

commentaar op	Hoge Raad 29-09-2015, ECLI:NL:HR:2015:2860
datum	11-01-2016
auteur	J.S. Nan

## Hoge Raad 29-09-2015, ECLI:NL:HR:2015:2860

### Noot bij HR 29 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2860, SR-Updates 2015-0404.

1. Sinds de invoering van artikel 80a RO per 1 juli 2012, is de Hoge Raad driftig in de weer geweest categorieën van gevallen te benoemen die zich voor de toepassing van dat artikel lenen. In het standaardarrest HR 11 september 2012, *NJ* 2013/241, m.nt. F.W. Bleichrodt is al een hele waslijst van klachten gegeven waarbij de verdachte klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft, of die klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden. In zijn jurisprudentie nadien heeft de Hoge Raad die lijst verder aangevuld. Ook als het gaat om op zich terechte klachten, hoeft de gegronde verklaring daarvan niet tot cassatie te leiden. Veel klachten doorlopen niet eens meer de reguliere cassatieprocedure, maar worden – zelfs zonder conclusie van de advocaat-generaal – afgedaan met de frase dat de Hoge Raad van oordeel is ‘dat de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen omdat de partij die het cassatieberoep heeft ingesteld klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft bij het cassatieberoep dan wel omdat de klachten klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden’. Zie over die verkorte afdoening zonder conclusie HR 3 februari 2015, *SR-Updates* 2015-0085, *NJ* 2015/140, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen en J.S. Nan, ‘De procureur-generaal en artikel 80a RO in strafzaken’, *NJB* 2015/148).
2. Ten aanzien van de bewezenverklaring en de motivering daarvan heeft de Hoge Raad de teugels duidelijk laten vieren. Vóór de invoering van artikel 80a RO was hij veel minder snel geneigd een gaatje in de bewijsvoering door de vingers te zien. Zie bijvoorbeeld HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0025, waarin aangaande een poging tot woninginbraak het in de bewezenverklaring vermelde adres niet kon blijken. Advocaat-generaal Vegter zag het gebrek waarover geklaagd werd ook, maar stelde voor om het adres in te lezen in de aangifte die als bewijsmiddel was opgenomen. Zover wilde de Hoge Raad toen nog niet gaan. Hoe anders is dat nu?! Inmiddels is vaste jurisprudentie dat in gevallen ‘waarin niet alle onderdelen van de bewezenverklaring kunnen worden afgeleid uit de gebezigde bewijsmiddelen, het verhandelde ter terechtzitting – waaronder begrepen de inhoud van de aldaar voorgehouden stukken van het dossier alsmede hetgeen aldaar naar voren is gebracht – onder omstandigheden aanleiding kan zijn voor het oordeel dat een hernieuwde behandeling van de zaak niet tot een andere uitkomst ten aanzien van de bewezenverklaring zal leiden, zodat de verdachte in cassatie niet een voldoende in rechte te respecteren belang heeft bij zijn klacht over de toereikendheid van de bewijsvoering’ (zie HR 2 april 2013, *NJ* 2013/383, m.nt. J.M. Reijntjes en HR 11 juni 2013, *NJ* 2013/577, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen).
3. Ook in een ander opzicht is de Hoge Raad coulant ten aanzien van de motivering van de bewezenverklaring, te weten als door de feitenrechter in een nadere bewijsoverweging een beroep wordt gedaan op gegevens die niet uit de bewijsmiddelen blijken. De regel is dat dan met voldoende mate van nauwkeurigheid die feiten of omstandigheden moeten worden aangeduid en moet het wettige bewijsmiddel worden aangegeven waaraan die feiten of omstandigheden zijn ontleend (HR 23 oktober 2007, *NJ* 2008/70, m.nt. M.J. Borgers). Maar laat de feitenrechter dat na, dan is dat in cassatie niet zonder meer fataal (meer). Als voldoende duidelijk is aan welk bewijsmiddel de in de bewijsmotivering gebruikte gegevens zijn ontleend, is het belang in cassatie niet zonder meer aanwezig. In de cassatieschriftuur zal dat belang dan duidelijk moeten worden gemaakt (HR 3 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:202, *SR-Updates* 2015-0094).
4. Natuurlijk werden kleine gebreken waar mogelijk altijd al hersteld of oogluikend toegestaan, als de zaak volgens de Hoge Raad inhoudelijk maar in stand kon blijven. Maar meer dan ooit is de Hoge Raad daarbij bereid over de papieren muur heen te kijken en in het dossier te duiken om kleine reparaties aan de bewijsvoering uit te voeren. De Hoge Raad is, om het met Röttgering te zeggen, niet zozeer geen feitenrechter, maar vooral geen ‘nieuwe feiten’-rechter (A.E.M. Röttgering, *Cassatie in strafzaken. Een rechtsbeschermend perspectief* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, hfdst. 5).
5. In het hier te annoteren arrest kon uit de bewijsmiddelen niet blijken dat de verdachte als medepleger bij een woningoverval betrokken was. Het hof had in algemene zin vastgesteld dat er twee overvallers in de woning waren geweest en dat twee overvallers een televisie in de vluchtauto hadden gezet. Ten aanzien van de verdachte kon alleen blijken dat deze met twee anderen vlak na de overval in de vluchtauto had gezeten. Daarmee was dus niet gezegd dat de verdachte een van de twee actieve overvallers was en of hij een bijdrage van voldoende gewicht had geleverd aan het feit. Dat was voor advocaat-generaal Spronken echter geen probleem, omdat in het dossier het bewijs voor de betrokkenheid van de verdachte wel was te vinden (conclusie van 8 september 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1999). Zij construeerde uit diverse verklaringen en processen-verbaal namelijk dat kon worden vastgesteld dat er drie overvallers in de woning waren geweest, dat een drietal overvallers in vluchtauto was gestapt en dat de verdachte een van hen moet zijn geweest.
6. Dat ging de Hoge Raad dan (net?) te ver. Hij haalt eerst de regel uit *NJ* 2013/383 aan: een nieuwe behandeling van de zaak is niet nodig als de bewijsmiddelen waaruit het ontbrekende bewijs kan worden gehaald in de zaak maar ter sprake zijn gekomen en een andere bewijsbeslissing niet te verwachten is. Maar die situatie doet zich hier niet voor, meent de Hoge Raad. ‘Voor een onderzoek naar de bewijsbaarheid van het tenlastegelegde – met inbegrip van de daarmee samenhangende waarderingen van feitelijke aard – als door de Advocaat-Generaal (...) is verricht, is in cassatie geen plaats.’ De vraag is hoever de Hoge Raad wel bereid is te gaan en hoever hij mag gaan. De Hoge Raad beziet dat kennelijk van geval tot geval. De

selectie en waardering van het bewijsmateriaal is immers volgens vaste jurisprudentie voorbehouden aan de feitenrechter. Als de Hoge Raad zelf een bewezenverklaring wil stutten, zal hij bewijs moeten selecteren en in meer of mindere mate moeten waarderen. Daarbij selecteert en waardeert de Hoge Raad bewijs dat nu juist niet door de feitenrechter is gebruikt. Wanneer kan de Hoge Raad dan vaststellen dat dit niet-gebruiken van (gedeelten van) bewijsmiddelen niet berust op een bewuste keuze van de feitenrechter, maar op een kennelijke vergissing c.q. omissie? Dat het hof met zijn volle verstand bepaald bewijs niet gebruikt dat wel door zijn handen is gegaan, lijkt mij de hoofdregel die de Hoge Raad zou moeten aanhouden. Het in cassatie niet-klagen over fouten door de raadsman of het Openbaar Ministerie, berust volgens de Hoge Raad immers ook op een 'weloverwogen keuze', waardoor ambtshalve cassatie in beginsel achterwege kan blijven (vgl. *NJ* 2013/241, r.o. 2.7.1)?

7. Voor de praktijk betekent voormelde ontwikkeling dat het er voor de raadsman in cassatie niet makkelijker op is geworden. Zelfs terechte bewijsklachten zullen stranden, afhankelijk van de vraag hoever de Hoge Raad zich buiten zijn eigen bastion durft te begeven. Voor de hoven is er weer een zorg minder, lijkt het. Ook sommige bewezenverklaringen en bewijsmotiveringen die niet netjes met bewijs zijn gedekt doorstaan de toets in cassatie, door de herstelwerkzaamheden die de Hoge Raad bereid is te verrichten. Bepaalde slordigheden worden zo met de mantel der liefde bedekt. Misschien dat de hoven zich binnenkort ook alleen nog maar hoeven te richten op bewezenverklaringen 'die ertoe doen'?