijken in negatieve zin.

1 Rechtsontwikkeling?

Soms wordt ik conservatief genoemd. Dat vanwege de eigenaardigheid dat ik graag vast zou houden aan het onderscheid tussen wetgeving en rechtspraak.

Wetgeving in de zin van algemene, op de toekomst gerichte, voor iedereen verbindende regels. Juist vanwege de algemene verbindendheid worden dat soort regels alleen gegeven door instituties die tamelijk rechtstreeks – bijvoorbeeld door verkiezingen – democratisch zijn gelegitimeerd. Rechtspraak in de zin van model voor conflictoplossing. In gevallen waarin conflicten over regeltoepassing ontstaan, is een essentiële maatschappelijke functie dat in die geschillen beslissingen kunnen worden genomen die door de rechtsgenoten als bindend worden aanvaard. Naar zijn aard is conflictoplossing op het verleden gericht. De conflicten zijn immers ontstaan vóór de beslissing waarmee ze worden opgelost. Constitutioneel gezien is dit laatste de enige reden waarom we rechters nodig hebben. We betalen de rechter om knopen door te hakken als er over de toepassing van de regels conflicten ontstaan. Dat een rechterlijke beslissing in een concrete zaak een effect heeft op alle toekomstige zaken, is een gegeven. Maar dat effect is welbeschouwd niet meer dan een bijproduct van de beslissing in de voorliggende zaak, ongeveer zoals bloemen

¹ Deze bijdrage is een (lichte) bewerking van de tekst die op het NVSA Congres 'Rechterlijke ongehoorzaamheid' in Maastricht is voorgedragen. Alle hierin ingenomen standpunten en uitgesproken opvattingen zijn geheel op persoonlijke titel.

het bijproduct zijn van de bollenteelt.² Dat in een rechtsvindingsbeslissing rekening mag of moet worden gehouden met de consequenties van die beslissing op het maatschappelijk leven of op de rechtswerkelijkheid, wil er ook nog wel in. Niemand kan van een intelligente en verantwoordelijke rechter verlangen dat hij (m/v) oogkleppen opzet, of dat hij de voorzienbare gevolgen van zijn beslissing negeert. Maar ook dát blijft binnen de begrenzing van de taak om het aan hem voorgelegde concrete historische geschil te beslechten.

U begrijpt: ik heb het niet zo op de rechtsontwikkeling die de Hoge Raad nu als hoofddoel van zijn werkzaamheden heeft omarmd.³ Mijn bezwaar ligt er vooral in dat hiermee het bijproduct van de rechterlijke functie – namelijk de uitstraling van een beslissing in de voorliggende zaak op alle toekomstige zaken – tot kernactiviteit wordt gemaakt.⁴ De aandacht ligt daarmee niet primair op het correct beslissen van *deze* in het verleden ontsproten zaak, de aandacht ligt te veel op de vraag welke regel nú gegeven moet worden voor alle *toekomstige* zaken.⁵

Hiermee wordt de klassieke grens tussen rechtspraak en wetgeving vertroebeld – of zo u wilt: verlegd. Naar de mate waarin de Hoge Raad zijn aandacht verlegt naar het geven van op de toekomst gerichte regels, betreft hij meer en meer het terrein dat in de klassieke *Trias* aan de wetgever was voorbehouden, wordt hij meer en meer tot medewetgever. Die ontwikkeling roept vragen op. Immers, je kunt in een fabriek een machine misschien wel iets anders laten doen – een an-

der product laten maken, bijvoorbeeld – of een ‘kopmachine’ voor de bollenteelt inzetten om snijbloemen te oogsten, maar dan komt ergens in zo’n omschakelingsproces onherroepelijk de vraag of de machine eigenlijk wel op zijn nieuwe taak is ingericht. Of zijn er misschien modificaties noodzakelijk? Op gelijke wijze richt de Hoge Raad, door zijn keuze voor een taakverschuiving, de schijnwerper ook mede op zichzelf.

Een eerste vraag zou kunnen zijn of de Hoge Raad de democratische legitimatie heeft om een medewetgevende rol te vervullen. De Hoge Raad is nu in personele zin samengesteld door een onafgebroken lijn van coöptatie die teruggaat tot de Tweede Wereldoorlog. Als zijn belangrijkste taak medewetgevend wordt, dan zou de vraag kunnen rijzen waarom er eigenlijk geen verkiezingen worden georganiseerd voor benoemingen in de Hoge Raad – waarbij ik overigens in

Hiermee wordt de klassieke grens tussen rechtspraak en wetgeving vertroebeld – of zo u wilt: verlegd

het midden laat of ik daar voorstander van zou zijn. Of wat dacht u van een raad van commissarissen-achtig model als legitimatiestructuur? In zo’n model zouden de verschillende bij de strafrechtspleging betrokken belangengroepen één of meer plaatsen in de strafkamer van de Hoge Raad toebedeeld krijgen. Zoals je in een onderneming een ‘werknemerscommissaris’ kan hebben, zou je dan in de Hoge Raad bijvoorbeeld een ‘slachtoffer-raadsheer’ krijgen – met uiteraard de mogelijkheid van *dissenting opinions*.

Een tweede vraag kan zijn of de enkele hoedanigheid van ‘eminent jurist’ eigenlijk nog wel een voldoende kwalificatie is – of zelfs nog een vereiste voor benoeming in dit medewetgevende orgaan zou moeten zijn. Waarom zouden eminente economen, eminente filosofen, politicologen, ICT-specialisten, bestuurskundigen, sociologen, criminologen enzovoort niet óók betrokken kunnen worden – of misschien wel: moeten worden – bij het medewetgevingsproces, en dus benoembaar zijn in deze Hoge Raad 2.0? Dat in kringen van de Hoge Raad inmiddels gespeeld wordt met de gedachte om ‘hoorzittingen’ te organiseren waarbij deskundigheid ‘uit het veld’ aan de raadsheren kan worden bijgebracht ten behoeve van een betere beslissing, is in dit verband tekenend. Enerzijds is het illustratief voor de mate waarin de Hoge Raad zich als medewetgever doorontwikkelt – hoorzittingen zijn immers bij uitstek een parlementair instrument – anderzijds is het een erkenning dat wetgeving te belangrijk is om alleen aan juristen over te laten.

2 De bollenteler ‘kopt’ de bloem van de plant, zodat alle energie voor de groei van de bloembol wordt aangewend.

3 Waarmee ik opgewekt tegen de *communis opinio* in ga, vgl. Corstens/Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 917 e.v. Anderzijds noemt Y. Buruma, ‘Strafrechtelijke rechtsvorming’, *Strafblad* 2013, p. 7, voetnoot 5, medestanders.

4 Anders: M.W.C. Feteris in zijn installatierede als President van de Hoge Raad op 5 november 2014: ‘Er is wel eens gezegd dat vorming of ontwikkeling van het recht een bijproduct zou zijn van beslissingen van de Hoge Raad. Maar daarmee wordt deze taak van de Raad volgens mij toch tekort gedaan. Als ik in economische termen blijf spreken, zou ik het liever niet hebben over een bijproduct maar eerder over core business.’ In dezelfde rede wordt overigens een onjuiste, want oneigenlijke elementen bevattende, definitie van cassatierechtspraak gegeven: ‘Dat doet hij [de Hoge Raad – DB] door beslissingen te nemen die niet alleen van belang zijn voor dit ene geval dat aan hem wordt voorgelegd. Beslissingen dus met een zaakoverstijgend karakter. Waarin niet alleen wordt gezegd hoe de zaak van Piet afloopt. Maar met name wordt vermeld wat de criteria zijn om zaken zoals die van Piet te beoordelen. Dit soort hoogste rechtspraak, die zich concentreert op de juridische aspecten van een zaak, wordt cassatierechtspraak genoemd.’

5 In het rapport van de commissie-Hammerstein (voluit: *Versterking van de cassatierechtspraak*, Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag, februari 2008), p. 24, vind ik overigens de geruststelling dat mijn mening een alleszins verdedigbare rechtspolitieke opvatting is.

Voor de Hoge Raad als medewetgever is mogelijk een andere samenstelling en benoemingsprocedure vereist of verkiesbaar dan voor de Hoge Raad als hoogste rechter. Met de keuze om actief sturing en leiding te geven aan de rechtsontwikkeling,⁶ op een wijze die de klassieke rechterlijke rechtsvindingstaak te buiten gaat, roept de Hoge Raad dit soort discussies over zichzelf af.

2 Belangjurisprudentie

Mij kan tegengeworpen worden dat de wetgever op basis van het werk van de commissie-Hammerstein uitdrukkelijk heeft ingestemd met de taakverschuiving van de Hoge Raad.⁷ In reactie daarop zeg ik dat de Trojanen ook dachten te weten wat ze binnenhaalden toen ze het befaamde paard door hun poort trokken.

Ik beperk me tot één voorbeeld uit de 'belangjurisprudentie'. Daaronder versta ik de arresten van de Hoge Raad op de artikelen 80a en 81 Wet RO, waarbij het cassatieberoep niet-ontvankelijk wordt verklaard of, in geval van een ontvankelijk cassatieberoep, cassatie achterwege blijft omdat 'klaarblijkelijk onvoldoende belang' bij cassatie bestaat. Onder meer Jebbink⁸ en Nan en Rogier⁹ hebben al over het nu te bespreken voorbeeld gepubliceerd.¹⁰

In een serie arresten heeft de Hoge Raad geoordeeld over strafvervolgingen die gebaseerd zijn op bepalingen in een APV. De casus was dan telkens, in steeds iets wisselende varianten, dat werd vervolgd wegens overtreding van artikel 184

Sr (niet voldoen aan ambtelijk bevel), terwijl de in de casus toegepaste bepaling uit de APV slechts een verplichting bevatte voor de burger om een gegeven bevel *op te volgen*, maar niet ook inhield dat de ambtenaar bevoegd was een bevel te *geven*. Als dan toch een bevel wordt gegeven, dan is dat bevel niet 'krachtens wettelijk voorschrift gegeven', zoals een van de bestanddelen van artikel 184 Sr inhoudt, en is er dus geen sprake van strafbaarheid onder die bepaling.

In HR 9 oktober 2012, *NJ* 2013/53 was deze kwestie aan de orde, maar werd in cassatie daarover niet geklaagd. De A-G stelde ambtshalve cassatie voor omdat ten onrechte was veroordeeld voor artikel 184 Sr, nu de onderliggende APV-bepaling geen vorderingsbevoegdheid bevatte. De Hoge Raad casseerde niet, ging zwijgend aan het punt voorbij en liet de evident onterechte veroordeling in stand. In HR 17 september 2013, *NJ* 2014/287, m.nt. Van Kempen lag eenzelfde casus voor, waarbij opnieuw niet over het punt was geklaagd, maar de A-G het punt opnieuw als grond voor ambtshalve cassatie voordroeg. Opnieuw, maar nu mét motivering, oordeelde de Hoge Raad dat de vaststelling dat was veroordeeld voor een feit dat niet strafbaar was niet hoefde te leiden tot ambtshalve cassatie. Het was niet voldoende evident dat de verdachte zwaarwegend belang had bij ambtshalve cassatie. Annotator Van Kempen noemt het 'ongemakkelijk' dat een met het materiële strafrecht strijdige veroordeling bewust in stand wordt gehouden. Dat is wel de zachtst denkbare diskwalificatie.

Ik breng dit voorbeeld in verband met het toekomstbeeld dat in het rapport van de commissie-Hammerstein aan het parlement is voorgespiegeld. In dat rapport is beschreven dat onder het toen geldende artikel 81 Wet RO cassatie achterwege blijft in de gevallen waarin een middel klaagt, 'op een punt van zo ondergeschikte betekenis, dat dit niet tot enig gevolg hoeft te leiden, of dat de Hoge Raad door tamelijk mineure ingrepen de zaak zelf kan afdoen'.¹¹ Volgens het rapport

'[moet] hierbij worden gedacht aan middelen (i) die feitelijke grondslag missen; (ii) waarin vaste rechtspraak wordt miskend; (iii) waarin de duidelijke tekst van de wet wordt miskend; en (iv) waarin de beperkingen van de toetsing in cassatie worden miskend [...] Ook komt het in strafzaken regelmatig voor dat een middel al dan niet terecht klaagt, doch op een punt van zo ondergeschikte betekenis, dat dit niet tot enig gevolg hoeft te leiden, of dat de Hoge Raad door tamelijk mineure ingrepen de zaak zelf kan afdoen. In dit verband kan worden gewezen op gevallen waarin de Hoge Raad:

- 6 *Versterking van de cassatierechtspraak*, Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag, februari 2008, p. 18
- 7 Ik merk geheel terzijde op dat de samenstelling van de commissie-Hammerstein eenzijdig, om niet te zeggen gemankeerd was, in die zin dat de leden van de commissie allen uit de kring van de Hoge Raad en de afdeling wetgeving van het Ministerie van Justitie afkomstig waren (*Versterking van de cassatierechtspraak*, Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag, februari 2008, p. 6 en 7). In de commissie was het 'gebruikersperspectief' in het geheel niet vertegenwoordigd.
- 8 W.H. Jebbink, 'Hoe zuiver is de strafkamer van de Hoge Raad?', *NJB* 2013/951.
- 9 J.S. Nan en L.J.J. Rogier, 'Strafkamer Hoge Raad onduidelijk over verwijderingsbevel', *NJB* 2014/1725.
- 10 Op dit voorbeeld valt in zoverre wat af te dingen, dat het hier ten gronde gaat over de toepassing van de bevoegdheid tot ambtshalve cassatie – maar dan weer wel uit het oogpunt van het 'belang' bij cassatie. Fijnproevers zouden hier nog een onderscheid kunnen smaken met de gevallen waarin de Hoge Raad naar aanleiding van cassatieklachten het belangcriterium in stelling brengt. Zie voor voorbeelden van dat soort zaken HR 4 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3113 of HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3476 – waarin de Hoge Raad zich niet bekreunt over de vraag hoe de veroordeelde de *zuständige Behörde* er in hemelsnaam toe zou kunnen bewegen om een in stand gelaten *misdrifkwalificatie* toch als *overtreding* in de Justitiële Documentatie te verwerken.

11 *Versterking van de cassatierechtspraak*, Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag, februari 2008, p. 32.

- oordeelt dat het verzuim van de feitenrechter om te antwoorden op een responsieplichtig verweer niet tot cassatie behoeft te leiden, omdat de Hoge Raad eenvoudig kan uitleggen waarom het verweer slechts verworpen had kunnen worden;
- de kwalificatie op ondergeschikte punten verbetert;
- een verbetering aanbrengt in de vermelde toepasselijke wettelijke voorschriften;
- op niet-wezenlijke onderdelen overwegingen van de feitenrechter verbeterd leest en aldus delen schrapt, verandert, of aan die overwegingen iets toevoegt;
- (delen van) de door de feitenrechter aan zijn beslissing gegeven motivering buiten beschouwing laat of de juistheid daarvan in het midden laat; en
- de door de feitenrechter aan zijn beslissingen gegeven motivering uitlegt.¹²

Deze geruststellende voorbeelden zijn in het parlementaire debat overgenomen en leidend geworden voor het parlementaire begrip van de portee van het voorgestelde artikel 80a Wet RO, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis:

‘Welke criteria zullen gelden voor de invulling van het begrip «klaarblijkelijk onvoldoende belang» bij het cassatieberoep, of het «klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden» van een klacht? De leden van de CDA-fractie vragen of de volgende voorbeelden als criteria daarvoor kunnen gelden: «de klachten zijn evident ongegrond»; «de bestreden uitspraak van het Hof is in overeenstemming met de vaste rechtspraak van de Hoge Raad»; «de cassatiemiddelen berusten op een verkeerde lezing van de stellingen van het Hof»; «de middelen zijn niet gebaseerd op de door het Hof vastgestelde feiten». Kan de regering aangeven of deze voorbeelden juist zijn en of zij voldoen aan een passende interpretatie van het voorgestelde artikel 80a Wet RO?»¹³

Het antwoord van de minister was kort: ‘De door de CDA-fractie gegeven voorbeelden zijn juist en een passende interpretatie van de toepassing van artikel 80a Wet RO.’¹⁴

Aan het parlement werd daarbij nog de geruststellende mededeling gedaan dat de invoering van artikel 80a Sv geen verandering zou betekenen voor de ambtshalve cassatie.¹⁵

Vastgesteld moet worden dat de (belang)jurisprudentie die de Hoge Raad in de afgelopen paar jaar heeft ontwikkeld zeer veel verder gaat dan de onschuldige voorbeelden die het parlementaire debat hebben gekleurd. Het is alsof je oudste zoon de sleutels van je auto vraagt omdat hij zijn telefoon daarin heeft laten liggen. Het volgende dat je hoort is dat hij in jouw auto met wat vrienden voor een feestje naar Berlijn is gereden. De verschuiving in de taken van de Hoge Raad heeft een vlucht genomen die de grenzen van de parlementaire toestemming overstijgt. Een wel heel bijzonder voorbeeld van ‘rechterlijke ongehoorzaamheid’.

3 Kwaliteit van rechtspraak

Daarbij houd ik mijn hart vast voor de gevolgen van de doorschietende jurisprudentie van de Hoge Raad op de kwaliteit van de feitenrechtspraak. Elk geval waarin de Hoge Raad een verzuim of fout van de feitenrechter laat passeren, omdat de verdachte ‘onvoldoende belang’ bij cassatie zou hebben, heeft zelfstandige communicatieve waarde. Steeds weer is de boodschap aan de feitenrechter *dat het kan*. Wat het hof heeft gedaan ‘verdient misschien niet de schoonheidsprijs’ – *eigenlijk* hoort niet – *eigenlijk* mag niet – maar het leidt niet tot ongelukken, *het kan dus wel*. De enige boodschap die de Hoge Raad daarmee uitzendt is dat de feitenrechters op de punten die de Hoge Raad als van ‘onvoldoende belang’ heeft benoemd, ook niet meer zo precies hoeven te kijken. Er vloeit immers toch geen bloed uit voort. Daarmee geeft de Hoge Raad leiding aan normvervaging en kwaliteitsbederf in de feitenrechtspraak.¹⁶ Deze rechtsontwikkeling is de mijne niet.

4 Naar een lijdelijke strafrechter

Maar waar ik het na deze wat lange inleiding eigenlijk over wil hebben is een ander effect van het recht dat de Hoge Raad aan het ontwikkelen is. Dat effect volgt met name uit de herschikking van de verantwoordelijkheden in het straf-

¹² ‘Motiveren in cassatie’, *Strafblad* 2013, p. 126, voetnoot 32.

¹³ Zo begrijp ik de – uiteraard – diplomatiekere bewoordingen van 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* 2013/9, p. 90. Opmerkelijk is overigens dat het ‘pedagogisch effect’, dat is afgeschaft als reden om ondermaatse arresten van gerechtshoven te casseren, kennelijk wél mede dragend is voor de koers van de Hoge Raad waar het betreft het niet-ontvankelijk verklaren van cassatieberoepen waarvan de schrifturen naar het oordeel van de Hoge Raad kwalitatief onvoldoende zijn: Borgers, a.w., alsmede Mevis 2013, p. 83, beiden n.a.v. HR 11 september 2012, *NJ* 2013/242, m.nt. Bleichrodt. Is dit niet meten met twee maten?

¹⁴ *Versterking van de cassatierechtspraak*, Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag, februari 2008, p. 32 en 33.

¹⁵ *Kamerstukken I* 2011/12, 32576, B, p. 3 (VV).

¹⁶ *Kamerstukken I* 2011/12, 32576, C, p. 4 (MvA).

¹⁷ *Kamerstukken II* 2010/11, 32576, 3 (MvT), p. 20. Zie bijv. echter ECLI:NL:HR:2014:1693, waarbij de Hoge Raad niet ambtshalve ingreep (een van de bewezenverklarde feiten was inmiddels verjaard) na een 80a-beslissing. Van betekenis voor die beslissing kan echter zijn dat de schriftuur geen ‘middel’ in de zin der wet inhield: vgl. J.S. Nan,

proces. Daar is uiteraard al het nodige over gezegd¹⁷ maar in de recente jurisprudentie van de Hoge Raad zijn daar – ik zou bijna zeggen: maandelijks – nog weer verderstreckende voorbeelden van te vinden. Ik noem bijvoorbeeld de verplichting die op de advocaat in cassatie wordt gelegd om in voorkomende gevallen in de schriftuur uitdrukkelijk uiteen te zetten in welk rechtens te beschermen belang de verdachte is getroffen als gevolg van de niet-naleving van een wettelijk voorschrift door het hof.¹⁸ Annotator Van Kempen merkt op dat de Hoge Raad hiermee *de facto* de belangenmaatstaf in artikel 80a Sv omkeert: de wet zegt dat cassatie achterwege kan blijven als er ‘klaarblijkelijk onvoldoende belang’ is bij

Maar in dit geval zijn de efficiencyvoordelen van de ene partij de kosten voor de andere partij

het cassatieberoep. Maar de Hoge Raad maakt daarvan dat cassatie achterwege blijft als er ‘niet klaarblijkelijk voldoende belang’ is bij cassatie. Op de raadsman wordt dan de verplichting gelegd om dit ‘voldoende belang’ te stellen en te motiveren.

Of neem het bekende getuigenarrest van 1 juli 2014.¹⁹ Ook dat arrest staat in het teken van steeds toenemende en zwaardere verplichtingen voor de raadsman om verzoeken – in dit geval tot het horen van getuigen – uitgebreid te onderbouwen. ‘De lat voor de verdediging wordt hoog gelegd door de Hoge Raad,’ merkt annotator Borgers op. En ook hij stelt vast dat de Hoge Raad *contra legem* gaat bij het uitbreiden van de verplichtingen die op de verdediging worden gelegd.²⁰ De overtreffende trap van deze verantwoordelijkheidsverschuiving is wel de verplichting die bij de verdediging wordt neergelegd om in *andere* zaken onderzoek te doen om daarmee te onderbouwen dat zich een structureel verzuim in

de opsporing voordoet, dat in de *voorliggende* zaak aanleiding moet zijn voor toepassing van artikel 359a Sv.²¹

De keerzijde van deze jurisprudentie is dat zij de rechter toestaat achterover te leunen, passief te blijven, en af te wachten waar de verdediging mee komt. En als de verdediging het verweer vervolgens niet volgens de door de Hoge Raad voorgeschreven ‘afvinklijst’ inricht – vergelijk de eisen die de Hoge Raad aan de *vorm* van een verweer stelt in de jurisprudentie op artikel 359 lid 2 en artikel 359a Sv – dan kan de rechter het verweer reeds op die grond verwerpen, zonder zich over de *inhoud* van het verweer te hoeven buigen. De feitenrechter wordt daarmee door de Hoge Raad in toenemende mate ontslagen van zijn verantwoordelijkheid voor de juistheid en volledigheid van het onderzoek en voor de materiële juistheid van de beslissing. Het is de dood in de pot voor ons systeem van actieve rechters, die primair zelf verantwoordelijk zijn voor waarheidsvinding. De Hoge Raad kweekt passieve rechters.²²

5 Efficiency als kostenallocatie ...

Kennelijk verwacht de Hoge Raad dat er ‘efficiencyvoordelen’²³ verbonden zijn aan zijn jurisprudentie. En inderdaad is het voor de rechter ontegenzeggelijk efficiënt als hij niet meer zelf ten volle verantwoordelijk is voor alle aspecten van het onderzoek en de beslissing, en dus niet meer zelf alles hoeft te bekijken, maar alleen nog maar tijd en aandacht hoeft te besteden aan de punten die door de partijen naar voren worden gebracht. Maar in dit geval zijn de efficiencyvoordelen van de ene partij de kosten voor de andere partij.

Stel, u levert appels aan de plaatselijke supermarkt. Dat doet u al jaren. En altijd leverde u de appels los in grote kratten aan. Maar nu wil de eigenaar van de supermarkt de appels anders aanbieden. Dat betekent voor u dat u de appels

17 Als enkele voorbeelden uit vele: J.M. Sjöcrona ‘Over ego’s, onwetendheid, onwil en de rechtspleging als vergiet’, *Trema* 1999, p. 82; A.A. Franken, ‘Voor de vorm’ (oratie Utrecht), 2004; D.V.A. Brouwer, ‘Privatisering van de rechtsbescherming en ineffective counsel’, in: A.E. Hartevelt (red.), *Systeem in ontwikkeling – liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 39-70; Mevis 2013; alsmede B.T. Nooitgedacht, ‘De kwaliteit van de verdediging als begrenzing van de rechterlijke taak tot waarheidsvinding en rechtsbescherming?’, *Strafblad* 2013, p. 4 en 5.

18 HR 28 januari 2014, *NJ* 2014/289, m.nt. Van Kempen.

19 Zie HR 1 juli 2014, *NJ* 2014/441, m.nt. Borgers. Zie bijv. ook HR 23 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2753 (het wordt ‘wordt overgelaten aan procespartijen’ of een EVRM-getuige op zitting moet worden gehoord).

20 Zie par. 4 van de noot onder HR 1 juli 2014, *NJ* 2014/441.

21 HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5322.

22 Als gezegd, deze kritiek is niet nieuw: ‘In ons gematigd inquisitoire stelsel is die constatering opmerkelijk: de *zelfstandige* taak van de rechter actief bij te dragen aan deugdelijke procesvoering en waarheidsvinding verliest aan belang in de mate waarin de verdediging wordt gekenmerkt door onervarenheid, domheid, luiheid, overwerktheid of ander menselijk falen. Door de koppeling van rechterlijke activiteit aan wat de verdediging aandraagt neigt onze strafrechtspleging paradoxaal genoeg steeds meer naar het tegensprekelijke *common law* model.’ J.M. Sjöcrona, ‘Eerlijkheid in geding, over recht en fatsoen in strafzaken’, *Trema* 2005, p. 373-380. Wel opmerkelijk is dat deze tendens sinds de invoering van art. 80a Wet RO zo zeer lijkt te zijn versneld.

23 Dit was de woordkeuze van een raadsheer uit de strafkamer van de Hoge Raad in zijn reactie op de hierna te noemen voordracht van mr. Ficq.

voortaan op een andere manier moet aanleveren: per zes verpakt, op een kartonnen schaalte, met een cellofaanfolietje eromheen, en een etiketje erop. Dat is efficiënter. Voor de supermarkt. De kosten van de verpakking (kartonnen schaalte, cellofaantje, etiketje) en de kosten van het verpakken (arbeidsuren, misschien een inpakmachine) zijn voor u. Want u krijgt van de supermarkt geen cent méér betaald.

In de rechtspraak is het niet anders. Als we de koers van de Hoge Raad in dit soort begrippen vangen, moeten we vaststellen dat er sprake is van een verschuiving van kosten van de rechterlijke macht naar de verdediging – dat is: de advocatuur.

Want om hetzelfde te bereiken – bijvoorbeeld om een casatieschriftuur behandeld te krijgen, om een getuige gehoord te krijgen, om een rechtmatigheidsverweer uit te schrijven – moet de raadsman méér motiveren. Hij moet dus domweg méér tijd en inspanning aan de zaak besteden, wil hij ten opzichte van het oude, nog niet door de Hoge Raad ‘ontwikkelde’ recht een zelfde kans op succes maken. Dat zijn dus méér uren die de advocaat aan de zaak moet besteden voor hetzelfde resultaat. En hoe je het ook wendt of keert: dat zijn kosten.

Het kan zijn dat de Hoge Raad bij het ‘ontwikkelen’ van het recht deze kostenaspecten niet op het netvlies heeft staan, en er dus simpelweg niet bij stilstaat. Dat kan. Maar dan herhaal ik de vraag of het misschien niet tijd wordt om experts uit andere disciplines – bijvoorbeeld economen – in de Hoge Raad te benoemen.

Het kan ook zijn dat de Hoge Raad zich gevoelig getoond heeft voor de klachten over werkdruk, kosten en bezuinigingen bij de rechterlijke macht – waartoe de Hoge Raad immers ook zelf behoort – en als gevolg daarvan binnen de strafrechtspleging bewust kosten her-allocert. Maar dan zou het de Hoge Raad sieren als hij daar expliciet in zou zijn.

6 ... in tijden van bezuiniging

Bij het symposium ter gelegenheid van het afscheid van Geert Corstens als president van de Hoge Raad, hield Benedicte Ficq een gepassioneerd betoog vóór het behoud van de gespecialiseerde strafrechtadvocatuur.²⁴ Haar pleidooi hield in dat inmiddels het niveau van de vergoedingen voor gefinancierde rechtsbijstand zó laag is geworden, en dat voor de vergoedingen zó veel werkzaamheden moeten worden verricht, dat het bedrijfseconomisch niet langer rendabel is om op het huidige, kwalitatief hoge niveau, rechtsbijstand te verlenen. De gespecialiseerde strafrechtkantoren, die het vooral moeten

hebben van het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand, dreigen het niet langer te kunnen rooien. En dat is fataal voor de kwaliteit van de bijstand aan verdachten in strafzaken.

De reacties uit de zaal waren dat dit inderdaad een probleem is, maar dat Ficq haar pleidooi toch echt voor het verkeerde forum hield. Ze moest bij de staatssecretaris zijn, want die ging over het budget voor de gefinancierde rechtsbijstand. Daar maakten de raadsheren zich er naar mijn smaak iets te gemakkelijk van af. Inderdaad gaat de staatssecretaris over het niveau van de *vergoedingen*. Maar de Hoge Raad bepaalt als medewetgever al rechtsontwikkelen het niveau van de *kosten*. Voor de kostenher-allocatie die ik hiervoor heb beschreven – anders gezegd: voor de tamelijk systematische verhoging van de kosten voor de verdediging in de laatste jaren – is de Hoge Raad, en alleen de Hoge Raad, verantwoordelijk. In een betalende zaak kan de advocaat deze kosten – de extra tijd die aan de zaak moet worden besteed – in beginsel doorberekenen aan de cliënt. En als deze voldoende kapitaalkrachtig is, krijgt de advocaat deze ook nog betaald. Maar in ons systeem van gefinancierde rechtsbijstand blijven deze kosten bij de advocaat hangen. Dit kan ik illustreren aan de hand van de appelschriftuur van artikel 410 Sv. Voorheen, toen er nog geen consequenties verbonden waren aan het al of niet indienen van een appelschriftuur, werd zo’n schriftuur vrijwel nooit opgesteld. Sinds de inwerkingtreding van artikel 418 lid 3 Sv in 2005²⁵ is het van belang om, als men in hoger beroep nog getuigen wil horen, deze op te geven in de appelschriftuur. De tijd die advocaten sindsdien besteden aan het schrijven van die appelschriften wordt in het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand niet afzonderlijk vergoed. Die tijd wordt geacht onder de vergoeding voor de bijstand in eerste aanleg te vallen.²⁶ Maar die vergoeding werd met de wetswijziging in 2005 vanzelfsprekend niet verhoogd. Heel concreet en praktisch bracht deze wetswijziging dus met zich dat de rechtsbijstandadvocaat voor dezelfde vergoeding méér werkzaamheden moest verrichten. En als de Hoge Raad in

25 Wét van 10 november 2004, *Stb.* 579, i.w.tr. 1 januari 2005, *Stb.* 2004, 640.

26 Voor de niet-advocaten onder de lezers meld ik dat verreweg de meeste toevoegingszaken op basis van een soort lumpsum per zaak worden gefinancierd. De Raad voor de Rechtsbijstand heeft zijn beleid ter zake als volgt geformuleerd: ‘In strafzaken is in beginsel pas dan een grond aanwezig voor het verlenen van gesubsidieerde rechtsbijstand indien tegen de verdachte van een misdrijf een vervolging is aangevangen en hij op grond daarvan ter terechtzitting wordt gedagvaard. Voor de behandeling van het hoger beroep wordt daarom, volgens vast toevoegbeleid, pas ná dagvaarding een nieuwe toevoeging verleend’ (www.rvr.org/binaries/rbv-library/nieuwsbrieven/arnhem/nieuwsbrief-in-feiten-2008-01.pdf). In incidentele gevallen wordt overigens weleens een toevoeging verleend voorafgaand aan de appelschriftuur, zo werd mij in de wandelgangen van het congres meegedeeld. Dat doet m.i. aan het voorbeeld niet af.

24 Kort verslagen in *Advocatenblad* 12 (2014), p. 17 en 18.

weer een volgend getuigenarrest de eisen aan de opgave van de getuigen in de appelschriftuur nóg weer verder opschreeft – zwaardere motiveringseisen voor getuigenverzoeken, bijvoorbeeld – dan zal opnieuw kunnen worden vastgesteld dat de vergoedingen voor de rechtsbijstand in eerste aanleg niet worden verhoogd, en dat de rechtsbijstandadvocaat voor dezelfde vergoeding dus *nog* meer werkzaamheden moet verrichten.

Deze zelfde conclusie geldt voor elk van de aanvullende of verscherpte motiveringsverplichtingen die de Hoge Raad aan de verdediging oplegt. De kosten die daarmee zijn gemoeid zullen in toevoegingszaken in het algemeen bij de advocaat blijven hangen. Dat betekent dan weer dat de Hoge Raad, door kosten van de rechter naar de verdediging te verschuiven, de rentabiliteit en dus de continuïteit van de advocatenpraktijken in negatieve zin beïnvloedt.

7 Afronding: kwaliteit heeft een prijs

Borgers²⁷ schetst het dilemma waar de Hoge Raad voor staat als volgt:

'De lat onverminderd hoog blijven leggen, zodat er een stevige prikkel tot kwaliteitsverbetering wordt gegeven? Of soms toch enige toegeeflijkheid betrachten, juist ook om de justitiabele niet geheel in de kou te laten belanden?'

Maar ook Borgers stelt niet de vraag die er werkelijk toe doet. Die vraag is of de verdediging nog wel de kosten kan dragen die het gevolg zijn van de in aantal en zwaarte toenemende motiveringseisen van de Hoge Raad.

Immers, alleen als kwaliteit gratis is, leiden zwaardere motiveringseisen ook tot hogere kwaliteit.²⁸ In de weerbarstige werkelijkheid van de strafrechtspleging leiden zwaardere motiveringseisen vooral tot hogere kosten bij advocatenkantoren, en dus vanzelfsprekend tot de vraag of die kosten aanvaard moeten worden of wellicht vermeden kunnen worden. Rechtsbijstandadvocaten worden inmiddels – *vide* het pleidooi van Ficq – voor de afweging geplaagd om ófwel te voldoen aan de verscherpte eisen van de Hoge Raad, maar dan ten koste van een verantwoorde financiële kantoorhouding, ófwel om in het belang van de continuïteit van het kantoor de zaak zo goed en zo kwaad mogelijk te doen, wetende en aanvaardende dat daarmee de door de Hoge Raad opgeworpen drempels niet of niet geheel zullen worden gehaald.²⁹

Om dit op één voorbeeld toe te passen: je kan verwachten dat slechts in een klein aantal zaken een serieus onderbouwd verweer zal worden gevoerd, met de strekking dat zich een structureel gebrek in de opsporing voordoet. De reden daarvoor is niet dat die structurele verzuimen niet bestaan. De reden daarvoor is dat de onderzoekstijd die voor zo'n verweer noodzakelijk is in de voorliggende zaak veelal niet zal worden vergoed door de Raad voor de Rechtsbijstand – en dat dus de advocaat dat onderzoek kort gezegd in zijn privé-tijd zal moeten doen, met een prikkeling van zijn rechtsstatelijke genotscentrum als enige en kennelijk voldoende geachte beloning. Deze jurisprudentie van de Hoge Raad is daarom geen uiting van juridische finesse, maar bewijst slechts dat de Kazernestraat op een andere planeet ligt. Een planeet waar alles mooi en roze is, waar verdediging voor iedereen gratis is, waar de bedrijfseconomische realiteit van het strafrechtsbedrijf op planeet Aarde geheel onbekend is.

Het beeld alsof de Hoge Raad de lat steeds hoger legt, is mijns inziens dus onjuist, om niet te zeggen misleidend. Het juiste beeld is dat de Hoge Raad in de polder van de strafrechtspleging het waterpeil steeds verder laat stijgen. Als we niet uitkijken, gaan juist de bevlogen strafrechtadvocaten – de advocaten die kwaliteit willen bieden in toevoegingszaken en zich daarvoor het vuur uit de schoenen lopen – kopje onder. Dan kun je het als advocaat alleen nog maar rooien als je in staat bent te schipperen tussen de harde bedrijfseconomische feiten die voor elke kleine zelfstandige gelden, en de belangen van je cliënt.

Ik zoek – tot nu toe tevergeefs – naar signalen dat het de Hoge Raad interesseert of er iemand door de hogere waterstand verzuipt.

27 M.J. Borgers, Doorpakken in cassatie, *NJB* 2013/2122.

28 Ook P.A.M. Mevis 2013, p. 86, stelt op dit punt kritische vragen.

29 Vgl. de 'reële risico's' die A.A. Franken beschrijft in 'Alle waar is naar zijn geld', *DD* 2013/54, p. 586-587.