

Selectie in strafzaken

A.A. Franken*

I Het criterium

In zijn oratie sprak Peters uit dat het recht aan de kant moet staan van de machtelozen, van de onder gezag gestelden, van hen die het meest in de verdrukking dreigen te komen.¹ Dat standpunt is een vertaling van zijn visie op de juridische dimensie van het strafrecht:

'Het specifieke van het strafrecht – net als van het overige recht – ligt niet in zijn ordenings-, controle- en probleemoplossingsfuncties en niet in zijn functies van misdaadbestrijding. Deze functies zijn als het ware 'natuurlijk' en relatief onprobleematisch, in die zin dat er geen samenleving denkbaar is zonder hen; zij liggen in wat men zou kunnen noemen de profane sfeer. Het specifiek-juridische ligt in secundaire controle: in het normeren van de maatschappelijke controle zoals die min of meer spontaan groeit of wordt gesteld door de staat en andere machthebbers. De juridische taak van het strafrecht is niet *policing society* maar *policing the police*. Aan deze normering van primaire controlefuncties ontleent het recht zijn maatschappelijk-kritisch potentieel, zijn eigen morele dimensie.'

De ontwikkeling van het strafrecht in de afgelopen decennia is een andere dan Peters in 1972 voor ogen stond. De grote lijn in wetgeving en rechtspraak is er een van meer en harder strafrecht, en van meer instrumentaliteit dan rechtsbescherming.² Die constatering hoeft echter geen afbreuk te doen aan de door mij mede op de oratie van Peters geïnspireerde stelling dat het minst genomen nogal kunstmatig is een onderscheid te maken tussen rechtsvorming of rechtsontwikkeling aan de ene kant en rechtsbescherming aan de andere kant. Rechtsbescherming is ook ontwikkeling van straf(proces)recht, en op haar beurt veronderstelt een evenwichtige rechtsvorming ook en vooral een scherp oog voor de rechtsbescherming van het individu.

* A.A. Franken is hoogleraar straf(proces)recht aan de Universiteit Utrecht en advocaat in Amsterdam.

1 A.A.G. Peters, 'Het rechtskarakter van het strafrecht' (oratie Utrecht), in: Y. Buruma (red.), *100 jaar strafrecht. Klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999, p. 271-287. Het in de hoofdtekst volgende citaat staat op p. 275.

2 Zie bijvoorbeeld M.S. Groenhuijsen en T. Kooijmans, 'Probleemoplossing door voortschrijdende wetgeving in het strafrecht?', *DD* 2010, 25.

In het rapport van de commissie-Hammerstein wordt onderkend dat van een strikte scheiding tussen de diverse taken van de Hoge Raad niet steeds sprake is. Rechtsontwikkeling, rechtseenheid, rechtszekerheid en rechtsbescherming liggen in het verlengde van elkaar en kunnen niet los van elkaar worden gezien.³ Die verschillende taken wegen voor de commissie echter niet even zwaar.⁴ Uitsluitend aan de rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad wordt immers een kwantitatief element toegevoegd om te komen tot de gewenste vermindering van de werkdruk en daarmee tot de voorgestane koersverlegging. Het oordeel van de commissie dat de Hoge Raad slechts moet ingrijpen bij *ernstige* fouten van de lagere rechter wordt uitsluitend aan de rechtsbeschermende taak gekoppeld (p. 10). Ten aanzien van de andere taken die aan de Hoge Raad worden toebedeeld, ontbreekt een vergelijkbare toevoeging. Dit kwantitatieve element mondt uit in het criterium van *significants* nadeel: alleen indien de individuele rechtzoekende dergelijke schade lijdt, is sprake van een zaak die er volgens de commissie toe doet (p. 12, p. 33, p. 41).

Door haar voorstel aldus te onderbouwen, wekt de commissie de suggestie dat het systeem – dat in abstracte noties als rechtsontwikkeling, rechtseenheid en rechtszekerheid een uitdrukking vindt – belangrijker wordt gevonden dan de mens die daarin wordt betrokken.⁵ Voor de kwaliteit, de legitimiteit en de doelmatigheid van de strafrechtspleging is dat geen gelukkige boodschap. Bovendien is de maatstaf inherent vaag. Het criterium van significant nadeel roept associaties op met een vergelijkbare kwantitatieve aanduiding in het standaardarrest over artikel 359a Sv, waarin de Hoge Raad onder meer heeft overwogen dat bewijsuitsluiting slechts in aanmerking komt indien een belangrijk voorschrift in aanzienlijke mate is geschonden.⁶ Ik weet, ruim zes jaren na dit arrest, nog steeds niet wanneer (volgens de Hoge Raad) een strafvorderlijk voorschrift in aanzienlijke mate is geschonden en welke criteria daarvoor in welke gevallen gelden – en overigens weet ik ook niet welke voorschriften meer of minder belangrijk zijn. Als het gaat om de toegang tot de cassatierechter, moet die onduidelijkheid worden vermeden.

2 De voorbeelden

Het bezwaar van de vaagheid verliest enigszins aan scherpte door de voorbeelden die de commissie-Hammerstein gebruikt als illustratie van de zaken die volgens haar onder het criterium zouden moeten vallen. Aan de hand van die voorbeelden kan bovendien worden nagegaan hoe de voorgestane selectie zich verhoudt tot de rechtsbeschermende taak van de cassatierechter.

3 *Versterking van de cassatierechtspraak*. Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag 2008, p. 9-10.

4 Expliciet in die zin A. Hammerstein, 'Rechtsvorming door de rechter is onvermijdelijk', *Ars Aequi* 2009, p. 672-675.

5 Ik heb daarover geschreven in 'De vergeten verdachte', *DD* 2008, 41. In gelijke zin P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Multitasking te zwaar voor de Hoge Raad?', in: G.J.M. Corstens, L. Timmerman & P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt (red.), *De positie van de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 37-40.

6 HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376.

De eerste categorie van voorbeelden die in het rapport te vinden zijn, heeft betrekking op cassatiemiddelen die volgens de commissie in het huidige systeem geen andere afdoening rechtvaardigen dan via toepassing van artikel 81 RO (p. 32). Het gaat dan om middelen (1) die feitelijke grondslag missen, (2) waarin vaste rechtspraak wordt miskend, (3) waarin de duidelijke tekst van de wet wordt miskend en (4) waarin geen rekening wordt gehouden met de beperkingen van de toetsing in cassatie. In deze opsomming wordt, als ik het goed zie, geprobeerd zakelijk de cassatiemiddelen te beschrijven die vooral tot irritatie aanleiding geven omdat zij de aard van de cassatieprocedure miskennen, een gebrek aan kennis van het straf(proces)recht verraden of aantonen dat de stukken van het geding niet goed zijn bestudeerd.⁷ Te denken valt aan als cassatiemiddelen gepresenteerde betogen die niet (veel) meer zijn dan een herhaling van het pleidooi in hoger beroep, aan cassatiemiddelen waarin ongemotiveerd wordt betoogd dat het gerechtshof het openbaar ministerie niet-ontvankelijk had moeten verklaren wegens een schending van de redelijke termijn,⁸ en aan cassatiemiddelen die berusten op een evident onjuiste lezing van het bestreden arrest.

Het voorstel van de commissie-Hammerstein is voor deze zaken een selectiekamer in te stellen, die – al dan niet voorzien van een conclusie – op basis van de cassatieschriftuur de verzoeker niet-ontvankelijk in het cassatieberoep kan verklaren (p. 43-44). Daartegen kan geen serieus bezwaar bestaan. Met rechtsbescherming hebben deze zaken immers niets te maken; met rechtsvorming of rechtseenheid evenmin. Aan die taken van de Hoge Raad doet een selectie aan de poort in deze gevallen dan ook geen afbreuk.⁹

De tweede categorie van voorbeelden die in het rapport worden genoemd, hebben volgens de commissie-Hammerstein gemeen dat zij onderwerpen van ondergeschikte betekenis aan de orde stellen (p. 33). Daarmee wordt bedoeld op eventuele fouten van de feitenrechter die in het huidige systeem door 'tamelijk mineure ingrepen' kunnen worden rechtgezet. Daartoe rekent de commissie de zaken waarin de Hoge Raad (1) uitspreekt dat een verzuim van de feitenrechter te reageren op een verweer niet hoeft te leiden tot cassatie omdat dit verweer slechts had kunnen worden verworpen, (2) een verbetering aanbrengt in de kwalificatie of in de vermelding van toepasselijke wettelijke voorschriften, (3) op niet-wezenlijke onderdelen bepaalde overwegingen van de feitenrechter verbeterd leest of buiten beschouwing laat en (4) de motivering van de feitenrechter uitlegt. Deze zaken kunnen thans niet met toepassing van artikel 81 RO worden afgedaan. Ook die zaken moeten in de toekomst volgens de commissie door de selectiekamer eruit worden gefilterd. Zij zet dat in de volgende sleutel (p. 33):

7 A.J.A. van Dorst en J. de Hullu, 'Warme gevoelens en irritaties in cassatie', *Strafblad* 2007, p. 39-46.

8 En dus voorbij wordt gegaan aan de jurisprudentie over dit onderwerp, zoals aanvankelijk tot uitdrukking gebracht in HR 3 oktober 2000, *NJ* 2000, 721 (en HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 307) en nadien aangescherpt en verfind in HR 17 juni 2008, *NJ* 2008, 358.

9 Aldus ook al P.A.M. Mevis, 'Versterking van de cassatierechtspraak', *DD* 2008, 33.

'Het ontbreken van significant nadeel zou als maatstaf dienst kunnen doen voor de zaken waarin in wezen uitsluitend op de rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad een beroep wordt gedaan zonder dat de rechtsbescherming wezenlijk in het geding is.'

Met deze voorbeelden heb ik meer moeite. In artikel 121 Grondwet staat niet voor niets dat de vonnissen de gronden inhouden waarop zij rusten. De motiveringseisen uit het Wetboek van Strafvordering zijn de uitwerking van die grondwettelijke opdracht, en alleen al daarom kan niet te snel worden aangenomen dat de door de commissie beschreven voorbeelden – die als gemeenschappelijk kenmerk hebben dat er iets schort aan de motivering van de rechter die over de feiten oordeelt – betrekking hebben op zaken die er in cassatie niet toe doen. Dat heeft overigens niet alleen met rechtsbescherming te maken, maar inderdaad ook met de kwaliteit van de rechtspraak. Het is bovendien niet uit te leggen dat de Hoge Raad fouten in rechterlijke beslissingen van feitenrechters in stand laat, in plaats van deze te verbeteren of in voorkomende gevallen de zaak terug te wijzen of te verwijzen.¹⁰ En voorts begrijp ik niet goed hoe de voorgestane selectiemethode, die erop neerkomt dat slechts kennis wordt genomen van de cassatieschriftuur, tot de conclusie kan leiden dat een fout in de bestreden uitspraak geen wezenlijke betekenis heeft. Het lijkt me dat in die gevallen dat oordeel alleen kan worden bereikt indien ten minste het vonnis, het arrest of de beschikking is bestudeerd.

Met een simpele afwijzing wil ik niet volstaan. Interessant is dat de Hoge Raad in zijn verslag over de jaren 2007 en 2008 de categorieën heeft uitgebreid – bijvoorbeeld met de zaken waarin een beslissing op het verzoek getuigen te horen ontbreekt, maar het punt waarop de verdediging hen wilde horen niet van belang was – en nader heeft toegelicht met verwijzingen naar zijn jurisprudentie. Ik bespreek twee arresten waarnaar in dit verband wordt verwezen. Het eerste arrest betreft een zaak waarvan ik goed begrijp dat deze in de toekomst niet door de selectie komt. Het tweede arrest gaat over een zaak die volgens mij ook in de toekomst een inhoudelijk oordeel van de Hoge Raad verdient.

In de zaak die leidde tot HR 6 juni 2006, LJN: AW2430 werd in hoger beroep het verweer gevoerd dat de redelijke termijn was geschonden, onder meer omdat de stukken na instelling van het hoger beroep niet tijdig naar het gerechtshof waren gestuurd. Op dat verweer verzuimde het gerechtshof te reageren. De Hoge Raad moest daarom uitleggen waarom het verweer niet opging: tussen het instellen van het hoger beroep en de binnenkomst van de stukken bij de griffie van het gerechtshof zat een periode van nog geen vijf maanden.

In de zaak die leidde tot HR 7 oktober 2008, LJN: BD7257 werd in hoger beroep gediscussieerd over de vraag of in de auto van de verdachte een radarontvangst-apparaat aanwezig was. De verdediging betwistte dat, en betoogde in dat verband dat een in haar ogen noodzakelijk bedieningspaneel ontbrak. Zij verzocht in dat

¹⁰ Aldus J.B.M. Franken, 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand', *NJB 2009*, p. 1082-1093. Zie ook P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Wat moet de Hoge Raad?', in: N.J.H. Huls (red.), *Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 25-29.

kader twee getuigen te horen over de werking van een radarontvangstapparaat. Het gerechtshof verzuimde op dat verzoek te beslissen. Het cassatiemiddel dat op dat verzuim betrekking had, werd gegrond bevonden. Dat hoefde echter niet tot cassatie te leiden. De Hoge Raad kon namelijk uitleggen dat het voor de strafrechtelijke waardering van het ten laste gelegde feit niet van belang is of een radarontvangstapparaat ten tijde van het constateren van de overtreding daadwerkelijk functioneerde of niet.

In het verweer dat in de eerstgenoemde zaak werd gevoerd, werd de jurisprudentie over het recht op berechting binnen een redelijke termijn miskend. Het ging dus om een kansloos verweer. Dat een klacht over het verzuim daarop te reageren niet tot cassatie kan leiden, is duidelijk.¹¹ Ik zie daarom geen wezenlijk verschil met het hiervoor besproken voorbeeld dat in een cassatiemiddel vaste jurisprudentie wordt miskend. Wanneer een zaak als deze in de toekomst door de selectiekamer eruit wordt gehaald, dan heb ik geen bezwaar. In mijn visie raakt dat de rechtsbeschermende taak noch enig andere taak van de Hoge Raad. Anders is het met de tweede zaak. In die zaak concludeerde de advocaat-generaal tot vernietiging van het bestreden arrest. Dat is, minst genomen, een indicatie dat de wijze waarop de Hoge Raad het verzuim repareert niet als een 'tamelijk mineure' ingreep is aan te merken en dat een zaak als deze niet buiten de boot mag vallen. Wanneer de rechter verzuimt te oordelen over een verzoek dat ertoe strekt een standpunt of verweer van de verdediging kracht bij te zetten – dat in dit voorbeeld de uitleg van een strafbepaling aan de orde stelt – zal de Hoge Raad mijns inziens ook in de toekomst duidelijk moeten maken dat op een verzoek van de verdediging moet worden gereageerd. Dat is een wezenlijk, en geen ondergeschikt element van een fatsoenlijke strafrechtspleging. Indien hij daartoe aanleiding ziet, kan de Hoge Raad die reactie zelf geven. Daarmee wordt niet alleen de rechtsbescherming gediend; de Hoge Raad draagt dan ook bij aan de rechtsontwikkeling en de rechtszekerheid.

Aan de hand van deze voorbeelden kunnen we mogelijk een stap verder komen. Ten aanzien van de eerste categorie van voorbeelden die door de commissie-Hammerstein worden genoemd, kan geen bezwaar tegen vroegtijdige selectie bestaan. Het gaat om cassatiemiddelen die niets van doen hebben met enige taak van de Hoge Raad. Zij miskennen het recht, de grenzen van de cassatieprocedure en/of de stukken van het geding. Met de tweede categorie van voorbeelden ben ik daarentegen minder gelukkig. Zij raken aan de grondwettelijke motiveringseisen, zij impliceren dat fouten in rechterlijke beslissingen in stand kunnen blijven en/of dat de verdediging geen antwoord behoeft te krijgen op (reële) verzoeken, verweren en onderbouwde standpunten. Onder deze categorie vallen dus cassatiemiddelen die allerminst een 'punt van ondergeschikte betekenis' raken. Ik voeg daaraan toe dat

¹¹ Zo begrijp ik A. Hammerstein, 'Selectie aan de poort, een reactie op Van der Wiel', *Ars Aequi* 2010, p. 112-114, die aldaar meldt dat met selectie wordt beoogd alleen de kansloze beroepen op voorhand eruit te filteren. Zie ook M.A. Loth, 'Versterking van de cassatie- en de appelrecht-spraak', *Trema 2009*, p. 410-415, die in dit verband spreekt over een 'negatief verlofstelsel' en voorts B.F. Keulen, 'Cassatie op een breekpunt', *RM Themis 2009*, p. 201-213, die in HR 8 oktober 1974, NJ 1974, 518 één van de eerste voorbeelden uit de jurisprudentie herkent waarin de Hoge Raad vernietiging achterwege laat omdat het motiveringsgebrek betrekking had op een verweer dat niet kan slagen (op p. 203-204).

het een ieder die regelmatig arresten van de Hoge Raad leest wel eens zal zijn opgevallen dat de Hoge Raad bepaald creatief is in de wijze waarop hij door een verbeterde lezing of nadere uitleg een draai weet te geven aan overwegingen van de feitenrechter die zonder die reddingsoperatie onjuist of onbegrijpelijk zijn. Selectie aan de poort heeft in deze gevallen daarom eveneens tot gevolg dat de rechter die over de feiten oordeelt niet wordt verteld dat zijn overwegingen slechts aanvaardbaar zijn in een specifieke, door de Hoge Raad geformuleerde lezing daarvan. Het lerend vermogen van de rechtspraak – en daarmee de kwaliteit van de strafrechtspleging – zijn ermee gediend dat de Hoge Raad die toelichting blijft geven en dat selectie aan de poort dat niet verhindert.

Het lijkt me beter de eerste categorie van voorbeelden aan te vullen of uit te breiden met zaken waarin rechtsbescherming noch enige andere taak van de Hoge Raad aan de orde is. Meer precies geformuleerd, en geïnspireerd door Vranken:¹² een selectiecriteria zou ook de middelen kunnen omvatten die iedere relevantie voor de uitkomst van de cassatieprocedure missen. Daaronder valt het hiervoor genoemde voorbeeld van een zaak waarin het gerechtshof heeft verzuimd te reageren op een evident kansloos verweer, maar bijvoorbeeld ook het geval dat in cassatie wordt geklaagd over de afwijzing van een verzoek een getuige te horen, terwijl de verdachte is vrijgesproken van het feit waarover die getuige volgens opgave van de verdediging zou kunnen verklaren. Iedere relevantie mist ook het cassatiemiddel dat zich richt op de verwerping van een verweer, maar daarbij slechts een overweging ten overvloede aanvalt en niet de drie gronden waarop het gerechtshof zijn oordeel heeft gebaseerd.

Volgens de memorie van toelichting op het voorontwerp is het criterium van significant nadeel vervangen door dat van te gering belang, omdat de formulering van de commissie-Hammerstein lastig objectiveerbaar is en onduidelijkheid schept over het niveau van rechtsbescherming dat de Hoge Raad beoogt te bieden (p. 20). Het criterium van het voorontwerp heeft wat mij betreft echter precies dezelfde nadelen. Ik merk in dit verband nog op dat een geringe schending van de redelijke termijn in de cassatiefase in de memorie van toelichting wordt genoemd als een voorbeeld van een klacht van een te gering belang. De strafkorting die pleegt te volgen indien zo'n klacht gegrond wordt verklaard, is voor de veroordeelde allerm minst van gering belang. Een week of een maand korting op een gevangenisstraf kan alleen als een (te) gering belang worden gezien indien de papieren werkelijkheid belangrijker wordt gevonden dan die van de betrokken mensen. Dat is een kant die we niet op moeten gaan.

Een selectieproces moet in het geheel niet tornen aan de rechtsbescherming. Het zou zich moeten richten op middelen die de finesse van de cassatieprocedure miskennen of duidelijk blijik geven van weinig inzicht in het straf(proces) recht en voorts op die middelen die niet relevant kunnen zijn voor de uitkomst van de procedure bij de Hoge Raad. Geen belang dus, in plaats van een te gering belang. Als het beeld kan worden gecorrigeerd dat de commissie-Hammerstein en het voorontwerp voorbijgaan aan de rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad,

¹² Vranken 2009, p. 1083-1084.

vergroot dat naar mijn overtuiging bovendien (binnen de advocatuur) de steun voor de voorstellen van de commissie en de wetgever. Het moet me overigens in dit verband van het hart dat het nogal gemakzuchtig is de kritiek op de selectieparagraaf van de commissie-Hammerstein te pareren met de opmerking dat de meeste criticiasters uit de advocatuur afkomstig zijn.¹³

3 Tot slot: de cassatieadvocaat en de rechtspraak in hoger beroep

Het voorstel voor selectie aan de poort en de daarop gegeven toelichting verraden zorgen over de feitenrechtspraak – vooral die in hoger beroep – en over de cassatieadvocaat. In het voorontwerp worden de zorgen over de advocatuur vertaald in een voorstel dat er – kort gezegd – op neerkomt dat slechts advocaten bij de Hoge Raad kunnen optreden die voldoen aan in een verordening van de Nederlandse Orde van Advocaten vast te leggen eisen van vakbekwaamheid.

Deze regeling beperkt de vrije advocatenkeuze in cassatie. Dat wordt in de memorie van toelichting op het voorontwerp gepresenteerd als een verbetering van de zeeffunctie van de advocatuur (p. 8), die complementair aan het selectiemechanisme moet werken (p. 12). De rechtvaardiging voor de beperking wordt gezocht in de bescherming van de belangen van rechtoekenden en het algemeen belang. Kwaliteitseisen creëren waarborgen voor een goede procesvertegenwoordiging bij de Hoge Raad, zo wordt gesteld (p. 16). De vooronderstelling is dat oefening kunst baart, en dat ervaren advocaten meer kwaliteit (kunnen) leveren dan zij die hoogst incidenteel rechtsbijstand in de cassatiefase verlenen. Een 'mini-onderzoekje' van Corstens heeft uitgewezen dat die vooronderstelling niet zonder meer juist is: ook *repeat players* missen wel eens kansrijke cassatieklachten of dienen kansloze cassatiemiddelen in.¹⁴

Specialisatie in de advocatuur is een gegeven. Onlangs is een vereniging opgericht van cassatieadvocaten in strafzaken. Het zal van de inhoud van de verordening afhangen of de formalisering daarvan die het voorontwerp beoogt bij die ontwikkeling aansluit, of deze juist doorkruist.¹⁵ Hoe dan ook moet worden gewaakt voor overspannen verwachtingen over de veronderstelde zeeffunctie van de advocatuur. De benadering die de minister van Justitie voorheen innam, spreekt mij wat dat betreft veel meer aan. Tegen specialisatie bestaat vanzelfsprekend geen bezwaar, zo hield hij de Tweede Kamer nog maar enkele jaren geleden voor,¹⁶ maar dat biedt niet de oplossing voor de problemen die de commissie-Hammerstein heeft signaleerd. Het belang van de verdachte loopt, aldus de minister, niet steeds synchroon met het belang van een goede cassatierechtspraak. Bovendien ligt het volgens hem niet in de rede voor de oplossing van meer algemene problemen in

¹³ Daarop zinspeelt Hammerstein 2010, p. 112.

¹⁴ G.J.M. Corstens, 'De toekomst van de cassatie', *Strafblad* 2007, p. 31-38.

¹⁵ Ik merk in dit verband nog op dat de commissie-Neleman, die zich heeft gebogen over de rechtsbijstand in civiele cassatieprocedures, in haar rapport van 21 juni 2004, de gedachte van tuchtrechtelijke handhaving aan de hand van een op kwaliteit toegespitste verordening van de hand heeft gegeven. Het tuchtrecht is niet geschikt voor regulering van kwaliteit, maar gericht op het op incidentele basis en achteraf aanpakken van excessen. Zie ook A.A. Franken, 'De Hoge Raad en de cassatieadvocaat', *DD* 2005, 49.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 78, p. 12.

de cassatierechtspraak primair de advocatuur verantwoordelijk te houden. Bij die stand van zaken klemt de vraag te meer of de initiatieven die vanuit de advocatuur zelf worden ondernomen om te komen tot specialisatie en kwaliteitsverbetering door de wetgever en door Nederlandse Orde van Advocaten in dwingende kaders moeten worden geplaatst.

Opvallend is dat in het rapport van de commissie-Hammerstein over de versterking van de cassatierechtspraak noch in (de memorie van toelichting op) het voorontwerp aandacht wordt besteed aan de consequenties voor de feitenrechtspraak van een selectie van zaken door de Hoge Raad. De samenhang tussen de verschillende rechtsmiddelen, met name die tussen het hoger beroep en het cassatieberoep, is een perspectief dat in ieder geval niet kan worden gemist. Daarvoor zijn twee redenen. De eerste is dat een deel van de cassatieklachten die er volgens de commissie en de wetgever niet toe doen, betrekking heeft op fouten die in de feitenrechtspraak (in hoger beroep) worden gemaakt. Dat zijn weliswaar fouten die geen significante betekenis hebben (Hammerstein) of die van een te gering belang zijn (voorontwerp), maar het blijven fouten. Als die fouten niet worden gemaakt, kunnen daarover ook geen cassatieklachten worden geformuleerd. De tweede reden heeft te maken met de rechtsbescherming van de rechtzoekende, in strafzaken vooral de verdachte. Indien de rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad wordt beperkt, brengt dat mee dat – in de woorden van Loth – het accent van de rechtsbescherming in het individuele geval verschuift van de Hoge Raad naar de hoven.¹⁷ Zijn de gerechtshoven in staat die verantwoordelijkheid te dragen? De ambities zijn er, getuige het rapport over de kernwaarden van de appelrechtspraak.¹⁸ Maar het concept van het voortbouwend appel staat daarmee minst genomen op gespannen voet. Nog afgezien van de vaststelling dat dit concept niet eenduidig wordt ingevuld, is de constatering onontkoombaar dat het allerlei beperkingen in het hoger beroep heeft aangebracht die primair de rechtsbescherming van de verdachte raken. Het risico van verslonzing van de rechtsbescherming, door de afnemende controle van de Hoge Raad, komt daar dan bovenop.¹⁹ Alleen al daaruit blijkt het belang van een bredere visie op het stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken. De gevolgen van het voortbouwend appel voor de kwaliteit van de feitenrechtspraak behoren daarom te worden betrokken in de vaststelling van het door de Hoge Raad te hanteren en in te vullen selectie criterium in de cassatierechtspraak. Dat criterium staat niet op zichzelf. De invulling ervan is afhankelijk van de vraag of op het niveau van de feitenrechtspraak kwaliteit wordt geboden, ook in termen van rechtsbescherming.

¹⁷ M.A. Loth, 'Versterking van de cassatie- en de appelrechtspraak', *Trema* 2009, p. 410-415. Zie ook Mevis 2008.

¹⁸ *Kernwaarden appelrechtspraak. Rapport commissie kernwaarden appelcolleges*, Den Haag 2008.

¹⁹ De uitdrukking 'verslonzing' is van M.A. Loth, 'Reparaties aan de 'cassatiemotor'', in: N.J.H. Huls (red.), *Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 5-10 (op p. 9). Ik wijs voorts op de conclusie van A-G Jörg voor HR 25 november 2005, NJ 2006, 411, waarin hij schrijft over zijn ergernis over steeds terugkomende fouten van feitenrechters.