

Mede gelet op dit verwijt is de vermelding in deze tenlastelegging dat de verdachte het door hem bestuurde voertuig 'in de richting en/of over de busstrook' heeft gestuurd aan te merken als een bijkomstige omstandigheid. Een omstandigheid die volgens de Hoge Raad uit de tenlastelegging kan worden losgemaakt zonder de betekenis daarvan te veranderen. Door te oordelen dat het hier ging om een essentieel onderdeel van de tenlastelegging heeft het Hof de grondslag van de tenlastelegging verlaten en de verdachte vrijgesproken van iets anders dan was tenlastegelegd. De Hoge Raad acht het cassatieberoep dan ook gegrond en wijst de zaak terug naar het Hof Leeuwarden.

Deze uitspraak van de Hoge Raad sluit aan bij de Conclusie van Advocaat-Generaal Knigge bij dit arrest. Knigge verwerpt in deze Conclusie de opvatting van het Hof dat de vermelding dat een gedeelte van de rijbaan een busstrook was in de zin van art. 1 RVV een essentieel onderdeel van de tenlastelegging vormt. Het gaat wat hem betreft om een niet relevante bijkomende specificatie. De tekst van deze tenlastelegging ondersteunt dit omdat gezien het herhaald gebruik van 'en/of' niet essentieel is dat de verdachte op het betreffende weggedeelte is terechtgekomen. Voorts merkt hij op dat het Hof kennelijk van oordeel is geweest dat het slechts mocht 'strepen' in de tenlastelegging en dat een vrijspraak daarom onvermijdelijk was. Hij acht dit oordeel onjuist op grond van twee overwegingen. In de eerste plaats is het een onjuiste opvatting dat in een tenlastelegging enkel gestreep mag worden. Volgens Knigge moet de rechter oordelen op grondslag van de tenlastelegging wat inhoudt dat hij niet meer of niet iets (wezenlijk) anders mag bewezen verklaren dan is tenlastegelegd. Het gaat daarbij om een inhoudelijke vergelijking tussen de tenlastelegging en de bewezenverklaring. Als de rechter in eigen bewoordingen bewezen verklaart wat is tenlastegelegd, verklaart hij niet iets anders bewezen. De rechter is dus aan de inhoud van de tenlastelegging gebonden maar niet aan de letterlijke tekst ervan. Dit betekent concreet voor deze zaak dat het Hof Leeuwarden de term 'busstrook' had kunnen vervangen door de term 'rijbaan'. Daardoor zou inhoudelijk gezien niet iets wezenlijk anders zijn bewezenverklaard. In de tweede plaats had het

Hof ook door enkel het gedeelte van de tenlastelegging waarin wordt gesproken over 'een busstrook' weg te strepen voldoende overgehouden om tot een bewezenverklaring te komen. Want ook met het wegstrepen was voldoende overgebleven voor een bewezenverklaring, inhoudende dat de verdachte rijdende over de in deze zaak relevante weg een verkeersongeval heeft veroorzaakt.

Deze overwegingen van Knigge maken duidelijk dat de rechter die zich ziet geconfronteerd met een op onderdelen niet (geheel) correcte tenlastelegging niet meteen tot vrijspraak behoeft over te gaan. Indien is voldaan aan de algemene vereisten voor een tenlastelegging (zie art. 261 Sv) en zolang de tenlastelegging voldoende begrijpelijk en vatbaar is voor tegenspraak door de verdediging, komt de rechter bij de beraadslaging en bewezenverklaring op basis van het ten laste gelegde enige vrijheid toe. Deze vrijheid bestaat niet enkel uit het kunnen wegstrepen van niet relevant geachte passages uit de tenlastelegging. Maar ook en wellicht belangrijker tevens uit de mogelijkheid tot aanvulling van de letterlijke tekst van het tenlastegelegde, mits de kern van het in de tenlastelegging verwoorde verwijt intact blijft. Een als alternatief geformuleerde precisering van de plaats waar de ten laste gelegde gedraging heeft plaatsgevonden is dan vatbaar voor correctie door de rechter bij de bewezenverklaring. Sterker nog, het arrest van de Hoge Raad maakt duidelijk dat juist de rechter die dit nalaat daardoor de grondslag van de tenlastelegging kan verlaten!

Mr. dr. J.W. van der Hulst

325

Hoge Raad

11 september 2012, nr. 550.11, LJN BX7004

(Mrs. Van Dorst, Van Schendel, De Savornin Lohman, De Hullu, Splinter-Van Kan)

Noot dr. mr. P.M. van Russen Groen

Voor de samenvatting wordt verwezen naar de samenvatting in de kop van NbSr 2012, nr. 324, waarin de Hoge Raad wat de beschou-

wingen over art. 80a RO betreft hetzelfde overweegt als in dit arrest.

[RO art. 80a, 81]

Zie voor de volledige uitspraak *NbSr* 2012, 325 (afl. 11), www.nieuwsbriefstrafrecht.nl (incl. noot) en *OpMaat Strafrecht* (incl. noot).

NOOT

Op 11 september 2012 wees de Hoge Raad vier arresten waarin de inwerkingtreding per 1 juli 2012 van artikel 80a RO centraal staat. Artikel 80a RO maakt het mogelijk een cassatieberoep 'aan de poort' direct niet-ontvankelijk te verklaren als de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen. De invoering van artikel 80a RO maakt onderdeel uit van de Wet versterking cassatierechtspraak (*Stb.* 2012, 116). Daarbij wordt tevens de kring van advocaten die gerechtigd zijn tot het indienen van een cassatieschriftuur ingeperkt. Dat laatste is geschied door een wijziging van artikel 9j van de Advocatenwet waardoor aan de hoedanigheid van de advocaat bij de Hoge Raad kwaliteitseisen worden gesteld. Vooralnog is deze inperking alleen van belang voor de civiele balie. Op grond van het bepaalde in artikel V lid 2 van de Wet versterking cassatierechtspraak worden de regels voor het optreden van een advocaat bij de Hoge Raad in strafzaken op een later tijdstip vastgesteld. Artikel 80a RO is één van de vele maatregelen die de afgelopen decennia zijn genomen om de stroom van cassatiezaken die op (de strafkamer van) de Hoge Raad afkomen te kunnen verwerken.

Eerdere maatregelen leken niet afdoende soelaas te hebben geboden, zoals de verruimde mogelijkheden voor de Hoge Raad om zaken in kamers met een drieformatie en in sommige gevallen in een enkelvoudige kamer af te doen, de inwerkingtreding van artikel 81 RO, de verplichte cassatieschriftuur door een advocaat en de verhoging van de cassatiedrempel voor bagatelzaken. Ook na het inperken van de instroom van zaken in het strafrechtelijk systeem door de Wet Mulder en meer in het algemeen de opkomst van het bestuursstrafrecht alsmede de invoering van de OM-beschikking, wordt de werkbelasting door de Hoge Raad nog steeds als te hoog ervaren. De

strafkamer van de Hoge Raad krijgt heden ten dage jaarlijks zo'n 4.000 zaken ter beoordeling voorgelegd. In ongeveer de helft van de straffcasatiezaken wordt geen schriftuur ingediend (het aantal peken neemt met de jaren overigens wel af). In deze zaken wordt door het parket geen conclusie genomen (artikel 439 lid 2 Sv) en wordt de beslissing tot niet-ontvankelijkheid door de enkelvoudige kamer genomen (artikel 440 lid 3 Sv). In de overige zaken neemt het parket een conclusie. Van de cassatieberoepen die worden verworpen, gebeurt dat in ongeveer 75 procent van de gevallen met toepassing van artikel 81 RO (bron: jaarverslag Hoge Raad 2011).

Er is derhalve al heel veel winst geboekt. Met name artikel 81 RO blijkt daarbij een succesvol instrument te zijn. Desalniettemin signaleert de memorie van toelichting bij het oorspronkelijke wetsvoorstel een trend van een toenemend aantal kansloze of voor cassatie ongeschikte zaken dat bij de Hoge Raad wordt aangebracht. Daarbij gaat het onder andere om 'zaken waarbij de insteller uit het oogpunt van de rechtseenheid, rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft bij het cassatieberoep om behandeling door de Hoge Raad te rechtvaardigen' (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 576, nr. 3, p. 2). Daarbij staat niet het belang van de verdachte voorop. De Hoge Raad laat daarover ook in onderhavig arrest geen misverstand bestaan. Expliciet benoemt de Hoge Raad dat de kans op een gunstiger uitspraak na een terug- of verwijzing geen rechtens te respecteren belang is. Hier wordt slechts getoetst aan de rechtsbescherming in abstracto. Maar dat leidt wel tot een diepe kloof tussen de Hoge Raad en de rechtszoekende en diens advocaat (vgl. J.M. Reijntjes, 'Versterking van de cassatierechtspraak', *Strafblad* mei 2011, p. 4-6). Van de advocaat mag niet licht verlangd worden dat hij niet tot het uiterste gaat bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt. Daar kan ook anders over worden gedacht. De huidige president van de Hoge Raad heeft er in dit verband wel op gewezen dat de cassatieprocedure van de advocatuur een minder eendimensionale cultuur verwacht (G.J.M. Corstens, 'De toekomst van de cassatie', *Strafblad* 2007, p. 31-38). Ook zijn ambtgenoten Van Dorst en De Hullu zijn van mening dat in teveel zaken cassatieberoep wordt ingesteld 'terwijl

een in cassaties ervaren advocaat zou moeten weten dat het beroep kansloos is. De advocaat moet dus mede optreden als "zeef", zulks tot heil van zijn cliënt en tot behoud van een goed functioneren van het cassatie-instrument'. Die zeef-functie heeft de advocaat nu eenmaal gekregen van de wetgever en de Hoge Raad, of hij dat nu leuk vindt of niet. De advocatuur heeft een eigen verantwoordelijkheid te vervullen dat geen kansloze middelen worden ingediend (zie A.J.A. van Dorst en J. de Hullu, 'Warme gevoelens en irritaties in cassatie', *Strafblad* 2007, p. 39-46, citaat op p. 41). De cassatieadvocaat dient echter doorgaans geen middelen in omdat dat goed is voor de rechtsontwikkeling maar omdat hij meent dat hij daarmee de belangen van zijn cliënt dient. De gedachte dat op voorhand kan worden vastgesteld – en door de advocaat ook zou moeten worden vastgesteld – dat een middel kansloos is, staat op gespannen voet met de realiteit dat de Hoge Raad wel eens (soms onverwacht) van koers verandert. Het vooraf weg filteren van kansloos geachte cassatiemiddelen betekent niet per se dat de cassatierechtspraak wordt versterkt maar zou evengoed een verschraling van de rechtsontwikkeling kunnen betekenen. Sommige *repeat players* die jarenlang een kansloos middel indienden kregen na jaren toch ineens nog gelijk van de Hoge Raad (vgl. in deze zin G. Spong, 'Medeplichtige cassatieadvocatuur', *Strafblad* september 2011, p. 53-58).

Het is de vraag of het nog verder inperken van de mogelijkheid om de Hoge Raad te benaderen nog wel mogelijk is. Is deze oplossingsrichting niet langzamerhand uitgeput? De bevolking neemt nu eenmaal toe en de justitiabele is met de jaren mondiger geworden. Ook verhoogde opsporing- en vervolgingsinspanningen van politie en justitie leiden tot meer zaken. Moet er niet eens aan andere oplossingen worden gedacht, zoals het uitbreiden van de Hoge Raad? Een optie die door de Hoge Raad overigens zelf categorisch van de hand wordt gewezen (vgl. het rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, 'Versterking van de cassatierechtspraak, Den Haag 2008, p. 11 en 17 en G.J.M. Corstens, 'De toekomst van de cassatie', *Strafblad* 2007, p. 31-38).

Wat hier verder van zij, de inwerkingtreding van artikel 80a RO is inmiddels een feit. De vier straffcassatiezaken die voorlagen waren voor de concluderende A-G's in beginsel aanleiding, gezien de inhoud van de ingediende cassatieschriftuur, te concluderen dat toepassing van artikel 80a RO in beginsel op zijn plaats zou zijn. Ten aanzien van de inwerkingtreding van dit artikel is niet voorzien in overgangsrecht. Omdat in alle vier de zaken de schriftuur was ingediend voor 1 juli 2012 en de Hoge Raad uitspraak zou doen na die datum, rees de vraag of aan artikel 80a RO zogenaamde exclusieve werking toekomt. De memorie van toelichting gaat daar wel van uit. Maar dat is iets te kort door de bocht. Het parket bij de Hoge Raad moest de mogelijkheid onder ogen zien dat artikel 80a RO niet slechts de codificatie behelst van bestaande rechtspraak maar veranderingen teweeg zou brengen in de cassatieprocedure die zich niet tot de procedure zouden beperken maar ook de materiële toetsing zouden raken, terwijl – door het ontbreken van richtinggevende jurisprudentie ten aanzien van dit artikel – de aard en inhoud van die veranderingen nog niet bekend zijn. Dan rijst het probleem dat de indiener van een schriftuur met die veranderingen geen rekening heeft kunnen houden. Vellinga en Machielse komen tot de conclusie dat artikel 80a RO zonder meer in lopende zaken kan worden toegepast. Knigge is van mening dat het moment dat de schriftuur bij de Hoge Raad binnen komt (voor of na 1 juli 2012) daarbij bepalend is, bij welke opvatting de Hoge Raad zich in onderhavig arrest aansluit. De Hoge Raad past in deze zaken artikel 80a RO dan ook nog niet toe.

De conclusies van de advocaten-generaal zijn de moeite van het lezen meer dan waard. Zij geven een breed palet aan onderwerpen te zien die samenhangen met (de inwerking treding van) het nieuwe artikel 80a RO. Ik zal ingaan op enkele hoofdlijnen.

Op een aantal vragen – deels van meer praktische aard – geeft dit arrest een antwoord. Benaarde partijen kunnen volgens de Hoge Raad geen cassatieberoep instellen, zodat zij ook niet daarin niet-ontvankelijk kunnen worden verklaard. Artikel 80a RO kan op hen niet van toepassing zijn. Als middelen van een benadeelde partij geen behandeling in cassatie rechtvaardigt

gen dan zullen de middelen worden afgedaan met 81 RO.

De Borgersbrief blijft. De Hoge Raad neemt aan dat het horen van de procureur-generaal die van mening is dat artikel 80a RO moet worden toegepast er in zal bestaan dat hij schriftelijk van zijn standpunt blijk zal geven, waarop door de raadsman binnen twee weken kan worden gereageerd.

Voor de insteller van een cassatieberoep bevat de uitspraak een belangrijke vingerwijzing. Nu de Hoge Raad een niet-ontvankelijk verklaring kan uitspreken als hij van oordeel is dat er sprake is van een onvoldoende belang voor de klager, rust volgens de Hoge Raad op zijn advocaat, of op de officier van justitie als het een OM-cassatie betreft, de taak het belang bij het ingestelde cassatieberoep toe te lichten wanneer dat niet evident is. Dat roept nog wel de vraag op of de Hoge Raad de indiener van het middel zal houden aan het door hem benoemde belang.

Een belangrijke vraag is of deze bepaling met het 'klaarblijkelijk onvoldoende belang'-criterium een extra grond introduceert om cassatieberoepen niet-ontvankelijk te verklaren. Knigge signaleert in zijn conclusie een discrepantie tussen de tekst van de wet die dit wel lijkt te suggereren en de verdediging van het wetsvoorstel door de verantwoordelijke bewindslieden die steeds hebben benadrukt dat er geen verandering wordt gebracht in de beoordelingscriteria. De Hoge Raad is helder: artikel 80a RO introduceert een nieuw criterium en daarmee een nieuwe grond voor niet-ontvankelijkheid (rechtsoverweging 2.4.1). Dat betekent dat zaken die vóór de invoering van het artikel tot cassatie zouden hebben geleid, nu aan de poort kunnen worden tegengehouden en die consequentie verbindt de Hoge Raad er dan ook direct aan. De Hoge Raad noemt – zonder daarbij naar volledigheid te streven – een aantal voorbeelden van verzuimen die vóór 1 juli 2012 nog grond vormden voor vernietiging. Ook gebreken in de bewijsvoering die grond plachten te vormen voor vernietiging kunnen een onvoldoende te respecteren belang zijn en dus reden geven artikel 80a RO toe te passen.

Dit leidt dus meteen tot een verslechtering van rechtsbescherming. Het toezicht op de onder de Hoge Raad ressorterende rechtspraak zal minder

worden. Artikel 80a RO leidt dus tot een grotere rol van de hoven bij het bewaken van de uniforme rechtstoepassing en de rechtseenheid. Maar de hoven hebben al een enorme werkdruk. En substantiële overbelasting bij de hoven leidt weer eerder tot meer dan tot minder kunstfouten, terwijl juist het verminderen van het aantal kunstfouten door de feitenrechter een grote werkbesparing van de Hoge Raad zou kunnen betekenen (vgl. Vellinga in zijn conclusie bij HR 11 september 2012, LJN BX0132, nrs. 24.3 e.v.).

De Hoge Raad breidt en passant tevens het toepassingsbereik van artikel 81 RO uit. De invulling die de Hoge Raad geeft aan het 'voldoende belang' en de gronden waardoor een klacht niet tot cassatie kan leiden, zijn volgens de Hoge Raad ook van betekenis voor de toepassing van artikel 81 RO (rechtsoverweging 2.4.2.).

De uitspraak die thans is gepubliceerd laat nog een nadeel zien van de wijze waarop rechtspraak van de Hoge Raad in strafzaken wordt gepubliceerd. De cassatieschriftuur wordt zelden of nooit integraal in het te publiceren arrest opgenomen. Meestal doet dat zich niet als een probleem voor, omdat uit de uitspraak van de Hoge Raad of uit de conclusie van het Openbaar Ministerie doorgaans wel is op te maken wat door de verzoeker tot cassatie is aangevoerd. Bij uitspraken die op grond van artikel 81 RO verkort door de Hoge Raad worden afgedaan biedt in voorkomende gevallen niet de uitspraak van de Hoge Raad zelf maar de conclusie van het Openbaar Ministerie inzicht in de voorliggende rechtsvraag. Maar in artikel 80a RO-zaken, zo blijkt nu, geeft ook de conclusie van het Openbaar Ministerie niet altijd inzicht. De conclusie van A-G Machielse in deze zaak houdt niet meer in dan dat het middel klaagt over de schending van het vierde lid van artikel 341 Sv en dat het evident ongegrond is. Hier kan geen lering uit worden getrokken. Artikel 341 lid 4 Sv bevat de zogenaamde unus testis-regel. Zonder nadere uitleg is niet op voorhand duidelijk waarom op deze bepaling in cassatie geen beroep zou kunnen worden gedaan. Vellinga stelt naar mijn mening dan ook terecht voor dat in op de voet van artikel 80a RO gewezen arresten wordt aangegeven op welke grond het cassatieberoep wordt verworpen. Publicatie van de cassatieschriftuur kan daarbij het begrip vergroten

waarom de zaak op grond van artikel 80a RO is afgedaan (Vellinga in zijn conclusie bij HR 11 september 2012, LJN BX0132, nrs. 22.3-22.4). Dat is ondertussen niet onbelangrijk omdat verwacht wordt dat in een zeer groot aantal zaken die voorheen met toepassing van artikel 81 RO werden afgedaan in de toekomst artikel 80a RO zal worden toegepast. Helderheid omtrent de redenen daarvoor zullen de advocaat immers kunnen helpen bij het vervullen van de hem toebedachte functie van poortwachter.

Dr. mr. P.M. van Russen Groen
