

# Artikel

## Modern beslissen in hoger beroep en cassatie

Mr. D. Bektesevic en mr. M. Berndsen\*

### 1 Inleiding

Bij het moderniseren van het Wetboek van Strafvoeding hoort uiteraard ook het moderniseren van de procedures in hoger beroep en cassatie. Hoewel de meest ingrijpende wijzigingen die de minister voorstaat de procedure in hoger beroep raken, verandert ook in de cassatiefase het nodige.<sup>1</sup> Deze bijdrage is in hoofdzaak gewijd aan de veranderingen in de beslisschema's in hoger beroep en cassatie. Daartoe worden eerst kort en op hoofdlijnen de geschiedenis en de huidige situatie van beide beslisschema's geschetst, waarna het concept-wetsvoorstel en de bijbehorende memorie van toelichting worden geanalyseerd. In het bijzonder wordt stilgestaan bij de invloed van de veranderingen in hoger beroep op de procedure en de (on)mogelijkheden om oordelen van het hof ter toetsing voor te leggen aan de Hoge Raad.<sup>2</sup> Tot slot volgen conclusies.

### 2 Hoger beroep

#### 2.1 Verleden en heden

In het oorspronkelijke wetboek van 1926 had het hoger beroep min of meer te gelden als een volledig nieuwe

behandeling. Weliswaar waren al trekken van een grievenstelsel te herkennen in de regeling van het hoger beroep, maar dit laatste was in zekere zin vrijblijvend. Werden bijvoorbeeld geen grieven ingediend, dan bleef dat zonder consequenties. De appelrechter droeg, net als nu, in het wetboek van 1926 zelfstandig verantwoordelijkheid voor de beantwoording van de vragen uit het beslisschema van de artikelen 348 en 350 Sv. In het derde interimrapport van het onderzoeksproject Strafvoeding 2001 werden voorstellen gedaan om hierin verandering aan te brengen. Om het 'dialogiekarakter' van het geding te versterken, achtten de onderzoekers het wenselijk dat het opgeven van grieven en bezwaren zijn 'min of meer vrijblijvende karakter' zou verliezen.<sup>3</sup> Vanuit onder meer de wens om dubbel werk voor de zittende magistratuur te voorkomen, heeft de wetgever de bevindingen en aanbevelingen uit Strafvoeding 2001 gebruikt om te komen tot het zogenoemde voortbouwende appel (Wet stroomlijnen hoger beroep).<sup>4</sup> Sinds de wetwijzigingen van 2007 kenmerkt ons systeem zich door een beperkt grievenstelsel. Het hof kan zich bij de behandeling van het beroep in het bijzonder richten op de grieven en/of bezwaren die de appellant tegen het vonnis inbrengt. Deze grieven kunnen blijken uit de appelschriftuur (art. 410 lid 1 Sv),<sup>5</sup> terwijl bij aanvang van het hoger beroep mondeling bezwaren kunnen worden opgegeven (art. 416 lid 1 Sv).<sup>6</sup> In die zin kunnen

55

\* Mr. D. (Dino) Bektesevic is advocaat bij De Roos & Pen te Amsterdam. Mr. M. (Michael) Berndsen is advocaat bij Meijers Canatan Advocaten te Amsterdam.

1. Voor een tour d'horizon van de wijzigingen in hoger beroep wordt verwezen naar A.M. van Woensel, 'Hoger beroep in strafzaken in een gemoderniseerd jasje', *RMThemis* 2018-5. Voor een meer algemene blik op de wijzigingen in cassatie zie A.J.A. van Dorst, 'Cassatie in het nieuwe Wetboek van Strafvoeding', *TMSv* 2018/13.

2. In deze bijdrage gaan wij steeds uit van de 'normale' strafzaak, waarin het hof de hoogste feitelijke instantie is.

3. M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en Rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvoeding 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 354.

4. *Kamerstukken II* 2005/06, 30320, 1 (Wet stroomlijnen hoger beroep).

5. In de praktijk lijkt nogal eens te worden gedacht dat een appelschriftuur slechts kan worden ingediend binnen veertien dagen na het instellen van het hoger beroep. Dat is niet het geval, zie bijvoorbeeld HR 3 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:585, *NJ* 2013/441.

6. Hoewel in de praktijk grieven in een appelschriftuur meer substantie plegen te hebben dan mondelinge bezwaren ('de verdachte stelt ten onrechte te zijn veroordeeld'), worden aan grieven nauwelijks inhoudelijke eisen gesteld. Het aankruisen van hokjes op een voorgedrukt formulier door de officier van justitie kan voldoende zijn (HR 1 november

verdachte en Openbaar Ministerie invloed uitoefenen op de breedte en diepgang van het hoger beroep en kan soms dubbel werk worden vermeden. Het hof heeft immers de ruimte het beroep voornamelijk te richten op datgene wat partijen aan de orde willen stellen, dan wel datgene wat het hof ambtshalve van belang acht (art. 415 lid 2 Sv).<sup>7</sup> Wanneer de verdachte geen grieven heeft ingediend en ook mondeling geen bezwaren opgeeft, kan het hof het beroep van de verdachte niet-ontvankelijk verklaren (art. 416 lid 2 Sv).<sup>8</sup> Het beroep van het Openbaar Ministerie kan hetzelfde lot beschoren zijn indien de officier van justitie geen of niet tijdig grieven heeft ingediend (art. 416 lid 3 Sv). Dit is echter uitdrukkelijk geregeld als een discretionaire bevoegdheid. Het hof mag te allen tijde ervoor kiezen deze consequentie achterwege te laten en de zaak toch inhoudelijk te behandelen.

Waar het in deze bijdrage vooral om draait, is het beslismodel in hoger beroep. Bij invoering van de Wet stroomlijnen hoger beroep is nadrukkelijker gekozen voor een contradictoire appelbehandeling waarbij de inbreng van partijen centraal staat. Ingevolge artikel 423 Sv kan het hof het vonnis geheel of gedeeltelijk bevestigen of vernietigen.<sup>9</sup> Niettemin is de appelrechter steeds zelf verantwoordelijk voor de beantwoording van de formele en materiële hoofdvragen. Ook in hoger beroep geldt immers krachtens de schakelbepaling van artikel 415, lid 1 Sv het beslisschema van de artikelen 348 en 350 Sv. Nu het stelsel het midden houdt tussen een geheel nieuwe behandeling en een corrigerend appel wordt het wel aangeduid als een middenstelsel.<sup>10</sup> In zoverre hinkt het stelsel op twee gedachten: er is gekozen om de behandeling ter zitting voornamelijk te concentreren op wat partijen verdeeld houdt, maar bij de beraadslaging zal het hof de zaak geheel over moeten doen in die zin dat alsnog het gehele schema van de artikelen 348 en 350 Sv moet worden doorlopen.<sup>11</sup> De

contourennota duidt het huidige systeem in dit opzicht aan als 'halfslachtig'.<sup>12</sup>

## 2.2 Naar een beslismodel gericht op bezwaren

### • *Bezwaren en de omvang van het beroep*

Hiervoor is uiteengezet hoe het beperkte grievenstelsel in hoger beroep in 2007 enigszins is versterkt, maar dat de grieven heden ten dage nog steeds een beperkte betekenis hebben. In de contourennota voor het nieuwe Wetboek van Strafvordering werd daarom het voorstel gedaan om indiening van grieven voorafgaand aan de zitting verplicht te stellen. Zodoende zou minder voorbereidingstijd van rechters en zittingscapaciteit verloren gaan.<sup>13</sup> Hoewel dit voorstel een uitwerking vormde van wensen van de gerechtshoven, zou daaraan volgens de verantwoordelijke ministers inmiddels geen behoefte meer bestaan.<sup>14</sup> Daarom is in het ontwerp van het nieuwe Wetboek van Strafvordering afgezien van een strikter grievenstelsel.<sup>15</sup> Wel is gekozen voor een nieuw beslismodel in hoger beroep. Bezwaren van partijen spelen in de voorgestelde regeling een centrale rol. Wij staan eerst stil bij de invloed van bezwaren op de omvang van het appel, omdat dit laatste mede bepalend is voor het beslismodel in hoger beroep.

De omvang van het appel wordt na de voordracht van de advocaat-generaal door de voorzitter vastgesteld (art. 5.4.4.3 lid 1 conceptwetsvoorstel tot vaststelling van Boek 5 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering).<sup>16</sup> In de eerste plaats moet worden vastgesteld tegen welke feiten het beroep zich blijkt de 'vastlegging van het rechtsmiddel' richt.<sup>17</sup> In deze vastlegging kan net als nu sprake zijn van een beperking tot één of meer cumulatief ten laste gelegde feiten, zo volgt uit artikel 5.4.1.1.4 lid 2. Onveranderd blijft dat appel tegen deelbeslissingen onmogelijk is. In geval van een vrijspraak van moord maar veroordeling voor doodslag, zal het beroep zich aldus niet slechts tegen de bewezenverklaring van doodslag kunnen richten, ook niet als het Openbaar Ministerie en de verdachte het erover eens zijn dat van moord geen sprake is. Evenmin zal het mogelijk zijn de bewezenverklaring in haar geheel uit te sluiten van het beroep en dat beroep slechts te richten tegen de opgelegde straf, de toewijzing van de vordering van de benadeelde partij, de toewijzing van een vordering tot tenuitvoerlegging van een eerder opgelegde voorwaardelijke straf, de beslissing omtrent verbeurdverklaring enzovoort. Opvallend verschil is dat de benadeelde partij onder de voorgestelde wetgeving een verruimde zelfstandige mogelijkheid heeft om te appel-

2016, ECLI:NL:HR:2016:2458). Bovendien kunnen grieven zowel bezwaren direct gericht tegen het oordeel van de rechter in eerste aanleg zijn, als andersoortige gronden voor het instellen van het beroep (HR 30 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:2002, *NJ* 2019/121 m.nt. Kooijmans).

7. *Kamerstukken II* 2005/06, 30320, 3 (MvT Wet stroomlijnen hoger beroep), p. 8-9.  
8. Dit kan zowel zonder onderzoek van de zaak zelf als bij einduitspraak, zo blijkt uit HR 2 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0910, *NJ* 2010/88, r.o. 2.6.2. Het hof heeft daarbij in het algemeen niet te onderzoeken of met de voortgang van de zaak enig rechtens te respecteren belang is gediend. Zie (impliciet) HR 20 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:3421.  
9. De Hoge Raad heeft in HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0256, *NJ* 2011/294, m.nt. Mevis onder verwijzing naar de wetgeschiedenis overwogen dat de Wet stroomlijnen hoger beroep beoogt dat vonnissen vaker dan voorheen worden bevestigd, en geoordeeld dat de rechtspraak moet trachten daaraan gevolg te geven.  
10. *Kamerstukken II* 2005/06, 30320, 3 (MvT Wet stroomlijnen hoger beroep), p. 6.  
11. Zo ook Van Woensel 2018, p. 205, G. Pesselse, 'Voortdurend voortbouwend appel', *Strafblad* 2015/4, en B.F. Keulen, 'Naar een appel met appeal. Over bezwaar en (hoger) beroep in strafzaken', *RM Themis* 2012-1.

12. *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278 (contourennota), p. 88.

13. *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 278 (contourennota), p. 90.

14. Waarom die behoefte inmiddels niet meer zou bestaan, laten de ministers in het midden.

15. Conceptmemorie van toelichting bij Boek 5 (hierna: concept-MvT Boek 5), p. 9.

16. Hierna wordt omwille van de leesbaarheid telkens slechts naar het betreffende artikelnummer verwezen.

17. De akte rechtsmiddel wordt afgeschaft en vervangen door de minder formele 'vastlegging' van het rechtsmiddel, art. 5.2.1.2 e.v.

leren tegen afwijzing of niet-ontvankelijkverklaring van haar vordering.<sup>18</sup>

Met de invoering van een strafmaatappel zou mogelijk worden dat de appelrechter een straf moet bepalen voor een feit, terwijl hij zich in de bewezenverklaring daarvan niet kan vinden. Dat achten de ministers onwenselijk, vooral omdat de nadruk bij de strafprocedure ligt bij het vinden van de materiële waarheid.<sup>19</sup> Over dit dragende argument moet worden opgemerkt dat het ook in het huidige stelsel kan voorkomen dat de appelrechter een straf moet bepalen voor een feit, terwijl hij zich in de bewezenverklaring daarvan mogelijk niet kan vinden. Als de verdachte bijvoorbeeld voor de feiten 1 tot en met 4 is veroordeeld in eerste aanleg en hij slechts van de beslissingen ter zake van feit 4 in beroep komt, zal het hof, of het de verdachte nu van feit 4 vrijspreekt of niet, ter zake van in elk geval de feiten 1 tot en met 3 een nieuwe straf moeten bepalen (art. 423 lid 4 Sv).<sup>20</sup> Of het hof zich dan met de bewezenverklaringen van die feiten 1 tot en met 3 kan verenigen, speelt geen rol. Deze feiten zijn immers van het beroep uitgesloten.

In de tweede plaats zijn voor de materiële omvang van het beroep de opgegeven bezwaren van belang. Nieuw is dat het hof de appellant gedeeltelijk niet-ontvankelijk kan verklaren, voor zover tegen een of meer feiten geen bezwaren zijn opgegeven.<sup>21</sup>

• *Bezwaren en het beslismodel*

De bezwaren tegen het vonnis krijgen in het nieuwe beslismodel aldus een centrale rol toebedeeld. Bezwaren kunnen zowel op voorhand als mondeling bij de aanvang van het hoger beroep zijn opgegeven. Wezenlijk anders dan in de huidige regeling, hoeft het hof zich daadwerkelijk enkel te richten op opgegeven bezwaren (naast een zeer beperkt aantal ambtshalve te toetsen onderwerpen, art. 5.4.4.4). Die onderdelen van het bestreden vonnis waartegen niet wordt geopponerd, hoeft het hof niet over te doen.<sup>22</sup> Wordt bijvoorbeeld slechts geklaagd over de straftoemeting, dan hoeft het hof in zijn arrest in het geheel geen bewezenverklaring op te nemen. Het hof zou volgens de memorie van toelichting kunnen verwijzen naar het vonnis in eerste aanleg, maar zelfs dit is niet

verplicht.<sup>23</sup> De onderdelen van het vonnis waar het beroep niet op ziet, worden niet door het hof bevestigd en deze onderdelen hoeft het hof dus ook niet voor zijn rekening te nemen.

Het beslismodel in het wetsvoorstel houdt in dat het hof zich eerst buigt over de oproeping en de (partiële) ontvankelijkheid van het beroep. Vervolgens beoordeelt het hof de gegrondheid van het hoger beroep (art. 5.4.4.10). Dit houdt in dat het hof – anders dan nu – niet zonder meer de materiële hoofdvragen van het huidige artikel 350 Sv hoeft te beantwoorden. In plaats daarvan kan het hof aan de hand van de opgegeven bezwaren en naar aanleiding van het onderzoek daarnaar ter zitting, het hoger beroep verwerpen of het vonnis vernietigen, al of niet partieel.<sup>24</sup>

Verwerping van het hoger beroep vindt plaats indien het hof de bezwaren tegen het vonnis ‘ongegrond acht’ en daarnaast ambtshalve geen reden voor vernietiging ziet (derde lid). In zekere zin lijkt dit op bevestiging van het vonnis onder de huidige wetgeving, maar er is – zoals hierna zal blijken – een belangrijk verschil voor de appelland die vervolgens cassatieberoep wil aantekenen. Verwerping kan gedeeltelijk plaatsvinden, en is ook mogelijk met aanvulling of verbetering van gronden (vierde lid).

Vernietiging is aangewezen voor zover het hof de opgegeven bezwaren gegrond acht én ‘het belang van een goede rechtsbedeling’ vernietiging vergt, aldus het vijfde lid. Hiervoor zagen we immers dat het hof ook in geval van gegronde bezwaren het beroep kan verwerpen door de gronden te verbeteren of aan te vullen. Voor vernietiging geldt als centraal criterium dus het belang van een goede rechtsbedeling, waarover de memorie van toelichting opmerkt dat dit criterium kan dienen als ‘richtsnoer bij een afweging van belangen als rechtsontwikkeling en rechtseenheid, en het belang van een juiste en voor alle betrokkenen rechtvaardige uitspraak’ (p. 32).<sup>25</sup> Deze vaag geformuleerde maatstaf biedt weinig houvast en duidelijkheid, voor de rechtzoekende maar ook en vooral voor de hoven die deze maatstaf steeds aan zullen moeten leggen. Hoewel het uiteraard steeds de rechter zal zijn die de afweging in concreto zal moeten maken, zou een nadere uitleg van de zijde van de ministers niet misstaan. De genoemde rechtseenheid en rechtsontwikkeling zouden erop kunnen duiden dat hier een maatstaf ex artikel 81 Wet RO voor de hoven

18. Thans bestaat voor de benadeelde partij een zelfstandige beroepsmogelijkheid bij de civiele kamer voor zover haar vordering is afgewezen (art. 421 lid 4 Sv). In de voorgestelde regeling wordt deze beroepsmogelijkheid van de benadeelde partij verder verruimd, in zoverre dat zij zelfstandig hoger beroep kan aantekenen tegen de niet-ontvankelijkverklaring en/of afwijzing van haar vordering (art. 5.4.1.2.1 lid 1 en 2), indien de vordering ten minste € 1.750 bedraagt en de niet-ontvankelijkheid niet het gevolg is van vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolgging (lid 3). Overigens kan de benadeelde partij ingevolge het tweede lid bovendien haar vordering uiterlijk bij schriftuur vermeerderen.
19. Concept-MvT, p. 35. Zie over de voor- en nadelen van een partieel appel uitgebreid J. de Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 183-188. De Hullu toonde zich geen voorstander van de invoering van partieel appel.
20. Het hof moet zich bij het bepalen van de straf beperken tot datgene dat in eerste aanleg aan de orde is geweest (HR 2 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3202, NJ 2010/87).
21. Concept-MvT Boek 5, p. 29-30.
22. Al mag dat wel, zoals hierna zal blijken. Net als onder het huidige art. 415 lid 2 Sv blijft het hof bevoegd om ambtshalve in te grijpen.

23. Concept-MvT Boek 5, p. 30.

24. Ook onder de huidige wetgeving kan het hof een vonnis ten aanzien van de strafmaat partieel bevestigen (zie bijvoorbeeld HR 20 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:372, NJ 2018/173), maar daarvoor is vereist dat het hof zich kan verenigen met de bewezenverklaring.

25. Daarnaast verwijst de MvT naar HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0256, NJ 2011/294, m.nt. Mevis, r.o. 2.8.2 om aan te geven wanneer gebreken tot vernietiging aanleiding kunnen geven: ‘Dat zijn de beslissingen inzake de geldigheid van de inleidende dagvaarding, de bevoegdheid van de eerste rechter tot kennisneming van de zaak, de ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging dan wel de aanwezigheid van redenen voor schorsing van de vervolging, en voorts de beslissingen over de vraag of de verdachte het tenlastegelegde heeft begaan, de strafbaarheid van het bewezenverklaarde en van de verdachte alsmede de oplegging van straf en/of maatregel.’

wordt geïntroduceerd, maar de memorie van toelichting geeft hiervan overigens geen blijk.

In drie gevallen is vernietiging imperatief voorgeschreven, namelijk wanneer geen recht tot strafvordering bestaat,<sup>26</sup> wanneer het bewezenverklaarde niet onder een strafbepaling valt en wanneer oplegging van straf of maatregel niet op de wet berust (zesde lid).<sup>27</sup> Onder dit laatste geval wordt volgens de memorie van toelichting ook de eventuele overschrijding van de redelijke termijn in hoger beroep geschaard.<sup>28</sup>

Ook ten aanzien van de vernietiging is het voorgestelde beslismodel flexibel, nu het hof bevoegd is het vonnis partieel te vernietigen. Het zevende lid schrijft voor dat het hof doet wat de rechtbank had behoren te doen, voor zover het vonnis wordt vernietigd. Wel blijft het hof bevoegd om een vonnis integraal te vernietigen wanneer het belang van een goede rechtsbedeling dat vergt, aldus de memorie van toelichting. Dit kan bijvoorbeeld zo zijn wanneer sprake is van een veelheid van verzuimen in het bestreden vonnis.<sup>29</sup>

Dit alles doet de vraag rijzen in hoeverre het hof zijn beslissingen dient te motiveren. Het achtste lid schrijft voor dat de beslissingen met redenen zijn omkleed 'voor zover dat voor de begrijpelijkheid van die beslissingen nodig is'. Hoewel dit criterium niet uitblinkt in helderheid, zet de memorie van toelichting het door middel van enkele voorbeelden in de sleutel van de aangevoerde bezwaren.<sup>30</sup> Is bijvoorbeeld de advocaat-generaal het eens met een bezwaar van de verdachte, dan zal gegrondverklaring van dat bezwaar geen motivering behoeven. In algemene zin geldt dat een uitgebreid verweer een behoorlijke respons vereist.<sup>31</sup> Ook voor de Hoge Raad geldt dat hij bij de beantwoording van de vraag of het hof een verweer toereikend gemotiveerd heeft verworpen, acht pleegt te slaan op wat het verweer zelf om het lijf heeft. Bij de verwerping van een uitdruk-

kelijk onderbouwd standpunt ex artikel 359 lid 2, tweede volzin, Sv behoeft het hof niet op elk detail daarvan in te gaan, terwijl uitleg van de zijde van het hof uit kan blijven als dat standpunt zijn weerlegging vindt in de bewijsmiddelen.<sup>32</sup> Grof gezegd leidt deze koers van de Hoge Raad ertoe dat in cassatie over de verwerping van uitdrukkelijk onderbouwde standpunten veelvuldig wordt geklaagd, maar dat die klachten zelden slagen.

Zo op het eerste gezicht lijkt de voorgestelde bepaling niet veel te verschillen van de koers die de Hoge Raad heeft ingezet, al komt de focus meer te liggen op wat partijen verdeeld houdt. Met name in dat laatste kan een argument gevonden worden voor een meer omvattende motiveringsplicht. Als motiveren (meer) in de sleutel van de aangevoerde bezwaren wordt geplaatst, is goed te billijken dat het hof uitgebreider op die bezwaren reageert.

### 2.3 De gevolgen van de wijzigingen

#### • *Werkwijze gerechtshoven*

Het laat zich raden dat de gerechtshoven tijd zullen besparen onder de voorgestelde wetgeving. Tijdens de zitting kan de behandeling van een zaak immers worden beperkt tot de opgegeven bezwaren. Nog meer dan sinds 2007 kan het hof die onderdelen van het bestreden vonnis waarover geen verschil van mening bestaat, onbesproken laten. Het beroep kan bovendien partieel niet-ontvankelijk worden verklaard. Vervolgens hoeft het arrest hoofdzakelijk slechts datgene te bevatten dat wijziging behoeft. Integrale vernietiging zal minder vaak noodzakelijk of wenselijk zijn, nu het beroep partieel ontvankelijk kan zijn en partiële vernietiging mogelijk blijft.

In de memorie van toelichting wordt erop gewezen dat de gerechtshoven zo beter in staat zijn om de rechtsontwikkeling te sturen en de rechtseenheid te bevorderen. Deze twee functies zouden op de achtergrond zijn geraakt door het bijna standaard ('om proceseconomische redenen') vernietigen van vonnissen.<sup>33</sup>

Bij de te verwachten tijdbesparing moet wel de kanttekening worden geplaatst dat het voor de verdachte mogelijk blijft om eerst ter terechtzitting ten overstaan van het hof bezwaren op te geven, te wijzigen of aan te vullen. Dit betekent dat het ook onder de nieuwe regeling zal gebeuren dat het hof zaken moet voorbereiden waarin geen appelschriftuur is ingediend, en waar vervolgens bijvoorbeeld geen verdachte verschijnt, of slechts sprake blijkt te zijn van een strafmaatappel. Dit bezwaar kan overigens worden ondervangen met een aparte ontvankelijkheidszitting, zoals het Gerechtshof Amsterdam pleegt te doen. Tijdens deze rolzitting kunnen alsnog bezwaren worden opgegeven, waarna de inhoudelijke behandeling wordt gepland.

26. Overigens heeft de Hoge Raad bij arrest van 30 oktober 2018 bekendgemaakt voortaan niet langer ambtshalve te casseren in geval van verjaring, behalve wanneer de verjaring intreedt tussen indiening van de schriftuur en het wijzen van het arrest. Na inwerkingtreding van het nieuwe wetboek zal het hof de verjaring dus verplicht ambtshalve moeten toetsen. In geval van verjaring tussen de datum van uitspraak in appel en het indienen van de cassatieschriftuur blijft een veroordeling van een verdachte – indien daarover in cassatie niet wordt geklaagd – ter zake van verjaarde feiten 'gewoon' in stand (HR 30 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:2022, NJ 2018/475 m.nt. Vellinga).

27. In HR 30 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:2006 casseerde de Hoge Raad niet ambtshalve, terwijl het hof een sanctie had opgelegd die geen wettelijke grondslag heeft. Gelet erop dat in hoger beroep min of meer om deze straf was verzocht namens de verdachte, was volgens de Hoge Raad – bij gebrek aan een klacht op dit punt – het belang bij cassatie niet zonder meer gegeven.

28. Concept-MvT, p. 31. Van Woensel merkt op dat de MvT hier verwarring scheidt, nu het hof de beslissing omtrent de redelijke termijn volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad uitsluitend hoeft te expliciteren en motiveren wanneer hierover verweer is gevoerd (Van Woensel 2018, p. 209).

29. Concept-MvT, p. 33. Van Woensel merkt hierover op dat de hoeveelheid werk voor het hof – een praktisch argument – moeilijk maatgevend kan worden geacht voor het oordeel over een goede rechtsbedeling (Van Woensel 2018, p. 210).

30. Aan de inscherpingsfunctie van het motiveren wordt kennelijk geen doorslaggevende betekenis toegekend.

31. Concept-MvT, p. 34.

32. Betekenis komt onder meer toe aan de inhoud en de indringendheid van de aangevoerde argumenten, zie o.a. HR 11 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9130, NJ 2006/393, m.nt. Buruma.

33. Concept-MvT, p. 28, alsmede *Kamerstukken II 2005/06*, 30320, 1 (Wet stroomlijnen hoger beroep), p. 30 en HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0256, NJ 2011/294, m.nt. Mevis.

Bezien vanuit het perspectief van de hoven lijkt sprake van welkome wijzigingen. De nieuwe regeling codificeert diverse jurisprudentiële ontwikkelingen en stroomlijnt de behandeling van zaken door het gerechtshof. Wel is door Van Woensel kritiek geuit op de node-loos gecompliceerde formulering van de motiveringsvoorschriften.<sup>34</sup>

• *Rechtsbescherming*

Vooropgesteld moet worden dat een efficiënter proces voor alle procesdeelnemers op zichzelf gunstig zou zijn. Dit kan immers leiden tot kortere doorlooptijden, het sneller kunnen horen van getuigen en minder schendingen van de redelijke termijn. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming is het streven naar meer efficiëntie evenwel niet altijd wenselijk. In elk geval moet worden benadrukt dat meer efficiëntie ook een keerzijde kent, in die zin dat de rechtsbescherming daaronder kan lijden. Nu uit de concept-memorie van toelichting niet blijkt dat de ministers het niveau van rechtsbescherming willen verlagen, menen wij dat ervoor moet worden gewaakt dat dit niveau niet onbedoeld daalt als gevolg van de maatregelen.

Een punt van zorg kan zijn dat de appelrechter zich mogelijk zal ontwikkelen tot een lijdelijke rechter, die zijn onderzoek reactief inricht naar aanleiding van de input van partijen. Afscheid nemen van de actieve appelrechter die zelf te allen tijde verantwoordelijk is voor het vinden van de materiële waarheid gaat gepaard met afscheid van een extra waarborg. Het beginsel van *in dubio pro reo* is immers gebaat bij een ambtshalve beoordeling van de bewezenverklaring, zelfs als daartegen – om welke reden dan ook – niet is geopponeerd.

Een ingrijpend verschil ten opzichte van de huidige regeling is dat het conceptwetsvoorstel een fuikwerking kent. Klachten in cassatie kunnen slechts zijn gericht tegen beslissingen van het hof.<sup>35</sup> In cassatie kan aldus slechts worden geklaagd over die beslissingen waarover ook in hoger beroep is geklaagd en over beslissingen die door het hof ambtshalve zijn genomen. Onder de huidige wetgeving kan in cassatie met een bewijsklacht worden opgekomen tegen een bewezenverklaring die niet volledig wordt gedekt door bewijsmiddelen, ook indien daarover in appel niet is geklaagd. De nieuwe regeling sluit dit uit wanneer de bewezenverklaring in hoger beroep niet is aangevallen, althans wanneer het hof daarover geen beslissing heeft genomen.<sup>36</sup> Aldus zal de nieuwe regeling van het hoger beroep de betekenis van de

cassatieprocedure als vangnet verder doen afnemen.<sup>37</sup> In paragraaf 4 komen wij op dit punt uitgebreider terug.

Van de verdachte en de raadsman (m/v) wordt in toenemende mate een actieve houding gevergd, in het bijzonder door tijdig bezwaren tegen het vonnis kenbaar te maken. Verzuimen op dit terrein kunnen tot onomkeerbare gevolgen leiden, zoals niet-ontvankelijkheid van het appel of de onmogelijkheid om in cassatie nog over bepaalde onderdelen van het arrest te kunnen klagen. Het belang van een deskundige en alerte raadsman neemt aldus verder toe.<sup>38</sup>

In het bijzonder waar een verdachte zonder raadsman procedeert, is vanuit het oogpunt van rechtsbescherming wenselijk dat het hof de opgegeven bezwaren welwillend interpreteert, een verdachte zo nodig aanmoedigt zich van rechtsbijstand te voorzien en dat het hof ruimhartig gebruikmaakt van de bevoegdheid om ambtshalve het vonnis te beoordelen en zo nodig in te grijpen. De toekomst zal leren hoe dit in de praktijk uitpakt, nu de achterliggende gedachte van de nieuwe regeling immers juist is dat het hof zich in beginsel slechts op de bezwaren concentreert.

Stel dat sprake is van een verdachte zonder raadsman. Het is een man van weinig woorden. Ter terechtzitting geeft hij desgevraagd als bezwaar op dat ‘zo’n hoge straf toch onzin is’. De verdachte vindt de straf te hoog omdat hij het slachtoffer wel heeft geslagen, maar niet heeft geschopt. Het is niet denkbeeldig dat een dergelijke verdachte zijn bezwaren vooral in de sleutel van de strafmaat zal plaatsen, voor zover hij het onderscheid tussen bewezenverklaring en strafmaat al doorgrondt. Niet uitgesloten is dat dit in voorkomende gevallen als een strafmaattappel zal worden beschouwd. Vanuit het perspectief van rechtsbescherming is wenselijk dat het hof doorvraagt en vervolgens de bewezenverklaring en bewijsvoering van de rechtbank kritisch beoordeelt. Bovendien zal een verdachte zonder raadsman in de regel juridische verweren (zoals dakdekkersverweren) over het hoofd zien, zodat het risico bestaat dat deze verweren onopgemerkt blijven en een bewezenverklaring ten onrechte, omdat het hof daarover niet beslist, onherroepelijk wordt.<sup>39</sup>

In de conceptmemorie van toelichting wordt kort stilgestaan bij de vraag of de voorgestelde regeling van het hoger beroep voldoet aan de eisen van de artikelen 6 EVRM en 14 IVBPR. De redenering luidt in de eerste plaats dat besparing van werk zal leiden tot (betere) concentratie op de punten waar het echt om gaat, hetgeen een voordeel zou zijn. Wij vragen ons af of de tijdbesparing in de praktijk (deels) ten goede zal komen aan het

34. Van Woensel 2018, p. 211 e.v.

35. Uitgaande van een reguliere strafvervolgning (art. 78 Wet RO jo. art. 427 lid 1 en 2 Sv).

36. Concept-MvT, p. 34. Wel is er de theoretische mogelijkheid om via een rechtsklacht een onjuiste wetsuitleg van de rechtbank aan de orde te stellen, door te klagen dat het hof ambtshalve had moeten ingrijpen krachtens art. 5.4.4.10 lid 6 aanhef en sub b (aangezien het bewezenverklaarde niet onder een wettelijke strafbepaling valt). Denkbaar is dat de Hoge Raad zal oordelen dat een dergelijk eerst in cassatie gevoerd verweer tardief is, zodat cassatie uitblijft.

37. Wij schrijven ‘verder’ doen afnemen vanwege de afnemende bereidheid van de Hoge Raad om ambtshalve te casseren (zie W.H. Jebbink, ‘Hoe zuiver is de strafkamer van de Hoge Raad? Achterwege laten van

ambtshalve cassatie in evidente gevallen is in strijd met onze cassatieprocedure en het EVRM’, *NJB* 2013/951 en het recente arrest waarin de Hoge Raad bekendmaakte niet langer ambtshalve te casseren in geval van verjaring, HR 30 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:2022, *NJ* 2018/475 m.nt. Vellinga). Voorts wordt hier gewezen op het grootschalige gebruik van niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep op de voet van art. 80a Wet RO.

38. Gelet op de ontwikkelingen op het gebied van gefinancierde rechtsbijstand ligt hier mogelijk een spanningsveld.

39. Dit uiteraard uitsluitend voor zover het hof niet verplicht is ambtshalve in te grijpen krachtens art. 5.4.4.10 lid 6.

besteden van méér aandacht aan de geschilpunten dan nu het geval is. Het is niet denkbeeldig dat de tijdbesparing ten goede zal komen aan bijvoorbeeld verkorting van doorlooptijden: de vrijgekomen tijd wordt dan niet aan dezelfde zaak besteed, maar aan de volgende op de stapel. Verder merkt de memorie van toelichting op dat het recht op hoger beroep niet wordt beperkt, omdat middels grieven een volledig nieuwe behandeling kan worden bewerkstelligd. Bovendien moeten te allen tijde enkele onderdelen van het vonnis ambtshalve worden getoetst en is het hof steeds bevoegd om ambtshalve datgene te doen wat het noodzakelijk acht.<sup>40</sup>

### 3 Cassatie

#### 3.1 Verleden en heden

De gronden waarop de Hoge Raad kon en/of moest caseren kennen een bepaald roerig verleden. Ten tijde van de invoering van het wetboek in 1926 werd de taak van de Hoge Raad vooral gezien als bewaker van rechtseenheid.<sup>41</sup> Daarbij paste niet dat de Hoge Raad per geval oordeelde of een verzuim nietigheid rechtvaardigde, zodat het de wetgever was die bepaalde welke schendingen van wettelijke regels grond waren voor nietigheid. Toch begon de strafkamer van de Hoge Raad al snel na invoering van het wetboek het rechtsgevolg van nietigheid te verbinden aan vormverzuimen waarop de wet geen nietigheid als gevolg stelde.<sup>42</sup> Dit werden substantiële of essentiële nietigheden genoemd. Substantieel noemde de Hoge Raad een vorm als deze ‘tot het wezen van het strafproces’ behoort, van ‘zo wezenlijke betekenis is’, ‘een zo belangrijk onderdeel is van het strafproces’ en ‘een zo gewichtig beginsel van het strafproces’ inhoudt, dat verzuim daarvan, hoewel de wet het verzuim van die vorm niet uitdrukkelijk met nietigheid bedreigde, volgens ons hoogste rechtscollege tot nietigheid moest leiden.<sup>43</sup> De Hoge Raad vulde in dit opzicht het wetboek aan. Met Kuiper moet worden gezegd dat deze ontwikkelingen passen bij de toename van de

rechtsvormende taak van de strafrechter, die inmiddels algemeen is aanvaard.<sup>44</sup> Anderzijds werden in de jurisprudentie van de Hoge Raad bepaalde in de wet genoemde nietigheden niet uitgesproken als aan de rechter bleek dat door het verzuim geen redelijk door het betreffende voorschrift beschermd belang was geschonden.<sup>45</sup> Röling omschreef deze ontwikkelingen als ‘de leer der substantiële nietigheid ondanks wettelijke tolerantie’ en ‘de leer der incidentele geldigheid ondanks wettelijke onverbiddelijkheid’.<sup>46</sup> In 1963 codificeerde de wetgever de jurisprudentie van de Hoge Raad in die zin dat hij in artikel 99 Wet RO (thans: art. 79 Wet RO) opnam dat verzuim van vormen ook grond kon opleveren voor cassatie ‘voor zover (...) zodanige nietigheid voortvloeit uit de aard van de niet in acht genomen vorm’.<sup>47</sup> Verzuim van vormen kan grond vormen voor cassatie zowel als het verzuim heeft plaatsgehadt in het vonnis of arrest als wanneer het heeft plaatsgehadt in de loop van het rechtsgeding, zo bepaalt artikel 431 Sv. Hoewel de wet suggereert dat deze bepaling slechts toepassing vindt in het geval sprake is van formele nietigheden, geldt in de praktijk voor substantiële nietigheden hetzelfde.

#### • *Inperking aantal formele nietigheden*

Aan het einde van de vorige eeuw stelde de minister de Commissie herijking Wetboek van Strafvordering in (verder: commissie-Moons). De commissie startte een onderzoek naar de betekenis van vormvoorschriften en aan de niet-naleving daarvan te verbinden gevolgen. Dat de rechter vanaf de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 anders was omgegaan met vormverzuimen in het strafproces dan de wetgever voor ogen had gestaan, zou volgens haar als oorzaak kunnen hebben dat aan de keuzes van de wetgever in die tijd – de keuze een vormvoorschrift wel of niet van een wettelijke sanctie te voorzien – geen systematiek ten grondslag lag.<sup>48</sup> De commissie stelde uiteindelijk een stelsel voor waarin wettelijke sanctionering van vormvoorschriften alleen zou worden toegepast op die vormvoorschriften waarvan geen gevallen denkbaar zijn dat die wettelijke sanctionering te zwaar is.<sup>49</sup> Dit werd ook wel het ordenend beginsel genoemd. Met een dergelijk stelsel zou voorkomen worden dat de rechter opnieuw formele nietigheden zou gaan relativeren. De voor-

40. Art. 5.4.4.10 lid 5 sub b en concept-MvT, p. 61.

41. R. Kuiper, *Vormfouten* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, p. 23.

42. De civiele kamer had een soortgelijke wijziging al eerder in gang gezet door het begrip onrechtmatige daad van een ruimere uitleg te voorzien. Vergelijk HR 10 juni 1910, W 9038 (*Zutphense waterleiding*) met HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161 (*Lindenbaum/Cohen*).

43. Zie hierover A.J.M. Machielse, ‘De vorm van het strafrecht. Over de plaats en de functie van strafvorderlijke vormvoorschriften’, in: T.M. Schalken & E.J. Hofstee (red.), *In zijn verdediging geschaad. Over vormverzuimen en het belang van de verdachte* (Remmelink-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1989. Hij geeft bovendien aan dat de regering reeds in 1829 het bestaan van substantiële nietigheden erkende (p. 19-20). Een voorbeeld van een door de Hoge Raad aangenomen en gemotiveerde substantiële nietigheid vindt men in HR 11 april 1932, NJ 1932/1590, m.nt. Taverne, waarin de Hoge Raad overwoog dat ondanks het feit dat de wetgever het zonder overleg tussen het rechterlijk college, het OM, en de verdachte en diens raadsman afzien van het horen van getuigen niet uitdrukkelijk met nietigheid had bedreigd, toch nietigheid moest volgen. Tal van voorbeelden in de jurisprudentie zijn te vinden in F.C. Kist, ‘Nietigheden in het Nederlandse strafprocesrecht’, *RM Themis* 1971, p. 351-353 en P.S. de Gruyter, *Nietigheden in het strafproces en techniek der appelrechtspraak in strafzaken*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1976, deel B.

44. Kuiper 2014, p. 25. Die algemene aanvaarding neemt overigens niet weg dat aanhoudend onderwerp van discussie is hoe ver die rechtsvorming dan zou moeten gaan.

45. Zie bijvoorbeeld HR 18 mei 1932, NJ 1932/1651, m.nt. Taverne en HR 18 mei 1936, NJ 1936/976, m.nt. Taverne. Taverne spreekt in zijn noot (ook onder HR 14 oktober 1935, NJ 1936/56) over een ‘moderne behandeling van vormvoorschriften’.

46. Zie zijn noot onder HR 19 januari 1954, NJ 1954/348.

47. Wet van 20 juni 1963, *Stb.* 1963, 272. Schending van wet werd daarnaast gewijzigd in schending van recht, zodat in het vervolg ook aan ongeschreven recht kon worden getoetst.

48. Rapport Commissie herijking Wetboek van Strafvordering, *Recht in vorm, een onderzoek naar vormvoorschriften en de gevolgen van het verzuim daarvan*, 1993, p. 10.

49. Rapport Commissie herijking Wetboek van Strafvordering, *Recht in vorm, een onderzoek naar vormvoorschriften en de gevolgen van het verzuim daarvan*, 1993, p. 35.

schriften die voortaan niet meer met een wettelijke sanctie bedreigd zouden worden, zagen vooral op de samenstelling van de gerechten, de vormgeving van de terechtzitting, de bewijsmiddelen en de inhoud en de bekendmaking van de uitspraak. De voorstellen van de commissie werden grotendeels overgenomen in de Wet vormverzuimen.<sup>50</sup> De overgebleven formele nietigheden zijn thans te vinden in artikel 268 Sv (de rechter-commissaris die onderzoek heeft verricht in de zaak, behandelt de zaak niet), artikel 311 lid 4 Sv (de verdachte krijgt het laatste woord), artikel 330 Sv (de verplichting op bepaalde verzoeken van procespartijen te beslissen) en de artikelen 358 tot en met 360 Sv (met name motivering van beslissingen). Toch zijn ook sommige van deze formele nietigheden gesneuveld, in die zin dat niet-naleving van zo'n voorschrift niet meer tot nietigheid leidt. Als voorbeeld kan worden genoemd het verzuim de wettelijke voorschriften waarop de straf of maatregel berust in het vonnis te vermelden (art. 358 lid 4 Sv). Daarvan heeft de Hoge Raad overwogen dat een dergelijke, op zich terecht voorgestelde klacht zich leent voor toepassing van artikel 80a Wet RO.<sup>51</sup> Terwijl de wet nietigheid voorschrijft, wordt de verdachte in dergelijke gevallen thans bij gebrek aan belang niet-ontvankelijk verklaard in zijn cassatieberoep.

### 3.2 Toekomst

#### • *Alle nietigheden in één artikel*

In het nieuwe wetboek worden, zo is althans het voorstel van de ministers, in één bepaling alle wettelijke nietigheden gebundeld. Men hoeft voortaan dus niet meer te bladeren in de wet om te achterhalen of nietigheid is voorgeschreven op niet-naleving van een voorschrift. Ook volgt uit het eerste lid, anders dan uit het huidige artikel 431 Sv, dat ook substantiële nietigheden grond zullen kunnen vormen voor vernietiging. Door 'op straffe van nietigheid' niet in het artikel op te nemen, wordt de eerder genoemde praktijk in de wet verankerd.<sup>52</sup> Het voorgestelde artikel 5.5.4 luidt als volgt:

1. 'Verzuim van vormen kan grond geven tot vernietiging zowel wanneer dat verzuim heeft plaats gehad in het vonnis of arrest zelf als wanneer het heeft plaats gehad tijdens de berechting.
2. De Hoge Raad vernietigt het vonnis of arrest indien de aard van de niet in acht genomen vorm en de aard van de aangevoerde klachten dat rechtvaardigen. Van een verzuim van vormen dat vernietiging rechtvaardigt is in ieder geval sprake:
  - a. wanneer aan de berechting is deelgenomen door een rechter die niet onafhankelijk of

- onpartijdig was, die niet op de krachtens de wet voorgeschreven wijze is benoemd of die krachtens een wettelijke bepaling van deelname aan het onderzoek uitgesloten was;
- b. wanneer het onderzoek op de terechtzitting ten onrechte niet in het openbaar heeft plaatsgevonden;
- c. wanneer het onderzoek op de terechtzitting in afwezigheid van de verdachte heeft plaatsgevonden en daardoor diens recht om bij de behandeling aanwezig te zijn is geschonden;
- d. wanneer de rechter heeft geweigerd of verzuimd om te beslissen op een verzoek van de verdachte dat of een vordering van het openbaar ministerie die er toe strekte gebruik te maken van een recht dat door de wet wordt toegekend, tenzij de belangen van de partij die daar gronden tegen aanvoert niet zijn geschaad;
- e. wanneer de verdachte niet van zijn recht om het laatst te spreken gebruik heeft kunnen maken;
- f. wanneer het vonnis of arrest niet de bij de wet voorgeschreven beslissingen bevat of deze beslissingen niet op de bij de wet voorgeschreven wijze met redenen zijn omkleed, tenzij de belangen van de partij die daar gronden tegen heeft aangevoerd niet zijn geschaad;
- g. wanneer de samenstelling van de rechtbank of het gerechtshof tijdens het onderzoek op de terechtzitting is gewijzigd en het onderzoek daarna niet opnieuw is aangevangen, tenzij de officier van justitie, dan wel de advocaat-generaal, en de verdachte daarmee hebben ingestemd.'

De haast imperatieve formulering van het huidige artikel 431 Sv ('geeft grond tot vernietiging') maakt plaats voor een facultatieve formulering in het eerste lid ('kan grond geven tot vernietiging'). De minister schrijft daarover dat de huidige wettekst suggereert dat het verzuimen van een vorm die met nietigheid wordt bedreigd altijd grond geeft tot nietigheid en dat ook de wetsgeschiedenis in die richting wijst. Gelet op het eerder besproken ordenend beginsel is 'in die richting wijzen' een wat voorzichtig gekozen formulering. De toepassing daarvan had immers tot gevolg gehad dat in de wet slechts nog die nietigheden werden opgenomen, waarvan 'de gerede verwachting bestaat dat zich geen, ook niet het lichtste, geval laat denken waarin nietigheid als een te zware sanctie wordt ervaren'.<sup>53</sup> Met die gedachte verhoudt zich het (opnieuw) relativeren van formele nietigheden lastig. Zoals wij eerder zagen, heeft die lastige verhouding de Hoge Raad er echter niet van weerhouden bepaalde nietigheden toch te relativeren. Bovendien wordt in de memorie van toelichting aangegeven dat de toepassing van artikel 80a Wet RO het belang van

50. *Stb.* 1995, 441. Na ondertekening op 21 oktober 1996 (*Stb.* 1996, 522) trad de wet in werking op 2 november 1996.

51. Zie het eerste overzichtsarrest over de toepassing van art. 80a Wet RO, HR 11 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0146, *NJ* 2013/241, m.nt. Bleichrodt, r.o. 2.2.3. In die rechtsoverweging wordt aan klachten over de schending van art. 359 lid 1 Sv (het vonnis bevat de tenlastelegging en de vordering van de OvJ) hetzelfde lot toebedeeld.

52. Concept-MvT, p. 50.

53. *Kamerstukken II* 1993/94, 23705, 3, p. 4-5.

artikel 431 Sv verder heeft gereduceerd. De omstandigheid dat de Hoge Raad formele nietigheden (opnieuw) heeft gerelativeerd, wordt mede ten grondslag gelegd aan de huidige veranderingen. Kennelijk kunnen de ministers zich meer vinden in de lijn van de Hoge Raad dan in de ideeën van hun ambtsvoorganger ten tijde van de totstandkoming van de Wet vormverzuimen.

In het tweede lid lezen we dat de Hoge Raad de uitspraak vernietigt als de aangevoerde klachten dat rechtvaardigen. Gekozen is voor de term rechtvaardigen, aldus de conceptmemorie van toelichting, omdat daarmee wordt aangesloten bij de tekst van artikel 80a Wet RO. Deze voorgestelde verandering is uitsluitend door een semantisch argument ingegeven.<sup>54</sup> De maatstaf van artikel 80a Wet RO is of de klachten wel een behandeling van het cassatieberoep rechtvaardigen, terwijl de maatstaf van de nieuwe bepaling is of het verzuim de vernietiging van het arrest tot gevolg moet hebben. De ene vraag wordt beantwoord aan – of: vóór – het begin van de procedure, de andere aan het eind. De vraag laat zich stellen of het raadzaam is dezelfde terminologie te bezigen, terwijl sprake is van twee verschillende maatstaven. Noemenswaardige verwarring is niet te verwachten – dus kwaad kan het in zoverre niet, maar met dit louter semantische argument is de meerwaarde van de wijziging in onze ogen niet gegeven.

Verder volgt in het tweede lid een opsomming van een aantal vormverzuimen dat altijd, behoudens uitzonderingen, tot vernietiging leidt. In die gevallen willen de ministers de Hoge Raad geen speelruimte laten: ‘De gekozen formulering (“gerechtvaardigd”) strekt er voor alle duidelijkheid niet toe de Hoge Raad de ruimte te laten naar eigen inzicht te bepalen of het vonnis of arrest bij die vormverzuimen dient te worden gecasseerd.’<sup>55</sup> Wel heeft de Hoge Raad ruimte als het betreft verzuimen sub d en f: het niet-beslissen op verzoeken en het motiveren van beslissingen. Daar luidt de voorgestelde tekst immers dat het verzuim tot cassatie leidt, ‘tenzij de belangen van de partij die daar gronden tegen aanvoert niet zijn geschaad’.<sup>56</sup> Met Van Dorst moet worden gezegd dat deze tenzij-clausule zich niet goed verdraagt met de imperatief voorgeschreven vernietiging ten aanzien van een aantal verzuimen, temeer omdat de Hoge Raad in concrete gevallen degene is die uit zal moeten maken of sprake is van een ‘tenzij’ of niet.<sup>57</sup>

• *Sub a tot en met sub g apart beschouwd*

Onder a wordt het belang van de onpartijdige en onafhankelijke rechter benadrukt, terwijl de rechter-commissaris die onderzoek in de zaak heeft verricht, categorisch wordt (en dus: blijft) uitgesloten van deelname aan de zittingscombinatie. Van Dorst zou liever hebben gezien dat die categorische uitsluiting zou worden opgeheven en dat ook in dit verband aansluiting zou moeten

worden gezocht bij artikel 6 EVRM. Verder verdient het aanbeveling dat de ministers duidelijk maken of in deze bepaling onder rechter-commissaris ook de raadsheer-commissaris moet worden begrepen. Volgens de Hoge Raad leidt in elk geval de huidige wettelijke regeling tot de conclusie dat artikel 268 lid 2 Sv niet van toepassing is in hoger beroep, zodat die bepaling zich niet ertegen verzet dat de raadsheer-commissaris, ook als hij onderzoek in de zaak heeft verricht, deel mag nemen aan het onderzoek ter terechtzitting.<sup>58</sup> Het voorgestelde artikel 4.2.1.1 lid 2, in verbinding met artikel 5.4.4.1, lijkt – net als artikel 268 lid 2 Sv in verbinding met artikel 415 lid 1 Sv – overigens in de tegenovergestelde richting te wijzen.<sup>59</sup>

Onder c wordt de schending van het aanwezigheidsrecht met nietigheid bedreigd. De rechten in sub a en sub c worden (ook) beschermd door artikel 6 EVRM, in respectievelijk lid 1 en lid 3 aanhef en sub c. Men zou zich daarom kunnen afvragen wat de meerwaarde is deze rechten ook in nationale wetgeving op deze wijze op te nemen. Daartegenover staat in de eerste plaats dat de wetgever hiermee benadrukt deze rechten in het bijzonder van belang te vinden. Dat benadrukken kan een doel op zich zijn. Daarnaast geldt dat het EVRM minimumrechten biedt en dat het de lidstaten aldus vrij staat méér bescherming aan de burger toe te kennen dan het EVRM doet. Door het verankeren van deze rechten in nationale wetgeving kunnen wij bovendien nationaal worden ‘beschermd’ tegen koerswijzigingen in de jurisprudentie van het EHRM.

Indien het onderzoek ter terechtzitting ten onrechte niet in het openbaar heeft plaatsgevonden of indien tijdens dat onderzoek de verdachte niet de gelegenheid tot het laatste woord is geboden, zal steeds cassatie (blijven) volgen, zie sub b respectievelijk sub e. Geheel vanzelfsprekend is deze onverbidelijkheid niet in een tijdperk dat zich kenmerkt door een cassatieprocedure die in de eerste plaats gericht lijkt te zijn op de vraag of de belangen van de verdachte in de concrete zaak zijn geschaad.<sup>60</sup>

Cassatie zal verder volgen als een andere zittingscombinatie verder gaat in de stand waar de eerdere combinatie is gebleven, zonder dat procespartijen daarmee hebben ingestemd (sub g). Daarmee gaat de wetgever in tegen rechtspraak van de Hoge Raad.<sup>61</sup> Dat is uiteraard zijn goed recht, maar een uitleg hieromtrent lijkt ons niet overbodig, zeker omdat de wetgever de jurisprudentie van de Hoge Raad op veel punten juist codificeert.

58. HR 9 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:21.

59. Zie daarover ook J. Loyson e.a., ‘De raadsheer-commissaris als zittingsrechter. Het kan niet waar zijn’, *NJB* 2018/1511.

60. Dat geldt uiteraard in sterkere mate voor het laatste woord dan voor de openbaarheid van de zitting. De openbaarheid van de zitting dient immers meer een algemeen belang.

61. Zie o.a. HR 28 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:180, *NJ* 2014/289, m.nt. Van Kempen; HR 3 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:194, *NJ* 2015/134, m.nt. Van Kempen. Uit deze uitspraken blijkt dat de Hoge Raad vergt dat de verdachte door niet-naleving van de norm in een rechtens te respecteren belang dient te zijn getroffen, hetgeen uit de schriftuur moet blijken.

54. Concept-MvT, p. 50.

55. Concept-MvT, p. 50.

56. In sub f wordt gesproken over ‘heeft aangevoerd’. Het verschil wordt in de concept-MvT niet verklaard.

57. A.J.A. van Dorst, ‘Cassatie in het nieuwe Wetboek van Strafvordering’, *TMSv* 2018/13, par. 5.



## 4 De invloed van de fuikwerking op de toetsing in cassatie

In deze paragraaf besteden wij (nadere) aandacht aan wat wij noemen de fuik in het voorgenomen stelsel. Nadere aandacht is van belang, omdat het voorstel een breuk oplevert met de traditie dat het hof steeds, ongeacht waartegen de bezwaren in appel zich richten, verantwoordelijk blijft voor de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv. Daarover zeggen de ministers het volgende:

‘Het voorgestelde beslismodel zal ook doorwerken in de fase van cassatie. Immers, een cassatieberoep kan zich – thans en ook volgens dit wetsvoorstel – slechts richten tegen beslissingen die het hof heeft genomen, zodat ook de middelen alleen daarop betrekking kunnen hebben. Door het nieuwe beslismodel wordt het in veel gevallen mogelijk het arrest te beperken tot een antwoord op de ingediende bezwaren. Beslissingen van de rechtbank waartegen niet is opgekomen en die het hof niet heeft overgedaan, zijn daardoor niet meer vatbaar voor cassatie.’<sup>62</sup>

Uit het voorgaande blijkt dat het gerechtshof slechts behoeft te beslissen ten aanzien van de punten waar de bezwaren zich tegen richten. Ook kan het ambtshalve beslissingen nemen, als het dat aangewezen acht. Doet het dat laatste evenwel niet, dan zijn de beslissingen die in eerste aanleg genomen en in hoger beroep niet bestreden zijn, in beton gegoten.<sup>63</sup> Zij maken geen onderdeel uit van het arrest. Dat maakt het onmogelijk om in cassatie te klagen over dergelijke beslissingen. In cassatie kan immers slechts worden geklaagd over het bestreden arrest en niet over het eerdere vonnis van de rechtbank. Een voorbeeld ter illustratie:

*Verdachte wordt in eerste aanleg veroordeeld tot zes maanden gevangenisstraf voor ontucht, hoofdzakelijk op basis van de verklaringen van aangeefster. Met dat vonnis kan hij zich niet verenigen, zodat hij hoger beroep instelt. Door of namens hem wordt geen appelschriftuur ingediend, terwijl de bezwaren tijdens de zitting zich louter richten op de straf.*

*In het huidige stelsel zou in dit geval het hof het vonnis hetzij (gedeeltelijk) moeten vernietigen, hetzij (gedeeltelijk) moeten bevestigen. In elk geval wordt al dan niet indirect een bewijsbeslissing genomen. Tegen die bewijsbeslissing kan een middel in cassatie worden geformuleerd, bijvoorbeeld dat de bewezenverklaring niet wordt gedekt*

*door de bewijsmiddelen, dat de bewijsvoering innerlijk tegenstrijdig is, dat niet aan het bewijsminimum is voldaan enzovoort.*

*In het voorgenomen stelsel zal in dit geval, tenzij het hof daartoe ambtshalve aanleiding ziet, geen nieuwe bewijsbeslissing worden genomen. Het hof zal – in wat nu het artikel 350 Sv-kader is – slechts een beslissing nemen over de grief ten aanzien van de eventueel op te leggen straf.*

*Zelfs als in dit voorbeeld de pijlen zich in hoger beroep wel richten op de bewezenverklaring, kan het zijn dat de kansen in cassatie ten opzichte van de huidige situatie danig worden verkleind. Als de bewezenverklaring wordt aangevallen met het argument dat de getuige – anders dan de rechtbank oordeelde – niet betrouwbaar is, dan zal het hof het beroep in het vervolg kunnen verwerpen. Het is dan niet verplicht een bewijsbeslissing te nemen. Ook in dat geval zal, zoals mij het zien, een klacht zich slechts kunnen richten tegen de begrijpelijkheid van de verwerping van het betrouwbaarheidsverweer.*

Helemaal uit de lucht vallen komt deze verandering niet gelet op de ontwikkelingen in het appel de laatste decennia.<sup>64</sup> Zo stelde Knigge voor in hoger beroep de zaak wel in volle omvang te behandelen, maar de beslissingen waartegen niet is geklaagd, door het hof ‘kaal’ te laten bevestigen.<sup>65</sup> De bewezenverklaring zou daarmee vrijwel onaantastbaar worden, omdat het hof alleen beslissingen bevestigt zonder nadere motivering. Dat zou een tijdsparing in cassatie tot gevolg hebben. Ook Stamhuis legt de focus op wat hij noemt een bekend beginsel, namelijk dat kwesties aan de orde gesteld dienen te worden wanneer zij zich voordoen. Wel benoemt hij in zijn voorstel expliciet dat geen sprake is van een fuik.<sup>66</sup> Tussen de voorstellen van deze twee schrijvers en dat van de ministers bestaat evenwel een wezenlijk verschil. In de voorstellen van de schrijvers blijven immers cassatieklachten mogelijk tegen de bewezenverklaring, ook al is daar in hoger beroep niet tegen geopponeerd, zij het dat de kansen in cassatie verder worden verkleind, omdat het hof slechts de beslissing bevestigt.

Bij dit voorstel is een aantal kanttekeningen te plaatsen. Wij achten de motivering voor een op zichzelf ingrijpende wijziging ontoereikend. Als gezegd levert deze wijziging een breuk op met de traditie dat het hof de verantwoordelijkheid draagt voor de beantwoording van alle vragen van de artikelen 348 en 350 Sv. Waarom die traditie zou moeten worden verlaten, wordt in de hiervoor geciteerde alinea niet, althans onvoldoende, over het voetlicht gebracht. Evenmin wordt aandacht besteed aan de toenemende verantwoordelijkheden voor de raadsman in hoger beroep in dit kader. De invoering van deze fuik zet de stelling dat vaak het hoger beroep

62. Concept-MvT, p. 34.

63. Concept-MvT, p. 34. Wel bestaat de theoretische mogelijkheid om via een rechtsklacht een onjuiste wetsuitleg van de rechtbank aan de orde te stellen, door te klagen dat het hof ambtshalve had moeten ingrijpen krachtens art. 5.4.4.10 lid 6 aanhef en sub b (aangezien het bewezenverklaarde niet onder een wettelijke strafbepaling valt). Denkbaar is dat de Hoge Raad zal oordelen dat een dergelijk eerst in cassatie gevoerd verweer tardief is, zodat cassatie uitblijft.

64. Zie over drie richtingen op in appel voort te bouwen ook Pesselse 2015.

65. G. Knigge, ‘De strafvordering in het geding’, in: *Herbezinning op (de grondslagen van) het Wetboek van Strafvordering* (Preadviezen NJV), Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 106.

66. E.F. Stamhuis, ‘De cassatierecht in strafzaken’, in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Eindrapport Strafvordering 2001: Afronding en verantwoording*, Deventer: Kluwer 2004, p. 478-479.

bepaalt hoe kansrijk een cassatieberoep is, kracht bij.<sup>67</sup> Al jaren betuigen velen zich voorstander van een gesloten cassatiebalie in strafzaken,<sup>68</sup> maar een verdachte namens wie in hoger beroep niet op adequate wijze weer is gevoerd, zal in cassatie (ook met een kundig raadsman) in de regel het nakijken hebben. Nagedacht zou daarom kunnen worden over verdergaande specialisatievereisten voor het optreden in hoger beroep, bijvoorbeeld door raadslieden te verplichten lid te worden van een specialisatievereniging of – een stap verder – het optuigen van een gesloten balie.<sup>69</sup> Van dat laatste punt zou gezegd kunnen worden dat het wat prematuur is, nu zo'n gesloten balie er in de cassatiefase na jaren van gedachtewisselingen en discussies nog steeds niet is. Wij zien dat anders. Dat de cassatiebalie ondanks de vurige wens van velen niet van de grond komt, doet niet af aan het feit dat ook – en gelet op het voorgaande misschien wel: juist – in feitelijke aanleg, in het bijzonder in hoger beroep, de kwaliteit van de advocatuur op peil moet worden gehouden. Sterker nog, de stroperigheid waarmee de cassatiebalie (niet) tot stand komt, maakt dat met de discussie over een hogerberoepsbalie niet vroeg genoeg begonnen kan worden.

## 5 Conclusies

Met de voorgestelde regeling hebben de ministers een strikter grievenstelsel in hoger beroep voor ogen, waarin niettemin ruimte blijft om ter terechtzitting nog bezwaren op te geven. De nadruk ligt sterk op hetgeen partijen verdeeld houdt. Dit komt in het bijzonder tot uiting in het beslismodel, nu het arrest van het hof zich beperkt tot een beslissing op de door partijen aangevoerde klachten en hetgeen het hof zelf ambtshalve nodig acht. Het hof kan enerzijds, wanneer het belang van een goede rechtsbedeling dat eist, het bestreden vonnis al dan niet partieel vernietigen en een nieuwe beslissing nemen. Anderzijds kan het hof het beroep verwerpen. Het arrest hoeft dan slechts die beslissing met, voor zover nodig, de bijbehorende motivering te bevatten. In die zin is een flexibel beslissingsmodel voorgesteld dat met zich brengt dat het bestreden vonnis minder vaak vernietigd zal hoeven worden, terwijl het hof evenmin steeds het hele beslissingsschema van de artikelen 348 en 350 Sv hoeft te volgen.

Aannemelijk is dat de voorgestelde regeling inderdaad werkbeparend zal zijn voor de hoven. Niettemin verdient een aantal consequenties naar ons oordeel nadere aandacht of zelfs heroverweging. Zo is voorzienbaar dat (goede) rechtsbijstand voor de verdachte opnieuw belangrijker zal worden, terwijl maar de vraag is of de kwaliteit wel is gewaarborgd.

Verzuimen met betrekking tot het opgeven van grieven en bezwaren of het voeren van verweren zullen immers gemakkelijker tot (partiële) niet-ontvankelijkheid kunnen leiden, terwijl beslissingen die geen deel uitmaken van het arrest vervolgens in cassatie onaantastbaar zijn. In het bijzonder die laatste wijziging zal ingrijpende gevolgen kunnen hebben voor de toetsing van het arrest in cassatie. De geringe aandacht die hiervoor blijkt uit de conceptmemorie van toelichting, doet bij ons de vraag rijzen of de ministers zich de mogelijk ingrijpende gevolgen van deze wijziging voldoende realiseren. Een (nadere) uitleg van de ministers komt ons aangewezen voor. Te verwachten valt dat een voorgestelde wijziging als deze in zowel de literatuur als in de rechtspraak tot de nodige discussie zal leiden. Die discussie kan slechts naar behoren worden gevoerd, als de ministers hun argumenten die pleiten voor deze wijziging, helder en uitvoerig weergeven.

Verder plaatsen wij enkele systematische kanttekeningen bij de voorgestelde regeling, nu deze dikwijls op twee gedachten lijkt te hinken. Zo is de te verwachten tijdsparing voor de hoven ten aanzien van de voorbereiding mogelijk beperkt, nu de verdachte nog ter terechtzitting zijn bezwaren zal kunnen opgeven. Dat betekent dat het hof steeds rekening zal moeten houden met de mogelijkheid van een volledige inhoudelijke behandeling, zelfs indien op voorhand slechts ten aanzien van bepaalde aspecten van het vonnis grieven zijn geformuleerd.

Een belangrijke consequentie van de voorgestelde regeling is dat de appelrechter zich in zekere mate tot een lijdelijke rechter zal ontwikkelen. Het hof zal zijn aandacht in sterkere mate laten sturen door de grieven van partijen en is niet langer (steeds) verantwoordelijk voor de materiële waarheidsvinding en de juistheid van de beslissing of alle voor- en hoofdvragen. Vooral dit laatste is een wezenlijke verandering ten opzichte van het huidige stelsel.

Wetssystematisch zijn vraagtekens te plaatsen bij het handhaven van de mogelijkheid voor het Openbaar Ministerie om in hoger beroep nog een vordering wijziging tenlastelegging in te dienen. Het voortbouwende karakter van het appel komt in de voorgestelde regeling nog scherper naar voren. Het hof richt zich in beginsel slechts op de klachten over het vonnis. Daarbij past minder goed dat het Openbaar Ministerie in de appelfase nog de tenlastelegging kan wijzigen.<sup>70</sup> In de lijn van de voorgestelde regeling menen wij dat het Openbaar Ministerie deze mogelijkheid – in het bijzonder wanneer alleen de verdachte in hoger beroep is gekomen – niet zou moeten hebben. Een alternatief, geopperd door Pes-

67. Zie daarover o.a. een van de auteurs in een eerdere bijdrage, D. Bektesevic, 'Kijken in de keuken van de Hoge Raad. De toepassing van art. 80a RO in strafzaken', *NJB* 2018/301. Eerder al J.S. Nan, 'Motiveren in cassatie', *Strafblad* 2013/2.

68. Recent nog drongen de president van de Hoge Raad en de procureur-generaal van het Parket bij de Hoge Raad in hun advies ten aanzien van Boek 3 en Boek 6 van het nieuwe wetboek aan op een spoedige invoering van een gesloten cassatiebalie. Het advies is digitaal te raadplegen via: [www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Documents/Consultatie%20conceptwetsvoorstellen%20boeken%203%20tot%20en%20met%206%20Wetboek%20van%20Strafvoeding.pdf](http://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Documents/Consultatie%20conceptwetsvoorstellen%20boeken%203%20tot%20en%20met%206%20Wetboek%20van%20Strafvoeding.pdf).

69. Het punt over de financiering van de rechtsbijstand – waarover het nodige te zeggen valt en ook wordt gezegd – laten wij hier rusten.

70. Zo ook (naar aanleiding van de contourennota) Pesselse 2015.

selse, is dat bij wijziging van de tenlastelegging tevens terugwijziging naar de rechtbank dient te volgen.

Daarnaast valt op dat wordt beoogd een meer contradictoire procedure te scheppen, waarin de bezwaren van partijen leidend zijn, maar dat partijen, net als thans het geval is, na het uitroepen van de zaak het beroep niet meer kunnen intrekken. Gegeven dat de bezwaren van partijen steeds als vertrekpunt worden genomen, zou overwogen kunnen worden die partijen ook de mogelijkheid te bieden de appelbehandeling te beëindigen nadat zij is aangevangen. Het adagium ‘appelleren is riskeren’ verliest daarmee wel zijn waarde, omdat de procespartij op elk gewenst moment, bijvoorbeeld omdat in hoger beroep zijn bewijspositie verslechtert of, in het geval van de verdachte, de advocaat-generaal een hoge straf eist, het appel kan intrekken. Een dergelijke ontwikkeling lijkt daarom niet in de lijn der verwachtingen te liggen.

Kwestieus is de keuze van de ministers om de bevoegdheid van de benadeelde partij om hoger beroep aan te tekenen te verruimen tot een volwaardig appel ten aanzien van uitsluitend deze beslissing, terwijl dit voor de verdachte onmogelijk blijft. Het komt ons wenselijk voor om in dezen één lijn te trekken.

In de cassatiefase verandert inhoudelijk niet veel. Van de voorgestelde – in voorkomend geval niet meer dan semantische – wijzigingen is niet steeds zonneklaar of die per saldo als verbetering moeten worden gezien.

Tot slot en in een notendop: in cassatie verandert op het eerste gezicht niet veel, in hoger beroep het nodige. Met name de invloed van het nieuwe beslisschema in hoger beroep (in beginsel ‘slechts’ een beslissing op de grieven), zou door de fuikwerking daarvan wel eens van zeer grote invloed kunnen zijn op de mogelijke toetsing in cassatie. Die zou aanzienlijk beperkter kunnen worden. Bij sommige in hoger beroep voorgestelde wijzigingen is het de vraag of de ministers het belang en de impact van de wijzigingen voldoende voor ogen hebben. Op sommige punten is een (nadere) onderbouwing minst genomen te verwachten. Het is nu wachten op de adviezen van de Raad van State, waarna de ministers vast weer met een reactie zullen komen.