



Didactische arresten door de strafrechter in hoger beroep

OVER MOTIVERING, RECHTSEENHEID, RECHTSONTWIKKELING EN RECHTSVORMING DOOR 'VOORAFGAANDE BESCHOUWINGEN' IN STRAFUITSPRAKEN VAN DE GERECHTSHOVEN

De strafrechter in hoger beroep ervaart toenemende druk om de juridische kant van de motivering van arresten te verbeteren ten behoeve van zowel niet-professionele als professionele doelgroepen ervan. De gerechtshoven zouden daarom systematischer gebruik dienen te maken van 'voorafgaande beschouwingen' waarin los van de concrete casus het voor een rechtsvraag relevante juridische kader uiteen wordt gezet. Dit zal ten goede kunnen komen aan onder meer de begrijpelijkheid, kwaliteit, legaliteit, rechtseenheid en overtuigende kracht van de strafrechtspraak alsmede aan de rechtsontwikkeling.

De strafkamers in hoger beroep hebben momenteel te maken met ten minste twee belangrijke ontwikkelingen die relevant zijn voor de wijze waarop zij hun arresten dienen te motiveren. Aan de ene kant is er een ontwikkeling gericht op niet-professionele doelgroepen van de uitspraak: verdachten, slachtoffers en de gemeenschap. Binnen de rechterlijke macht is sprake van een sterk toegenomen besef dat de maatschappij hogere eisen aan uitspraken van de strafrechter is gaan stellen als het gaat om helderheid, begrijpelijkheid en controleerbaarheid. De inmiddels in de praktijk geïmplementeerde – maar daarin nog niet volledig geoptimaliseerde – zogenoemde PROMIS-motivering komt daaraan deels tegemoet. Zoals bekend is het doel van die motivering te komen tot een gepaste bewijs- en strafmotivering en daarmee tot een adequate communicatie tussen de strafrechter, betrokkenen en uiteindelijk de samenleving als geheel.¹ Hiermee komt ook meteen een belangrijke beperking van de PROMIS-motivering naar voren: deze richt zich op bewijs- en straf-

motivering en heeft geen zelfstandige aandacht voor de meer juridische dimensies van de zaak. Hoewel de wijze waarop de strafrechter concrete rechtsvragen beslecht dikwijls cruciaal is voor de uitkomst van het proces, lijken strafuitspraken op dat punt veelal nog altijd meer dan nodig is ontoegankelijk voor betrokkenen en de gemeenschap. Het is daarom wenselijk dat motiveringen in dit opzicht in kwaliteit verbeteren. Aan de andere kant is er een ontwikkeling die vooral relevant is voor zover de motivering betekenis heeft voor professionele doelgroepen: de advocatuur, het Openbaar Ministerie, de strafrechter en de rechtspraak als systeem. Deze ontwikkeling is ingezet met de Wet stroomlijning hoger beroep.² Het daarbij gewijzigde artikel 423 Sv inzake bevestiging en vernietiging van vonnissen beoogt de rechter in hoger beroep voldoende ruimte te geven om bij afwijking van het vonnis in eerste aanleg preciezer duidelijk te maken in welk opzicht en waarom dat vonnis niet overeind kan blijven. De achterliggende gedachte daarbij is dat dit de rechter in hoger beroep beter in staat stelt de rechtsontwikkeling te sturen

1 Zie 'Eindrapport Pilot PROMIS. Project motiveringsverbetering in strafvonnissen', *De rechtspraak*, 26 mei 2005, p. 6 (beschikbaar via www.rechtspraak.nl).

2 Wet van 5 oktober 2006, *Stb.* 2006, 470. Inwerkingtreding voor zover hier relevant: 1 maart 2007, *Stb.* 2007, 70.



FOTO: PALEIS VAN JUSTITIE TE LEEUWARDEN

en de rechtseenheid te bevorderen.³ Onlangs zette de Hoge Raad deze enigszins impliciete opdracht aan de gerechtshoven flink kracht bij: ‘Met het oog op de versterking van de kwaliteit van de berechting in eerste aanleg verdient het zeker aanbeveling dat het hof – meer dan thans het geval is – uitlegt waarom zijn arrest afwijkt van het vonnis waarvan

beroep.⁴ De druk op de appelrechter om de rechtseenheid te bevorderen zal nog eens aanzienlijk toenemen indien

3 *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 320, nr. 3, p. 30-31; zie ook p. 6 (MVT).

4 HR 13 juli 2010, LJN BM0256, r.o. 2.6. Zie over dit arrest ook vooral Ton de Lange, ‘De rechtspraak als systeem. De gerechtshoven als kennisbolwerken in het systeem’, *Trema Special* 2010, 1, p. 419-422, en voorts P.A.M. Mevis, ‘Cassatierechtspraak in strafzaken: schets van een ontwikkeling richting steeds verdergaande specialisatie’, *DD* 2010, 68, p. 1081 e.v.

het Wetsvoorstel versterking cassatierechtspraak tot wet verwordt.⁵ De invoering van cassatieadvocaten en van de versnelde niet-ontvankelijkheid zal immers als gevolg hebben dat de gerechtshoven in relatief veel meer zaken dan thans het geval is de hoogste inhoudelijke beslissing zullen geven. Hooguit indien appellarresten daadwerkelijk bijdragen aan het garanderen en aansturen van de rechtseenheid, zullen deze de deels terugtrekkende beweging van de Hoge Raad kunnen compenseren.⁶ Dit garanderen en aansturen van rechtseenheid vraagt van de gerechtshoven dat zij consequente recht-

Deze wat willekeurige verzameling toont dat de Hoge Raad het instrument van 'voorafgaande beschouwingen' in potentie over de volle breedte van het straf- en strafprocesrecht bruikbaar acht

spraak bieden en de rechter in eerste aanleg van ten minste even duidelijke kaders voorzien als de Hoge Raad doet. Dit impliceert niet alleen dat arresten intern duidelijk en inzichtelijk zijn, het betekent evenzeer dat strafkamers ook aandacht voor rechtspraak van andere strafkamers binnen het hof en zelfs andere gerechtshoven hebben.

Hoe nu kunnen de gerechtshoven tegemoet komen aan de eisen die beide ontwikkelingen aan hen stellen? Meer specifiek gaat het erom hoe zij de motivering van hun arresten wat betreft de juridische dimensies van de strafzaak kunnen verbeteren ten behoeve van zowel niet-professionele als professionele doelgroepen ervan.⁷ In deze bijdrage ga ik daartoe nader in op het door de Hoge Raad in zijn arresten gebruikte instrument van 'voorafgaande beschouwingen'; arresten die dergelijke beschouwingen bevatten worden ook wel aangeduid als overzichtsarresten, leerstellige arresten, didactische arresten of ten onrechte zelfs 'arrêts de règlement'. Hoewel ook uitspraken van feitenrechters zo nu en dan algemene beschouwingen bevatten, is van een systematisch en beleidsmatig op rechtsvorming gericht gebruik ervan op dat niveau geen sprake. De vraag is of dat anders moet. In het navolgende zal ik dan ook bezien in hoeverre en onder welke voorwaarden de aanwending van dit instrument ook voor de appelrechter mogelijk, effectief en wenselijk is.

5 Wijziging van de Advocatenwet, de Wet op de rechterlijke organisatie en enige andere wetten ter versterking van de cassatierechtspraak (versterking cassatierechtspraak); *Kamerstukken II*, 32 576.

6 Vgl. HR 13 juli 2010, LJM BM0256, r.o. 2.6.

7 Het belang daarvan wordt ook uiteengezet in de bijdrage van Mevis in deze aflevering van *Strafblad*.

2 'Voorafgaande beschouwingen' door de Hoge Raad

Sinds de jaren negentig is de Hoge Raad in zijn cassatiearresten steeds vaker gebruik gaan maken van zogenoemde 'voorafgaande beschouwingen'. Zoals bekend gaat het daarbij om algemene overwegingen waarin los van de concrete casus het voor een rechtsvraag relevante juridische kader uiteen wordt gezet. Recente voorbeelden van onderwerpen die zo aan bod kwamen zijn of de rechter in ontnemingszaken is gehouden te reageren op verweren en onderbouwde standpunten die niet uitdrukkelijk ter terechtzitting zijn voorgedragen,⁸ de maatstaf voor de toepassing van artikel 68 Sr en artikel 313 Sv over 'hetzelfde feit',⁹ de rechtmatigheid van opsporingsonderzoek of pre-opsporingsonderzoek dat heeft plaatsgevonden in het buitenland,¹⁰ het artikel 552a Sv-klaagschrift tegen op voorwerpen gelegde beslagen,¹¹ het instellen van hoger beroep door een advocaat via een schriftelijke bijzondere volmacht aan een griffiemedewerker,¹² en het recht op toegang tot de raadsman voor het politieverhoor (Salduz-problematiek).¹³ Eerder was er zo onder meer al aandacht voor het daderschap van de rechtspersoon¹⁴ en hulp bij zelfdoding.¹⁵ En in het hiervoor geciteerde arrest richten de 'voorafgaande beschouwing' daarin zich op de uit artikel 423 Sv voortvloeiende taak voor de strafrechter in hoger beroep. Deze wat willekeurige verzameling toont dat de Hoge Raad het instrument van 'voorafgaande beschouwingen' in potentie over de volle breedte van het straf- en strafprocesrecht bruikbaar acht en zich daarmee bovendien kan richten tot alle bij de strafrechtspleging betrokken professionals, in het bijzonder de feitenrechter, de advocatuur, het Openbaar Ministerie en in de toekomst wellicht ook allerlei bestuursrechtelijke organen.¹⁶ Op grond van een analyse van (vrijwel allemaal eerdere dan de zojuist genoemde) didactische arresten waarin de Hoge Raad het instrument van 'voorafgaande beschouwingen' toepast, onderscheidt Rozemond drie – overigens niet strikt te scheiden – typen van dergelijke be-

8 HR 22 februari 2011, LJM BM6159.

9 HR 1 februari 2011, LJM BM9102.

10 HR 5 oktober 2010, LJM BL5629.

11 HR 28 september 2010, LJM BL2823, NJ 2010, 654, m.nt. Mevis, die in dit verband over 'Tekst en Commentaar vanwege de Kazernestraat' spreekt.

12 HR 22 december 2009, LJM BJ7810, NJ 2010, 102, m.nt. Borgers.

13 HR 30 juni 2009, LJM BH3079, NJ 2009, 349, m.nt. Schalken.

14 HR 21 oktober 2003, LJM AF7938, NJ 2006, 328, m.nt. Mevis.

15 HR 21 juni 1994, NJ 1994, 656, m.nt. Schalken, waarin de voorafgaande beschouwingen overigens nog als 'Inleidende beschouwingen' worden aangeduid.

16 Op de noodzaak voor de gerechtshoven om zich in de toekomst steeds vaker ook tot allerlei bestuursrechtelijke organen te richten wijst Mevis in zijn bijdrage aan deze aflevering van *Strafblad*.

schouwingen: verhelderende niet-principiële uiteenzettingen, ambtshalve besprekingen van principiële rechtsvragen ter bevordering van de rechtsontwikkeling en rechtszekerheid en formulering van nieuwe rechtsregels ter beantwoording van in de cassatiemiddelen opgeworpen principiële rechtsvragen en ter afbakening van de ruimte voor rechtsvorming.¹⁷

Deze verschillende typen laten goed zien hoe ‘voorafgaande beschouwingen’ kunnen worden gebruikt. Toch zal ik de indeling slechts globaal volgen. De reden daarvoor is dat de typen in de indeling niet allemaal consequent vanuit hetzelfde perspectief zijn gekarakteriseerd. Zo wordt bijvoorbeeld het eerste type vooral onderscheiden op grond van de inhoudelijke aard van de rechtsvorming (niet-principiële rechtsvorming) terwijl het tweede type in eerste instantie wordt onderscheiden vanuit een procedurele benadering (ambtshalve rechtsvorming). Daarom zal navolgende bespreking van de potentiële kansen en gevaren die ‘voorafgaande beschouwingen’ de strafrechter in hoger beroep bieden veeleer plaatsvinden vanuit verschillende functies die aan ‘voorafgaande beschouwingen’ zijn te onderkennen. Dat neemt niet weg dat zowel de inhoudelijke als de procedurele invalshoek daarbij aan de orde zal komen.

3 Uiteenzetten relevant positiefrechtelijk kader

Ten eerste is er de verhelderende functie. ‘Voorafgaande beschouwingen’ kunnen worden gebruikt om de voor de zaak relevante rechtsregels – en overigens ook feiten – weer te geven. Daarbij kan dan ook duidelijk worden vanuit welk juridisch kader bepaalde afwegingen en beslissingen in de strafzaak zullen plaatsvinden en eventueel ook welke ruimte de rechter heeft om tot rechtsvorming over te gaan. Door de relevante rechtsregels afgezonderd en kaal van de beoordeling, afweging, argumentatie en conclusies in het arrest weer te geven, kan dit de helderheid – inclusief inzichtelijkheid, overzichtelijkheid en begrijpelijkheid – van de uitspraak voor zowel de niet-professionele als de wel professionele doelgroepen versterken. In potentie kunnen daarbij alle juridische onderwerpen aan de orde komen die ook de Hoge Raad aanleiding tot ‘voorafgaande beschouwingen’ kunnen geven alsmede kwesties die juist de facto of juridisch aan het zicht van de cassatierechter zijn onttrokken maar wel relevant zijn voor de strafrechter in hoger beroep of eerste aanleg. Bij dit

laatste kan het onder meer gaan om rechtsvragen in zaken waarin feitelijk doorgaans geen cassatie openstaat (bijvoorbeeld wanneer het gaat om overtredingen waarvoor gewoonlijk een boete van € 250 of minder wordt opgelegd; zie art. 427 Sv), om rechtsvragen omtrent beslissingen waartegen rechtens geen cassatie openstaat (zoals de beschikking inzake het verlot tot hoger beroep; art. 410a lid 7 jo. lid 4 Sv), om zaken waarin er geen rechtsbelang bestaat om in cassatie te gaan (bijvoorbeeld het geval waarin een verdachte die kort voor de zitting het door hem ingestelde hoger beroep intrekt en vervolgens niet-ontvankelijk wordt verklaard, welke einduitspraak in dat geval strikt genomen niet juist is) en mogelijk ook om het beleid inzake de selectie en waardering van de feiten of inzake straftoemeting.

Het in ‘voorafgaande beschouwingen’ uiteenzetten van het relevante positieve recht en daarvoor relevante bronnen – zoals wetgeving en parlementaire stukken, rechtspraak, verdragen en Europese of internationale verdragsrechtspraak – heeft verschillende belangrijke voordelen. Zo kan het gelijk PROMIS-motiveringen bijdragen aan een beter begrip van de rechtspraak in de maatschappij, hetgeen ten goede kan komen aan het gezag van de rechtspraak. Verder zal het voor de rechter in eerste aanleg inzichtelijker maken op grond waarvan zijn vonnis door de appelrechter is beoordeeld en – voor zover aan de orde – deze tot een afwijkende uitspraak kwam. Bovendien draagt het arrest dan in verticaal opzicht bij aan de rechtseenheid, omdat het arrest het vermogen heeft de rechtspraak in eerste aanleg algemeen aan te sturen, en voorts ook in horizontaal opzicht, omdat het arrest ook voor andere strafkamers binnen het hof en zelfs in andere gerechtshoven duidelijk maakt van welk juridisch kader voor de uitspraak is uitgegaan, waardoor afstemming gemakkelijker zal zijn. Een uiteenzetting van het relevante positiefrechtelijke kader kan verder tot meer consistentie leiden, omdat het kan voorkomen dat verschillende strafkamers of gerechtshoven bepaalde rechtsvragen ongemerkt op grond van verschillende uitgangspunten en criteria beslechten omdat niet inzichtelijk voor elkaar is welk kader tot uitgangspunt wordt genomen. Daarnaast kan het de positie van de hoven in de communicatie met de Hoge Raad versterken alsmede hun zelfstandige en centrale rol in het rechtsmiddelenstelsel. Voorts kunnen dergelijke beschouwingen ook aan de interne kwaliteit van appellarresten bijdragen doordat het uiteengezette kader ertoe dwingt om alle elementen daaruit daadwerkelijk in oenschouw te nemen bij het toepassen van het recht op de feiten. Tot slot zullen de arresten van de gerechtshoven zo bijdragen aan de legaliteit van de rechtspraak en van het strafrecht in het algemeen. Dat is in het bijzonder het geval doordat zij dan mede invulling geven aan het uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende vereiste dat het

17 K. Rozemond, ‘Voorafgaande beschouwingen in de strafrechtspraak van de Hoge Raad’, *NJB* 2000, p. 708-712. Zie ook M.A. Loth e.a., ‘Rechtsvinding door de Hoge Raad; de breedte en/of de diepte in?’, in: E.T. Feteris e.a. (red.), *‘Alles afwegende...’ Bijdragen aan het Vijfde Symposium Juridische Argumentatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, p. 59.

recht zo helder en precies mogelijk dient te zijn (zie voor het materiële strafrecht vooral art. 1 Sr en art. 7 EVRM en voor het strafprocesrecht art. 1 Sv en onder meer art. 5 lid 1, 8 lid 2 en 10 lid 2 EVRM). Natuurlijk geldt dit vereiste in de eerste plaats de wet zelf, maar meer dan uit de Nederlandse rechtspraak volgt uit de jurisprudentie van het EHRM dat ook de uitspraken van de nationale rechter mede invulling aan de door het legaliteitsbeginsel gestelde vereisten kunnen geven.¹⁸ De rechtspraak dient die medeverantwoordelijkheid voor de legaliteit van het recht mijns inziens ook aan zich te trekken. Daartoe is mede van belang dat de strafwetgeving tegenwoordig meer vage, ruime en open normen lijkt te bevatten dan vroeger als gevolg van bijvoorbeeld strafbaarstellingen die de voorfase van het eigenlijke strafbaar feit betreffen en allerlei bijzondere strafwetgeving, en voorts dat

Waar er slechts één Hoge Raad is met daarin slechts één strafkamer, zijn er vijf gerechtshoven

het belang van rechtspraak in de rechtspraktijk is toegenomen door onder meer de toegenomen complexiteit van en dynamiek in de samenleving. Dit betekent niet dat de rechtspraak de taak van de wetgever dient over te nemen – zeker niet! Het betekent wel dat die rechtspraak zelf in hogere mate aan de uitgangspunten van het legaliteitsbeginsel zou moeten voldoen. ‘Voorafgaande beschouwingen’ kunnen daartoe instrumenteel zijn.

Zolang de beschouwingen hierbij geen principiële stellingnames, belangrijke toevoegingen aan de rechtsontwikkeling of vernieuwende rechtsvorming bevatten, zal er in beginsel geen sprake zijn van het doorkruisen van de rechtspraak van andere strafkamers en evenmin van de noodzaak om eerst tot afstemming met deze te komen. In zoverre kunnen ‘voorafgaande beschouwingen’ dan ook tamelijk onprobleematisch door de gerechtshoven in hun arresten worden toegepast. De kracht van de beschouwingen is daarbij uiteraard afhankelijk van de inhoud ervan. Voor zover daarin zowel feiten als rechtsregels worden gepresenteerd, is het volgens mij daarom wenselijk ook dit zo veel mogelijk afzonderlijk van elkaar te doen. Dit voorkomt niet alleen dat de feiten en het recht dermate door elkaar gaan lopen dat dit uiteindelijk afbreuk doet aan de helderheid. Evenzeer van belang is dat dit voorkomt dat die juridische uiteenzetting sterk op de

concrete feiten wordt toegespitst en daarmee zo casuïstisch wordt dat die slechts beperkt aan rechtseenheid kan bijdragen.

4 Vernieuwende rechtsvorming

Een volgende functie die ‘voorafgaande beschouwingen’ kunnen vervullen is dat daarin door rechtsvorming uitkomst kan worden geboden aan in de praktijk levende principiële rechtsvragen. De beschouwing beperkt zich dan dus niet tot een uiteenzetting van het relevante positieve recht maar biedt in het verlengde daarvan vernieuwende rechtsvorming. Op zichzelf kan de appelrechter het instrument ook daartoe aanwenden. Zoals in de inleiding al even aan de orde kwam behoort het immers ook tot de taken van de strafrechter in hoger beroep de rechtsontwikkeling te sturen en de rechtseenheid te bevorderen.¹⁹ Al de in de vorige paragraaf genoemde voordelen van ‘voorafgaande beschouwingen’ kunnen ook bij vernieuwende rechtsvorming van toepassing zijn: maatschappelijk begrip en gezag rechtspraak, inzichtelijkheid voor eerste-aanlegrechter, verticale rechtseenheid, horizontale rechtseenheid, consistente rechtspraak, communicatie met Hoge Raad, arrestinterne kwaliteit en legaliteit van het recht. Bovendien biedt vernieuwende rechtsvorming hoven de gelegenheid tot het wegnemen van onduidelijkheden in het positieve recht die in de eerste lijn tot vragen en wellicht zelfs conflicterende rechtspraak leiden en tot het aansturen van de rechtsontwikkeling. Toch is het voor dit doel gebruiken van ‘voorafgaande beschouwingen’ door de appelrechter vooral feitelijk aan meer grenzen gebonden dan wanneer daarin louter het relevante positiefrechtelijk kader uiteen wordt gezet.

Zo moet in aanmerking worden genomen dat een strafkamer in hoger beroep veel minder solistisch kan optreden dan de strafrechter in cassatie. Waar er slechts één Hoge Raad is met daarin slechts één strafkamer, zijn er vijf gerechtshoven – na de herziening gerechtelijke kaart nog vier – die tezamen tientallen strafkamers hebben. Naarmate het beslechten van

18 Zie bijvoorbeeld EHRM 25 juni 2009, *Liivik t. Estonia*, Appl. 12157/05, par. 93-94 (art. 7 EVRM), en EHRM 29 juni 2006, *Weber and Saravia t. Germany*, Appl. 54934/00, par. 90, 96, 99 (art. 8 lid 2 EVRM).

19 Zie recent nog *Kamerstukken II* 2010-2011, 30 576, nr. 3, p. 14-15, en *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 320, nr. 3, p. 5-6 (MvT), waarin als de belangrijkste functies van hoger beroep worden onderkend: bescherming tegen willekeur van de rechter, mogelijkheid van correctie van vergissingen, herkansing voor partijen vanuit een mogelijk nieuwe kijk op de kern van de zaak, rechtseenheid en rechtsontwikkeling, en het bevorderen van het gezag van het rechterlijk oordeel. Zie voorts J. de Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 478; G. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 755-756. Zie sceptisch over het vermogen van de hoven daartoe M. Otte, ‘Het terugdringen van hoger beroep in strafzaken’, in: B.F. Keulen, G. Knigge & H.D. Wolswijk (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 380-384.

een bij een strafkamer voorliggende rechtsvraag om meer vernieuwende rechtsvorming vraagt, dient de strafkamer de beantwoording van die rechtsvraag daarom nauwer op de feiten en omstandigheden in de concrete zaak af te stemmen indien niet duidelijk is hoe andere strafkamers tegen de kwestie aankijken. Dat verkleint het risico dat andere strafkamers zich niet met de uitspraak kunnen verenigen en vervolgens tot afwijkende jurisprudentie komen. In dat geval zou de rechtseenheid – maar overigens niet per se ook de rechtsontwikkeling – juist worden geschaad. Dit betekent dat er in die gevallen weinig ruimte voor rechtsvormende ‘voorafgaande beschouwingen’ is. Als keerzijde daarvan dient mijns inziens overigens als uitgangspunt te gelden dat strafkamers die met zodanige rechtsvragen worden geconfronteerd, deze zo veel mogelijk in lijn met de uitspraken van andere strafkamers oplossen. Alleen indien zij op grond van een zorgvuldige afweging van argumenten tot de conclusie komen dat een andere oplossing wezenlijk beter is, dienen zij de vrijheid te nemen voor die afwijkende oplossing te kiezen. Ook dan is een zo casuïstisch mogelijke beantwoording van de rechtsvraag weer aangewezen. Een en ander hoeft vanzelfsprekend niet te betekenen dat rechtsvormende ‘voorafgaande beschouwingen’ in strafarresten van de gerechtshoven feitelijk zijn uitgesloten. Het impliceert slechts dat daarvoor in zijn algemeenheid slechts plaats is wanneer ten minste tussen de strafkamers van een specifiek gerechtshof een zekere afstemming of in elk geval overeenstemming bestaat. Die kan inhoudelijk blijken uit de jurisprudentie van die gerechtshoven, maar die kan ook actief worden gerealiseerd. Zowel binnen de gerechtshoven als daartussen zijn er allerlei samenwerkingsvormen die hieraan tegemoet beogen te komen, zoals periodiek overleg tussen de raadsheren binnen het hof (o.a. sectorbreed raadkameren), het met de rechtswetenschap opstellen van preadviezen ter ondersteuning van afstemmingsoverleg (in ’s-Hertogenbosch is daartoe het project ‘Onder professoren’ opgezet), de kenniscentra bij de gerechtshoven en het landelijk overleg sectorvoorzitters (LOVS). Van volledige voorafgaande overeenstemming zal doorgaans geen sprake kunnen zijn, terwijl die gelet op de onafhankelijkheid van elke rechter ook niet mag worden afgedwongen, maar door een goede organisatie is het wel mogelijk om deze op een zodanig niveau te brengen dat ook rechtsvormende ‘voorafgaande beschouwingen’ in hofarresten kunnen worden opgenomen.

Een vraag die zich hierbij nog voordoet is of de gerechtshoven gelet op het uitgangspunt van het voortbouwend hoger beroep (zie de verplichting tot grieven in de art. 410, 410a en 416 Sv en de gerichtheid daarop in art. 415 lid 2 Sv) in rechtsvormende beschouwingen ook ambtshalve rechts-

vragen mogen behandelen. Het antwoord lijkt in zoverre positief te moeten zijn dat artikel 415 lid 2 Sv en de memorie van toelichting daarop ertoe strekken de strafrechter in hoger beroep uitdrukkelijk de ruimte te laten om het onderzoek ook te richten op hetgeen ambtshalve noodzakelijk wordt

Tegelijkertijd geldt immers dat de gerechtshoven uitdrukkelijk de taak hebben om de rechtsontwikkeling te sturen en de rechtseenheid te bevorderen

geacht voor een juiste beantwoording van alle vragen van de artikelen 348 en 350 Sv.²⁰ Dit impliceert in elk geval dat de strafrechter in ‘voorafgaande beschouwingen’ ambtshalve rechtsvragen kan behandelen die voor het beslissen van de concrete zaak relevant zijn. Daarmee is echter niet alles gezegd. Het punt is immers of de appelrechter een zaak ook mag aangrijpen om zich in algemene zin uit te laten over belangrijke rechtskwesties terwijl de uiteenzetting daarover strikt genomen niet van belang is voor die zaak zelf. In de algemene beschouwingen van de Hoge Raad is daar soms sprake van.²¹ Ook wat betreft de gerechtshoven staat de wet daaraan niet uitdrukkelijk in de weg. Daar staat echter tegenover dat die daarvoor evenmin expliciet de ruimte biedt, terwijl bovendien verdedigbaar is dat dit met de strekking ervan conflicteert, gelet op het uitgangspunt van het voortbouwend hoger beroep. Toch kan dit niet beslissend zijn mijns inziens. Tegelijkertijd geldt immers dat de gerechtshoven uitdrukkelijk de taak hebben om de rechtsontwikkeling te sturen en de rechtseenheid te bevorderen. Indien een concrete zaak een goed aanknopingspunt biedt om daarin door een rechtsvormende ‘voorafgaande beschouwingen’ te voorzien, dan rechtvaardigt die taak en het gewicht ervan aldus dat de appelrechter daartoe overgaat, ook indien dat voor de zaak zelf niet wezenlijk relevant is. Op die wijze is het minder van het toeval afhankelijk of de appelrechter ten behoeve van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling de rechtsvorming kan bieden waaraan in eerste aanleg behoefte bestaat.²² Daarmee kan het naast en tevens ter versterking van een ander instrument fungeren dat bedoeld is om het initiatief om noodza-

20 *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 320, nr. 3, p. 8 en 50-51 (MvT). Zie ook HR 13 juli 2010, *LJN* BM0256, r.o. 2.5.

21 Zie Rozemond 2000, p. 709-710.

22 Aldus in lijn met Rozemond 2000, i.h.b. p. 706 en 712, die de ‘voorafgaande beschouwingen’ als een belangrijk instrument (voor de Hoge Raad) ziet om de rechtsvorming te sturen en de rol van het toeval te beperken.

kelijke rechtsvorming te bieden naar zich toe te trekken. Te weten: het ‘spoedappel in het belang van de rechtspraak’ waarbij in hoger beroep gekomen strafzaken met voorrang worden behandeld teneinde zo snel mogelijk tot richtinggevende rechtspraak te komen over voor de rechtspraak urgente rechtsvragen.²³

5 Beschouwing over fundamentele rechten en ander internationaal recht

Rozemond betoogt dat de Hoge Raad ‘voorafgaande beschouwingen’ ook nadrukkelijk zou moeten gebruiken om fundamentele rechten van burgers te expliciteren en te beschermen. Daartoe zou de cassatierechter zich in de beschouwingen uitgebreid moeten uitlaten over fundamentele rechtsnormen uit het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EVRM), onder aanhaling van de letterlijke tekst van de verdragsbepalingen en de relevante overwegingen van het Europees Hof.²⁴ Of het hier werkelijk om een afzonderlijk type van algemene beschouwing gaat is afhankelijk van de bedoeling die men ermee heeft. Kennelijk gaat het Rozemond erom dat onze hoogste rechter zich daarmee nadrukkelijk profileert als beschermer van fundamentele individuele rechten. Een soort constitutionele rechter dus. Ik vraag mij af of hij die taak als toch in de eerste plaats cassatierechter binnen het huidige stelsel kan en zou moeten willen waarmaken. In elk geval lijkt mij dit voor de gerechtshoven zeker geen prioriteit te moeten hebben. Voor zover het echter louter erom gaat de voor de zaak relevante verdragsbepalingen en jurisprudentie weer te geven, valt het onder het uiteenzetten van het relevante positiefrechtelijk kader.

Het in dat kader nadrukkelijk betrekken van relevante EVRM-bepalingen en EHRM-jurisprudentie is in mijn ogen buitengewoon nuttig. Hetzelfde geldt overigens voor ander voor de zaak relevant internationaal recht, waarbij dan vooral het straf- en strafprocesrecht afkomstig uit de Europese Unie (het zogenoemde Eurostrafrecht) steeds meer aandacht zal verdienen. Naast alle hiervoor al in paragraaf 3 genoemde voordelen, heeft dit ook als nut dat de inhoud van internationale verdragsnormen en jurisprudentie beter in de praktijk bekend raakt. Ook omdat dit verdragsschendingen kan voorkomen. Dat geldt nog eens temeer wanneer de appelrechter daarbij voor de praktijk duidelijk maakt hoe de verdragsbepalingen en de Straatsburgse rechtspraak voor de Nederlandse context worden uitgelegd. Bovendien laat

de appelrechter daarmee aan bijvoorbeeld het Europees Hof zien dat en hoe serieus acht is geslagen op de werking van het verdrag in de concrete zaak. Er is dan grotere kans dat het EHRM zich door de afwegingen en overwegingen door de Nederlandse strafrechter laat overtuigen indien de zaak ooit aan de orde komt in Straatsburg. In uitzonderlijke gevallen zouden ‘voorafgaande beschouwingen’ daarbij zelfs kunnen worden gebruikt om uit te leggen waarom en in welk opzicht de Nederlandse context tot een van de jurisprudentie van het EHRM afwijkende toepassing van verdragsrechten aanleiding geeft; om de dialoog met het Straatsburgse hof aan te gaan dus.²⁵ Het kan juist nuttig zijn wanneer de gerechtshoven daartoe overgaan omdat de Hoge Raad dan nog de kans heeft zich over gekozen benadering uit te laten voordat de zaak eventueel wordt voorgelegd aan het EHRM.

6 Scheiding der machten en artikel 12 Wet AB

Ondertussen is de vraag nog of de Trias Politica of meer in het bijzonder artikel 12 Wet AB aan het wijzen van didactische arresten in de weg staat. Deze bepaling luidt immers: ‘Geen regter mag bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen zijn.’ De oorsprong van deze bepaling ligt in een probleem dat in Nederland nooit heeft bestaan (de bevoegdheid onder het Ancien Régime van de parlementen om als hoogste rechtbanken zogenoemde ‘ar-rêts de règlement’ uit te vaardigen), terwijl niet duidelijk is of de wetgever er verdere bedoelingen mee had en zo ja welke dat zijn.²⁶ Meer algemeen vanuit die oorsprong bezien kan men niettemin stellen dat de bepaling in elk geval beoogt te voorkomen dat de rechter aan zijn beslissingen een algemeen bindende kracht toekent en aldus de taak van de wetgever overneemt.²⁷

Noch van het een noch van het ander is in beginsel sprake – en hoeft in elk geval geen sprake te zijn – bij ‘voorafgaande beschouwingen’. Formeel bezien zijn deze immers niet algemeen bindend en de rechter streeft een dergelijke

23 Zie ook De Lange 2010, p. 421-422.

24 Rozemond 2000, p. 712.

25 Zie nader daarover P.H.P.H.M.C. van Kempen & R. van Elst, ‘Ongehoorzaamheid van de strafrechter aan het EHRM en HvJ EG. Gemotiveerde afwijking van Europese rechtspraak en de noodzaak tot dialoog’, in: L.E. de Groot-van Leeuwen, A.M. van den Bossche & Y. Buruma (red.), *De ongehoorzame rechter. Rechter versus andere rechters, de wetgever, de bevolking en het Europees recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 237-267.

26 Viola Van Bogaert, *De Rechter Beoordeeld* (diss. Groningen), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2006, p. 77-79; M. Adams, ‘Heden en verleden in de rechtspleging’, *RM Themis* 2006, p. 111-112; C.J.H. Jansen, ‘Over de plaats en de functie van de Wet, houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk (1829)’, *Ars Aequi* 2008, p. 26-27.

27 Van Bogaert 2006, p. 77-79.

bindendheid ook niet na.²⁸ Wel beogen dergelijke beschouwingen op basis van de materiële kwaliteit ervan gezag over de rechtspraak in eerder aanleg uit te oefenen. Maar zulke ‘zwaartekrachtwerking’ – de term is van Adams – kan men moeilijk in strijd met artikel 12 Wet AB verklaren.²⁹ Reeds het rechtsmiddelenstelsel als zodanig en het feit dat rechtszekerheid en rechtsgelijkheid om consistente afdoening van zaken vragen leidt immers tot een zekere algemene werking van uitspraken: dit alles stuurt er immers op aan dat lagere rechters niet zomaar van hogere rechtspraak afwijken en voorts dat ook de appelrechter en cassatierechter niet zomaar tegen eigen rechtspraak ingaan.

Bij een eigentijdse betekenisverlening aan artikel 12 Wet AB – en dat is gelet op de historische oorsprong ervan noodzakelijk om de bepaling thans nog relevant te kunnen laten zijn – zal men bovendien in ogenschouw moeten nemen dat de wetgever ook aan de appelrechter uitdrukkelijk taken toekent die verder strekken dan het louter beslissen van concrete zaken. Zo heeft de wetgever veel termen in de strafwetgeving bewust niet gedefinieerd teneinde de rechtspraak (en rechtswetenschap) de ruimte te geven tot nadere invulling daarvan,³⁰ en heeft hij ook de gerechtshoven weloverwogen met de taak belast tot het sturen van de rechtsontwikkeling en het bevorderen van de rechtseenheid. Daarnaast zijn ook de motiveringsplichten voor de strafrechter de afgelopen jaren wettelijk aangescherpt (zie o.a. art. 359 lid 2 Sv). Goede uitvoering van deze taken en plichten vereist dat de strafrechter soms ook meer algemene uitspraken kan doen. De rechter is echter niet bevoegd te stellen dat die uitspraken algemeen bindend zijn. Bovendien dient hij zich in beginsel aan de wet en het bindende internationale recht te houden en zich voorts te onthouden van rechtsvorming waarvoor rechtspolitieke afwegingen moeten worden gemaakt. Dat zijn grenzen die ook didactische arresten niet dienen te overschrijden.

7 Slotopmerkingen

Het is wenselijk dat de appelrechter in strafzaken systematischer en beleidsmatiger gebruik gaat maken van het instrument van de ‘voorafgaande beschouwingen’ in zijn arresten. De voordelen zijn legio. Het kan bijdragen aan: het maatschappelijk begrip en gezag van de rechtspraak, de inzicht-

lijkheid van het arrest voor de eerste-aanlegrechter, verticale rechtseenheid, horizontale rechtseenheid, consistente rechtspraak, de kwaliteit van de communicatie met de Hoge Raad, de arrestinterne kwaliteit, de legaliteit van het recht, het aansturen van de rechtsontwikkeling, de disseminatie van het internationaal recht (in het bijzonder: EVRM en Europees recht), het voorkomen van schendingen daarvan en de dialoog met internationale rechterlijke instanties. Dit wil niet zeggen dat de gerechtshoven nu in alle zaken met behulp van ‘voorafgaande beschouwingen’ tot didactische arresten dienen te komen. Dat is niet nodig, dat is niet wenselijk en dat is niet onbeperkt mogelijk.

Om te beginnen geldt immers dat veel zaken niet geschikt zijn om tot ‘voorafgaande beschouwingen’ te komen, bijvoorbeeld omdat de toegevoegde waarde van zulke beschouwingen voor de zaak zelf te gering is. Dat zal doorgaans wel het geval zijn in zaken die geen bijzondere of urgente juridische vragen oproepen en waarin de verdachte vooral in appel komt in de hoop op een lichtere straf. Verder telt dat het opnemen van heldere algemene beschouwingen een dusdanige extra werkbelasting met zich zal brengen dat toepassing daarvan in alle appellarresten niet mogelijk is zonder capaciteitsuitbreiding van de gerechtshoven. Mijns inziens dienen ‘voorafgaande beschouwingen’ daarom in beginsel slechts te worden benut indien dit daadwerkelijk bijdraagt aan ten minste een van de hiervoor genoemde potentiële voordelen van dit instrument. Gebruikmaking ervan lijkt mij het meest wenselijk wanneer dit daadwerkelijk nuttig is voor de kwaliteit van de uitspraak in de concrete strafzaak of daarmee een nuttige bijdrage aan de rechtseenheid of rechtsontwikkeling wordt geleverd. Daarbij dient ook de appelrechter binnen de grenzen van artikel 12 Wet AB te blijven. Maar ook dan is er nog volop ruimte voor didactische arresten. Om het effect ervan optimaal te kunnen laten zijn moeten deze dan wel steeds goed herkenbaar zijn. Algemene juridische uiteenzettingen zouden daarom door alle gerechtshoven onder het kopje ‘voorafgaande beschouwingen’ in hun appellarresten dienen te worden gepresenteerd.

28 Nederland kent geen rechtspraakstelsel van precedentwerking: zie nader P.P.T. Bovend'Eert, *Rechterlijke organisatie, Rechters en Rechtspraak*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 247-255.

29 Vgl. Adams 2006, p. 112; zie voor de term p. 107.

30 Zie nader bijvoorbeeld J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer, p. 63.